

La construcción extralimitada: revisión jurisprudencial

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. REFERENCIA AL ARTICULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. CREACIÓN JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS.—III. CONSECUENCIAS. RESARCIMIENTO.

I. INTRODUCCIÓN. REFERENCIA AL ARTICULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL

La accesión de inmuebles la encontramos regulada en la Sección 2.^a del Capítulo II, Título II del Libro II del Código Civil, en particular en los artículos 358 a 374. El régimen de la accesión se vislumbra por los artículos 358 y 359 para terminar de perfilar su régimen en los artículos 361 a 364.

Uno de los primeros inconvenientes que podemos encontrar en este tema es que aglutina fenómenos muy diversos, bajo una misma denominación se engloban diversos supuestos de hecho. En este estudio nos centramos en un concreto tipo de accesión: la accesión invertida o inversa (1), también denominada construcción extralimitada, no introduciéndonos en otros supuestos de accesión invertida como es la que dimanaba del derogado párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil, referente a la sociedad de gananciales. Asimismo, dejamos de tratar cuestiones a que conduce esta institución como

(1) GARRIDO PALMA, VÍCTOR MANUEL, «¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie», en *Revista de Derecho Notarial*, 1969, pág. 112, alude a la accesión invertida en tres sentidos o supuestos recogidos por el Código Civil, como son: el artículo 361, el artículo 1.404.2 y en el denominado derecho de superficie; para tratar con posterioridad aquellos casos en que no se aplica rígidamente el principio *superficies solo cedit* por razones de equidad entre los que enmarca: «Supuesto de incorporación hecha en suelo ajeno con materiales propios del incorporante, existiendo buena fe en éste, pero mala fe en el *dominus soli*. La llamada construcción extralimitada o excesiva. La edificación en suelo sólo en parte propio, y por ello en parte ajeno; la figura del arrendamiento *ad meliorandum*».

es su acceso al Registro de la Propiedad, lo que requeriría un estudio particular sobre el tema (2).

A pesar de que, como es sabido, la accesión invertida no es una institución de reciente creación, es conveniente realizar una nueva revisión de ideas a la luz del auge constructivo de nuestros días y debido a la creciente especulación en dichos temas. La construcción extralimitada es aquel tipo de accesión sobre inmuebles donde un sujeto edifica en terreno propio, si bien extralimitándose, recayendo parte de dicha edificación en terreno ajeno ignorando tal circunstancia.

Nuestro Ordenamiento, por medio del artículo 361 del Código Civil, sólo regula los casos en que toda la construcción recae en suelo ajeno. La única sentencia que aplica tal artículo a los supuestos de construcción extralimitada es la STS de 12 de diciembre de 1908 (J. Civil, T. 112, núm. 20, 1908, pág. 921). Ya lo puso de manifiesto la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721): «...el 361... mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo... los artículos 361 y siguientes del Código Civil carentes de aplicación para solucionar los problemas ocasionados por la edificación extralimitada...» Otras sentencias que tratan el tema son las SSTs de 9 de julio de 1988 (RJA 5601), 22 de julio de 1991 (RJA 3905), 15 de junio de 1981 (RJA 2524), al referirse al artículo 361 del Código Civil establece: «...lo construido invade la totalidad del suelo..., **no cuando la invasión es parcial, dando lugar a las construcciones extralimitadas, carentes de regulación específica en nuestro sistema**, pues si en tiempos se estimó aplicable la norma del artículo 361 —criterio que recogió la sentencia de 12 diciembre 1908—, modernamente se ha negado esta aplicabilidad, **con base en los resultados injustos a que podría conducir la opción del propietario** en pro de la adquisición de lo construido, si éste supone un valor desproporcionadamente superior al de la parte de terreno invadido, reputando a este segundo como más digno de protección en el juego de los intereses contratantes». La STS de 24 de enero de 1986 (RJA 117): «...pero si la edificación se levanta totalmente en finca no perteneciente al constructor, el conflicto ha de ser resuelto ateniéndose a los términos precisos de la regulación establecida en el artículo 361». Como manifiesta MOLL DE ALBA (3), «el *dominus soli* tiene un derecho real de propiedad sobre el suelo y el edificio, y el constructor tiene, siempre y

(2) Ver: CÁNOVAS COUTIÑO, GINÉS, «La accesión y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pág. 903.

(3) MOLL DE ALBA, CHANTAL, «La construcción en suelo ajeno: nuevas perspectivas de la accesión en los bienes inmuebles», en *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 764.

cuando haya obrado de buena fe, un derecho de crédito garantizado, eso sí, con un derecho de retención sobre el bien».

El artículo 361 recoge una opción de acuerdo a la cual Díez-PICAZO (4) considera que no se produce una auténtica accesión debido a que «procede de un acto del propietario del suelo a quien la Ley faculta para imponerla». Un sector doctrinal pone el acento en la idea del derecho de opción personal que se concede al dueño del terreno, «*hacer suya la obra*» edificada o exigir al constructor «*a pagarle el precio del terreno*» si bien, previamente se procederá a liquidar la indemnización recogida en los artículos 453 y 454 del Código Civil. Sobre dicho derecho se pronuncia la STS de 24 de enero de 1986 (RJA 117): «*A tenor de este precepto, el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica* (5) *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 a 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 científica, 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.*» En estos supuestos no se produce la incorporación automática del terreno a la construcción, sino que se otorga la posibilidad de una compraventa unilateralmente forzosa. El dueño del terreno, de acuerdo con la opción que recoge el artículo 361 del Código Civil, no adquiere la propiedad de lo edificado desde el momento de la finalización de la construcción, sino desde el instante en que procede a realizar la indemnización que determina el propio artículo. Hasta el ejercicio de la opción coexisten dos propiedades, «la del dueño del terreno sobre éste

(4) Díez-PICAZO, LUIS, «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, pág. 852, considera que «nos encontramos en presencia de una compraventa del suelo, que es unilateralmente forzosa o excepcionalmente, cuando se trata de una siembra, de un arrendamiento». En igual sentido, LAUROBA LACASA, M.^a ELENA, «Comentario de la STS de 12 de diciembre de 1995», en *CCJC*, núm. 96, abril-agosto de 1996. Sobre estos extremos, ver: ALONSO PÉREZ, MARIANO, «Comentario a los artículos 361 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 1.º, pág. 259.

(5) Así lo expresa Díez-PICAZO, *La modificación...*, cit., pág. 850. Los denomina de igual modo, NÚÑEZ BOLUDA, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS, *La accesión en las edificaciones*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 199.

y la del dueño de los materiales sobre la edificación. La propiedad del todo, formado por suelo y edificio, está dividida, de ahí que con frecuencia se designe esta teoría con el nombre de Teoría del dominio dividido» (6). Se ha cuestionado si el dueño del solar dispone de un plazo determinado para ejercitar la opción que le concede el artículo 361 del Código Civil, al tratarse de un derecho de naturaleza real estará sometido al plazo de prescripción de las acciones reales (7).

La vertiente contraria es la teoría denominada «de la accesión automática», por la que se considera que el propietario del suelo lo es también de lo edificado desde el momento de la construcción, si bien, ostenta la posesión de lo construido. El sector doctrinal que defiende dicha idea se sustenta en la remisión que realiza el artículo 361 del Código Civil a los artículos 453 y 454 en sede posesoria. En contra de esta teoría se pronuncia la STS de 22 de julio de 1993 (RJA 6275): «...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, a quien **simplemente se le concede un derecho potestativo** consistente en optar por hacer suya la obra o, contrariamente, por obligar al ocupante o constructor a la adquisición del terreno, cuya opción al haberse puesto de manifiesto hay que aceptar sin que pueda confundirse con la reivindicatoria específica del terreno y menos aún de lo en él construido».

En un primer momento se produce una situación provisional hasta que el sujeto ejercita la opción que desea por ello, GARRIDO PALMA (8) la califica como «propiedad superficiaria sujeta a condición resolutoria». Asimismo, se ha cuestionado si la facultad que recoge el susodicho artículo 361 del Código Civil se trata de un acto de administración o un acto de disposición, llegándose a la conclusión por parte de Díez-PicaZO (9) de que se trata de un acto

(6) NÚÑEZ BOLUDA, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS, «La posible atribución de un derecho al edificante de buena fe», en *Actualidad Civil*, 1995-1, pág. 201; *La accesión...*, cit., pág. 122 y sigs., ver la configuración que realiza esta autora sobre estas dos teorías, establece detalladamente los seguidores de cada una de ellas.

(7) En tal sentido, SERRANO ALONSO, EDUARDO, «La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pág. 681, manifiesta que «debe reconocerse la posibilidad de que el constructor del edificio llegue a adquirir por usucapión la titularidad del suelo». Asimismo determina que se debe considerar como plazo para que el dueño manifieste su voluntad en relación a la opción el establecido en el artículo 1.524 del Código Civil; sobre este tema, GARRIDO PALMA, op. cit., pág. 133.

(8) GARRIDO PALMA, op. cit., pág. 133.

(9) Díez-PicaZO, *La modificación...*, cit., pág. 851, especifica que «La opción por imponerle la adquisición al constructor supone, en cambio, una enajenación». SERRANO ALONSO, op. cit., pág. 681, considera que se deben calificar ambos supuestos como actos de disposición ya que, en cualquier caso, se produce una adquisición ya sea del solar, ya sea de lo construido.

de «ordinaria administración» con todo lo que ello comporta, en tanto optase por adquirir lo construido; por el contrario, si opta porque sea el constructor el que adquiriera lo edificado en el terreno, sería necesaria la capacidad de disposición al tratarse de una enajenación.

El artículo 361 del Código Civil encuentra su trasunto en el artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, el cual se ubica en el Título Primero («De la tradició i de l'accessió») del Libro Tercero («Dels Drets Reals») (10): *«el que con buena fe haya edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios, en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar, haya obrado de mala fe, perderá a favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo»*. Sobre el mismo trata la STS de 13 de diciembre de 1985 (RJA 6526) (11), que alude a la necesidad de aplicar la doctrina de la accesión invertida cuando es más que dudoso que nos encontremos ante unos hechos que se circunscriben a ella. Erróneamente identifica dicha figura con el artículo 361 del Código Civil, aplicándolo al supuesto cuando, en caso de que los hechos se circunscribiesen al supuesto de hecho de esa norma, se debería aplicar el artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña al tratarse de un derecho especial.

Una vez perfilado el tema de la construcción en terreno ajeno, como manifiesta GARRIDO PALMA (12), habrá que solucionar «el conflicto de intereses que la construcción extralimitada de buena fe plantee, conforme a un criterio económico-social... y no aplicando sin más el artículo 361 del Código Civil». Se solucionarán las controversias de acuerdo al valor económico de lo edificado y

(10) En Derecho catalán hay que tener en cuenta el Usatge *si quis in aliene*: «Si alguno con materiales propios edificare casa en suelo ajeno, sea la casa de quien sea el suelo; pero si hubiere edificado de buena fe, creyendo suyo el suelo, podrá retener la casa hasta que se le reintegre del precio de los materiales y salario de los operarios; pero si lo hiciere de mala fe, sabiendo que edificaba en suelo ajeno contra la voluntad del dueño, se presume que tuvo la intención de donar. Pero si, siendo inquilino o arrendatario, abandonara voluntariamente la casa, sin culpa del dueño ni forzado por alguna necesidad, no recobrará el precio de los materiales ni el del trabajo de las operaciones; mas si abandonare la casa por culpa del dueño, o forzado por la necesidad, así como por hambre, en aquella región, o por guerra o coacción de algún poderoso, entonces está obligado el dueño a entregarle el precio de la materia, compensando si alguna adeudara por el alquiler de la casa; y cualesquiera de las cosas que se han dicho de aquél que edifica de buena o mala fe, deben entenderse también todas ellas de que el que siembra, planta o desmonta una selva infructífera».

(11) Ver: MIRAMBELL ABANCO, ANTONI, «Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1985», en CCJC, 1986, núm. 10, enero-marzo, pág. 3299.

(12) GARRIDO PALMA, op. cit., pág. 122.

no a tenor de la propiedad del suelo, criterio este seguido por el Código Civil. Antes de introducimos en cuestiones particulares hay que tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial, a la que seguidamente hacemos referencia, se basa en un sentido económico de la propiedad, debido a que la accesión «sería por lo tanto un atributo del monopolio de explotación de un bien» (13).

Ante la laguna legal existente se podría acudir a solucionar dichas cuestiones mediante la acción reivindicatoria, la cual, como ya puntualizaba la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721), «no es la adecuada para la finalidad de que el demandante recobre el suelo sobre el que por otra persona se haya edificado y al que se ha incorporado lo construido». Ello debido a que conduciría a un dominio dividido, no admisible de acuerdo con los postulados a raíz de los cuales surge la accesión invertida.

Esta problemática se debe unir con el tema de los lindes, así debido a la precaria técnica de determinar los linderos se producen, consecuentemente, construcciones extralimitadas. A la hora de proceder a ponderar la situación, CARRASCO PERERA (14) pone de manifiesto los altos costes que supone averiguar los títulos de propiedad y los verdaderos linderos de las fincas. Siendo la única carga que se podría imponer a la parte edificante el examen del folio registral de la propia finca. Si bien, al no contener descripción gráfica y topográfica es bastante dificultoso determinar los lindes a partir del mismo. Por ello, se viene ejercitando la acción de deslinde y la reivindicatoria conjuntamente, a pesar de que cada una de ellas tenga una finalidad muy diversa. Por ejemplo, por la STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 1991, se ejercitó: «las acciones de deslinde y la reivindicatoria, aunque en realidad una absorbe en buena medida a la otra, porque lo que se postula no es sólo la fijación de unos límites sino el reconocimiento de la propiedad del actor sobre una porción de terreno que ocupan los demandados y que se le reintegre en la posesión del mismo». La STS de 16 de octubre de 1990 (RJA 7872), al referirse a la acción de deslinde: «...la finalidad identificativa que se pretende con el ejercicio de la acción de deslinde que autorizan los artículos 384 y siguientes del Código Civil supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria, pero son evidentes sus diferencias, ya que mientras que **en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del predio, fijando sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales**, ya existentes sobre una zona de terreno incierto, la otra representa frente a la primera, **la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de su pose-**

(13) MOLL DE ALBA, *La construcción...*, cit., pág. 778, quien postula la necesidad de una regulación sobre el particular, debido a que la jurisprudencia no es fuente del derecho, y para conferir una mayor seguridad jurídica que se lograría al establecer los requisitos taxativamente.

(14) CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 1996, pág. 909.

sión de quien indebidamente la detente», en igual sentido se pronuncia la STS de 22 de febrero de 1996 (RJA 1592): *«para la viabilidad de la acción reivindicatoria no es preceptivo el deslinde previo, el cual, como es sabido, es una medida formal distinta al ejercicio procesal de la primitiva acción que pretende constatar, en todo caso, el dominio sobre el inmueble, mientras que la acción de deslinde únicamente podrá referirse a constatar la extensión real del objeto reivindicado...»*.

Por el contrario, la STS de 1 de diciembre de 1980 (RJA 4732) postula que toda una serie de sentencias que aplican la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida *«...parten de un supuesto de hecho que no concurre en el caso debatido, y es el de un preciso deslinde del terreno sobre el que se edifica para concretar hasta dónde lo edificado cae dentro del terreno del edificante y hasta dónde fuera de él...»*.

En los supuestos de accesión, ninguno de los sujetos implicados dispone de la propiedad plena, uno es propietario del terreno y otro de lo edificado. Por la STS de 25 de abril de 1995 (RJA 3548), se ejercitó la acción reivindicatoria del solar y, subsidiariamente, una acción de indemnización de daños y perjuicios: *«A consecuencia de la contestación a la demanda recayó sentencia en la que se apreció la llamada accesión invertida por la que en lugar de la reivindicación, prosperó el reconocimiento del derecho de la parte actora a percibir de la demandada la compensación económica correspondiente a la privación de propiedad padecida»*. La STS de 29 de julio de 1994 (RJA 6305) determina: *«Denunciada en el primer motivo a examinar la indebida aplicación, en la instancia, del artículo 361 del Código Civil en cuanto, a juicio del recurrente, con base en él, se desestimó la reivindicatoria, tal afirmación olvida que no es con apoyo en dicha norma como la reivindicatoria fue rechazada, sino bajo el argumento de que, contrariamente a lo que en el mismo precepto se establece, consagrandolo la regla superficie solo cedit, en el caso presente, por aplicación del principio accesorium cedit principali, la sentencia impugnada acoge, al hilo de la doctrina jurisprudencial relativa a la accesión invertida, el derecho del demandado a hacer suya la porción de terreno del actor reivindicante. De modo que el desarrollo de este primero de los motivos admitidos, al postular la infracción del artículo 361 del Código Civil, carece de viabilidad...»*.

Hay que diferenciar la accesión, en cuanto tal, del derecho de accesión. La primera hace referencia a la producción de frutos o aumentos, o a la incorporación de materias o sustancias formando un todo, y el derecho de accesión es la consecuencia jurídica derivada de tal hecho, un derecho subjetivo concedido al propietario (15). La accesión se configura como una fa-

(15) GARCÍA DE MARINA, MANUEL, *El derecho de accesión*, Cedecs, Barcelona, 1995.

cuitad dominical y un concreto modo de adquisición, por contra, la doctrina de la accesión invertida hace descansar toda la regulación sobre el edificante y los derechos que a éste se le conceden, sujeto ajeno a la propiedad de la finca y, por tanto, no siendo un efecto de la propiedad sino todo lo contrario, de ahí su denominación (16). Se adquirirá la propiedad del objeto incorporado, o del solar, no siendo ésta la finalidad de dicha figura, sino sólo su consecuencia, para evitar la producción de efectos más problemáticos, «el resultado final de ella, la vía de solución del conflicto de intereses» (17). Como manifiesta CARRASCO PERERA (18), al tratar la accesión con carácter general, «la propiedad de una cosa es la causa de la adquisición de la propiedad de otra producida por ella o a ella incorporada».

Es preceptivo aludir al principio *superficies solo cedit* enunciado en el artículo 358 del Código Civil, «*lo edificado o plantado en un fundo y las mejoras o reparaciones hechas en él pertenecen al dueño del mismo*», que es una extensión del artículo 350 del Código Civil. De acuerdo con dicho principio todo lo que se encuentre sobre y debajo del suelo pertenece al propietario del mismo, por lo que forma un todo unitario con aquél. A estos efectos, el artículo 359 del Código Civil establece una presunción *iuris tantum*, de acuerdo a la cual se presume que el dueño del suelo es el dueño de la obra. El propietario del suelo hace suyo todo lo que al mismo se incorpore. A partir de los postulados actuales, dicho principio no se puede aplicar rígidamente, debido a que las bases sobre las que se sustentaba no son predicables. La doctrina jurisprudencial de la accesión invertida se configura como una excepción al principio *superficie solo cedit*. El cual se encuentra muy denostado, siendo diversos los autores que proponen su supresión, minorización o ponderación (19). Por ello, se entiende que no se debe aplicar el artículo 358 del Código Civil con total rigidez, sino que se deben establecer espacios intermedios, admitiendo su renuncia o, incluso, para supuestos en que no se

(16) LAUROBA LACASA, *op. cit.*, pág. 630, establece que «al calificarla de "invertida" se subraya que se adopta una solución diferente al tradicional criterio imperativo de toda accesión vertical».

(17) Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión, Civitas, Madrid, 1995, pág. 671.

(18) CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «*Ius aedificandi*» y *accesión* (*La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*), Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 65.

(19) En este sentido, ver: GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 104, manifiesta que el Código es realmente perfecto en relación a este tema, pero aplica «esta idea matriz al supuesto de incorporaciones en suelo ajeno donde quiebra totalmente al entender sin más que lo accesorio ha de ser el vuelo respecto al suelo, lo incorporado respecto a la tierra ajena, y sin dar opción, establece tajantemente la regla *superficies solo cedit*; CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, *cit.*, pág. 85, apartado VIII. El significado urbanístico de la regla SSC.

haya procedido a tal renuncia ponderar la situación para llegar al resultado más equitativo posible.

Y, asimismo hay que relacionarlo con otro principio como es el *accessorium sequitur principale*, consagrado en los artículos 375, 376 y 377 del Código Civil, que se refiere a la relación de principalidad y accesoriedad entre dos cosas, «las cosas que son accesorias deben sacrificarse y seguir el régimen jurídico, la suerte y el destino de las principales» (20). En sede de bienes muebles, el Código Civil determina el objeto que se constituye como principal y el accesorio, por el contrario, al regularse la accesión de bienes inmuebles no encontramos un precepto similar. El Código Civil establece la regla accesorio-principal de acuerdo con una serie de criterios: en primer lugar, el destino económico de las cosas (art. 376 del Código Civil); en segundo lugar, y en defecto de éste, se acude al valor pecuniario considerándose principal la cosa de mayor valor y, en último término, se acude a la cosa de mayor volumen (art. 377 del Código Civil).

Aplicando dicho principio en sede de derecho de accesión, la tierra siempre sería el objeto principal y lo construido lo accesorio, por consiguiente, la aplicación estricta de dicho principio podría conducir a situaciones injustas y desproporcionadas. A partir de dicha configuración, de los nuevos postulados jurídicos y de la modificación del concepto de riqueza o del bien superior, se ha ido variando dicha máxima para llegar a la conclusión de que no tiene porqué ser considerado como objeto principal la tierra sino lo edificado en la misma.

Si nos basamos en el criterio de la existencia, el suelo sería el objeto principal porque puede subsistir sin el edificio, hecho que no ocurre a la inversa. Si acudimos a otros criterios, sustentados en cuestiones económicas, como es primar la cosa más valiosa o de mayor tamaño, en ciertos casos es el edificio el objeto principal, circunstancia esta sobre la que se basa la doctrina de la accesión invertida, por lo que aquel principio deja paso al inverso: *accessorium cedit principali*. En el supuesto de que el terreno invadido no fuese susceptible de aprovechamiento posterior, se consideraría que constituye el objeto principal.

Sobre el tema, la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524) al tratar la posible aplicación de la doctrina de la accesión invertida establece: «...su aplicación es, en nuestro sistema, una excepción a la regla general en la materia de superficie solo cedit, recogida en el artículo 361 del Código Civil, que es sustituida por la de *accessorium cedit principali*, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al de la

(20) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 253, en igual sentido en *La modificación...*, cit., pág. 847.

parte del suelo (o subsuelo) invadido; cumplimiento del que habrá que decidir la autoridad judicial...».

No se puede establecer apriorísticamente y de acuerdo a algún tipo de reglas qué es lo que se entiende por principal y qué es lo accesorio, ello debido a que hay que considerar cada caso particular, como observa CARRASCO PERERA (21): «Hay que tener en cuenta, además, la posibilidad de que el suelo invadido, a lo mejor en una pequeña medida, puede ser principal si es de considerable valor o si la construcción carece de él». Determina toda una serie de criterios que se deben seguir para establecer tal relación de accesoriedad: «a) Criterio naturalístico. Lo principal sería lo que da el nombre y el ser al todo, siendo lo accesorio un añadido esencial. b) Criterio objetivo de existencia. Lo accesorio es lo que no puede existir sin otro de manera que lo principal se estructura como la base de la existencia del todo. c) Criterio de uso. Se dirá que es accesorio aquello que separado del grupo no impida hacer uso del resto. Para tal construcción se establece que el criterio de uso debe ser medido de acuerdo con un patrón objetivo. d) Criterio de valor de cambio. Sería el criterio utilizable cuando no pueda ser determinada según el criterio de utilización objetiva. e) Criterio de sustituibilidad. Sería el criterio para averiguar cuál de las dos cosas puede ser sustituida o reemplazada. f) Criterio mixto. Sería el seguido por el artículo 377.2 del Código Civil».

Por ello se debe valorar cada supuesto particular determinando qué cosa es la principal y cuál la accesorio, de acuerdo a las siguientes reglas: «a) Que no pueda triunfar nunca la mala fe sobre la buena fe. b) Que se reconozca eficacia al trabajo, al riesgo y a la inversión socialmente útil... c) Que al aplicar la regla *accessorium sequitur principale* se contemple al suelo con objetividad, decidiendo cada caso concreto, valorando la consideración y destino económico-social del suelo y de lo incorporado... d) Estableciendo que la normativa legal es supletoria de la voluntad de los interesados, en todo caso, y permitiendo, si la accesión se aplica, que los interesados regulen sus efectos» (22).

II. CREACIÓN JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS

Ante tales hechos vemos que en nuestro Ordenamiento existe una laguna legal la cual se ha ido supliendo con una arraigada doctrina jurisprudencial que toma su influjo de la regulación de países de nuestro entorno. En relación a legislaciones extranjeras encontramos el Código Civil alemán, párrafo 912 BGB: «1. Si el propietario de una finca, al construir un edificio ha

(21) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., págs. 353 y 69.

(22) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 162.

sobrepasado el lindero sin que se le pueda atribuir negligencia grave o dolo, el propietario tolerará el edificio saliente, a menos que formulara oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación. 2. El vecino no será indemnizado mediante el pago de la renta. Para la cuantía de la renta es decisivo el momento de la extralimitación».

El artículo 938 del Código Civil italiano determina: «Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo, y el propietario de éste no se opone en el plazo de tres meses desde el día en que se inició la construcción, la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. El constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de los daños».

El artículo 1.343 del Código portugués: «Cuando en la construcción de un edificio en terreno propio se ocupe, de buena fe, una parcela del terreno ajeno, el constructor puede adquirir la propiedad del terreno ocupado, si hubieren transcurrido tres meses a contar desde el inicio de la ocupación, sin oposición del propietario, pagando el valor del terreno y reparando el perjuicio causado, concretamente el resultante de la depreciación eventual del terreno restante».

Por último, se puede hacer referencia al Código Civil holandés, el cual regula la institución con toda suerte de detalles en el artículo 54 del Libro V: «Cuando una construcción o una obra haya sido construida en parte sobre el terreno de otro, o encima o debajo de él, y la destrucción de la parte que se extralimita causaría al propietario de la construcción o de la obra un perjuicio desproporionalmente mucho más grave que aquél que su mantenimiento le ocasionaría al dueño del suelo, el propietario de la construcción o de la obra puede solicitar en cualquier tiempo que, a cambio de la compensación correspondiente, le sea concedida una servidumbre destinada al mantenimiento de la situación existente; puede también solicitar que, a elección del propietario del fundo invadido, le sea transferida la parte de éste necesaria» (23).

Se debe partir de la importancia del derecho de propiedad y de los límites del mismo, entre los que se circunscriben las relaciones de vecindad. Todo ello conduce a tener presente, a lo largo de este estudio, no sólo el artículo 348 del Código Civil sino también el artículo 33 CE. Por la accesión se crean toda una serie de conflictos de intereses, los cuales se deberán resolver de la forma más

(23) Asimismo el tercer párrafo del referido artículo determina que no se aplica dicho artículo si la situación surge de una obligación legal o de un acto jurídico que obliga a tolerar la situación existente o si «al propietario de la construcción o de la obra se le puede reprochar mala fe o negligencia grave en la construcción o adquisición de la construcción o la obra».

pacífica posible. En tanto se den las notas características de la figura, habrá que determinar cuál de los objetos es el principal y cuál es el accesorio para, en caso de que no sea posible concretarlo, aplicar «...las normas legales que regulan la disolución de la comunidad de bienes» (24).

La doctrina jurisprudencial sobre la figura de la accesión invertida inicia su andadura con la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721) que se sustenta en la línea iniciada por la STS de 30 de junio de 1923 (J. Civil, T. 159, núm. 115, pág. 572). La referida sentencia se basa en la necesidad de otorgar soluciones equitativas ante la falta de una regulación positiva y de costumbre aplicable al caso, por lo que acude a los principios generales del derecho para evitar crear una copropiedad o un derecho de superficie, llegando a las siguientes conclusiones: *«...de estos principios de derecho, el que, acogido bajo forma preceptiva en los artículos 350 y 358, atribuye al dueño de una superficie de terreno el dominio de lo que a él se incorpora, podría, al ser esto divisible, conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno lo fuese de lo sobre la misma edificado, con la indemnización correspondiente al constructor de buena fe, mas no sería la misma admisible por injustificada cuando las dos porciones del suelo formasen, como en el caso sometido al presente recurso, con el edificio, un todo indivisible; y así hay que acudir como a raíz de los derechos que se derivan de la accesión y de las normas que positivamente la regulan al principio —ya antes considerado— de que lo accesorio cede a lo principal, y atribuir esta calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe»*.

Con anterioridad se produjeron pronunciamientos particulares y aislados a partir de los cuales empiezan a producirse atisbos de dicha figura, es el caso de la STS de 12 de diciembre de 1908 (J. Civil, T. 112, núm. 20, 1908, pág. 921), si bien la misma se refiere al artículo 361 del Código Civil.

Ante estos supuestos de construcción extralimitada, el Tribunal Supremo viene resolviendo el conflicto de intereses y trata de llegar a la solución más equitativa y razonable posible, resolviendo las controversias *«en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad»*, STS de 29 de julio de 1994 (RJA 6305). GARCÍA DE MARINA (25) entiende que «Esta equidad a que se hace referencia, no apunta, como acaso pudiera pensarse, a un sentimiento de justicia, sino que, en el sentido del 1.154 del Código Civil resulta una vía de penetración de los principios generales del derecho, concretamente de la buena fe, en este caso, una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales...».

(24) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 122.

(25) GARCÍA DE MARINA, *op. cit.*, pág. 162.

Se adjudica la propiedad del suelo al sujeto que ha llevado a cabo la construcción de modo que, como ya apuntamos, el principio general *superficies solo cedit* se transforma para dejar paso al contrario *solum superficies cedit*. El edificio será el objeto principal y el solar invadido sobre el que se edifica, que supera sus límites, es algo accesorio. Como establece la STS de 22 de julio de 1991 (RJA 3905): «En estos supuestos, el principio de superficie solo cedit se sustituye por el de *accessorium sequitur principale*, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al de la parte del suelo...». CARRASCO PERERA (26) manifiesta que «la regla SSC no es, sin embargo, una deducción del principio ASP. Supone más bien una especialización de éste».

El fundamento de la accesión invertida se asienta en la función social (27) de la propiedad que conduce a salvaguardar un estado de cosas y nos sitúa ante el artículo 33.2 CE: «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes». Como manifiesta Díez-Picazo (28), «de tal manera que cualquiera que haya sido el origen de la situación conflictual, el resultado debe valorarse objetivamente en la forma que produzca un mayor beneficio de la comunidad, y, por otra parte, en que en la colisión de intereses debe entrar en juego la idea ética de buena o mala fe». La función social de la propiedad conducirá a una limitación de las facultades del propietario junto con toda una serie de cargas y obligaciones. RAMOS GONZÁLEZ (29) puntualiza que «ha de resolverse el conflicto de intereses más de acuerdo con la función social de la propiedad y a la vez económica, que

(26) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 71.

(27) Concepto que encontramos definido en contadas ocasiones, al respecto, podemos hacer referencia a la Ley 8/84 del Parlamento de Andalucía, de reforma agraria, donde el párrafo 8 establece: «es sabido que la función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones, y ello, no obstante, con carta de naturaleza en casi todos los ordenamientos de nuestra área jurídico-cultural, recogido en la suprema instancia normativa que representa la Constitución de 1978. A pesar de esta posible variedad de interpretaciones se puede decir, con práctica aceptación general, que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio; ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular». Sobre dicha ley es interesante la STC de 26 de marzo de 1987, donde se alude a la función social de la propiedad. Ver: LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL, *El derecho de propiedad. Una relectio*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1999, pág. 32 y sigs.

(28) Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., pág. 671, al tratar particularmente la función social de la propiedad, *Fundamentos...*, cit., pág. 56, determina que: «significa el reconocimiento de que el derecho de propiedad no está puesto exclusivamente al servicio del interés de su titular, sino que entraña el reconocimiento de que en la situación de propiedad se concitan o pueden reconocerse intereses distintos y un interés público general».

(29) RAMOS GONZÁLEZ, JOSÉ M.^a, «La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código Civil, Derecho Científico y Legislación Catalana», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1977, pág. 375.

cumple la edificación, solucionándolo objetivamente en el sentido de mantener y conservar una obra socialmente útil, para que de este modo produzca el mayor beneficio posible a la comunidad...».

Como hemos manifestado, la finalidad de la accesión invertida es evitar destruir lo edificado o crear una copropiedad o un derecho de superficie. Por el derecho de superficie, el cual claramente es una derogación del principio *superficies solo cedit*, como manifiesta GARRIDO PALMA (30), «se produce la existencia de una propiedad, la superficiaria, con titular distinto al del suelo». Pero, como observa este autor, cada uno de ellos tiene su propio campo de aplicación: «El de accesión para defender al *dominus soli* frente a invasiones materiales de personas extrañas, aplicándose siempre que claramente no se haya estipulado su no aplicación, se haya renunciado al SSC a través de alguna de las figuras que la Ley regula o mediante una modalización de aquélla. El de superficie para, cuando la accesión no se quiere, canalizar el interés de quienes de común acuerdo aspiran lícitamente a obtener del suelo y del vuelo o del subsuelo todo lo que económica y socialmente son susceptibles de dar en el plano de las relaciones jurídico-reales». Sobre el particular, NÚÑEZ BOLUDA (31), manifiesta que «la conexión entre suelo y edificación únicamente puede ser rota de dos maneras: la propiedad por pisos y el derecho de superficie». Así, ante los supuestos de construcción extralimitada, se podría crear un derecho de superficie, si bien, no es esta la finalidad pretendida por el sistema, ni tampoco el crear una copropiedad. Y, como establece la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721), «...no siéndolo tampoco la de establecer una copropiedad o un derecho de superficie, que no son conciliables con el efecto de la accesión, que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas...».

Todo ello conduce a que antes de recurrir a dichas figuras o producirse el derrumbe de lo edificado se debe acudir a un «criterio de utilidad social: el mantenimiento o la conservación de una obra que es socialmente útil y la búsqueda de una situación final clara y segura, eludiendo la coexistencia de complicados derechos concurrentes» (32). Como manifiesta GARCÍA DE MARINA (33), los principios que informan dicha regulación se circunscriben a la idea de funcionalidad, conservación, y a la importancia del principio de buena fe. Ahora bien, habrá que ponderar cada supuesto particular y ver cuál es el valor superior de los dos en pugna, el suelo o la edificación.

Para evitar caer en estos casos de construcción extralimitada se puede imponer, como carga a los propietarios colindantes, que negocien con carác-

(30) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 136.

(31) NÚÑEZ BOLUDA, *La accesión...*, cit., pág. 122.

(32) Díez-PICAZO, *La modificación...*, cit., pág. 848.

(33) GARCÍA DE MARINA, *op. cit.*, pág. 113.

ter *ex ante* la posible problemática que se pudiera ocasionar para supuestos de construcción extralimitada, ello debido a que el número de posibles sujetos implicados en dichas controversias es tasado (34). Ahora bien, si se produce tal negociación quiere decir que el edificante es consciente de que va a producir tal extralimitación y, por tanto, ya no actuaría de buena fe, sino conociendo que va a construir extralimitándose y, por tanto, actuando con dolo. Por todo ello se considera que la opción más equitativa es que ambas partes asuman los costes de vigilancia.

Antes de adentrarnos en cada uno de los requisitos de la figura en cuestión, hay que determinar qué se entiende por edificación, para ello es oportuno acudir al artículo 334 del Código Civil y, en particular, al número 3 de dicho artículo, que establece una interpretación auténtica de bienes inmuebles: «*Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto*». Es interesante la STS de 9 de febrero de 1991 (RJA 1160), la cual aplica el régimen de la accesión invertida a unos hechos a raíz de los cuales se comprueba que tanto el suelo como los materiales eran del propio dueño, por lo que como manifiesta NÚÑEZ BOLUDA (35), «la propiedad del todo resultante no necesita ampararse en el artículo 353, sino que está amparada por el 334, número 3 del Código», por tanto, no se podría hablar de accesión invertida.

Los artículos 358 y siguientes del Código Civil, al tratar la accesión, aluden al concepto edificación, el cual hay que identificarlo con el término más amplio de obras, incluyendo en dicho concepto a cualquier tipo de obras realizada sobre fundo ajeno, STS de 20 de mayo de 1977 (RJA 2132): «*el concepto genérico de las edificaciones no impone su limitación a lo construido sobre el suelo... máxime cuando a las obras en general, junto con las edificaciones, plantaciones y siembras, se refieren los conceptos básicos que regulan la accesión*» (36).

El término edificación, tal como establece Díez-Picazo (37), no cabe duda que «el Código se está refiriendo a toda actividad por virtud de la cual se incorpora al suelo, de forma fija y permanente, una nueva instalación, que puede ser lo que en sentido vulgar conocemos por edificio como construcción de fábrica hecha para habitación o usos análogos con materiales sólidos y

(34) Sobre el tema, ver: CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 904 y sigs.

(35) NÚÑEZ BOLUDA, *La posible...*, cit., pág. 217, quien sigue manifestando que: «La sentencia que comentamos al admitir la accesión invertida en tan amplios términos, sin exigir la extralimitación, sugiere la duda de si en adelante va a ser posible edificar en suelo totalmente ajeno y exigir a su dueño la venta del terreno, con tal que el edificante tenga buena fe».

(36) Sobre el tema, SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 676.

(37) Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., pág. 261.

duraderos, pero que puede ser también cualquier otra instalación, aunque su finalidad no sea aquélla», excluyéndose de dicho concepto aquellas «instalaciones que no se incorporan definitiva y fijamente».

Se ha cuestionado si es necesario que se trate de una obra nueva y por tanto, si son incluibles en dicha figura los supuestos de reparación o ampliación de una existente. Los casos de ampliación, por ejemplo, de construcción de un último piso de un edificio ya existente, sí se incluirían en dichos supuestos (STS de 15 de octubre de 1962, RJA 3870) (38), por consiguiente, no sólo se refiere a edificación en suelo terrestre. La STS de 5 de abril de 1994 (RJA 2936) negó la existencia de una accesión, debido a que *«lo edificado por ella no representó más que una mejora sobre la edificación existente en la finca»* (39). La mejora supone un aumento de valor sobre la cosa, en este caso sobre la edificación, por lo que habría que ponderar la mejora.

En otro orden de consideraciones, la STS de 22 de marzo de 1996 (RJA 2584) establece, entre otras (40), aquellos requisitos necesarios para poder declarar un supuesto de accesión invertida y no un sistema expropiatorio: *«a) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio, unido al suelo del edificante, tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido, y e) que el edificante haya procedido de buena fe»*.

Así, deteniéndonos en cada uno de los mismos:

1. Una edificación que se realiza en parte en FUNDO PROPIO y en parte en FUNDO AJENO, por tanto que se produzca una extralimitación. Se ha afirmado que no se debe tener en cuenta la cantidad de terreno ajeno ocupado, sino el valor de lo edificado en relación al terreno invadido. Las sentencias más numerosas se decantan por la exigencia de que se produzca en suelo propio y sólo una pequeña porción recaiga sobre suelo ajeno (STS de 22 de marzo de 1996 (RJA 2584), 27 de junio de 1997 (RJA 5398): *«Se excluye la doctrina de la accesión invertida porque ésta es solamente aplicable para el caso que la edificación se haya realizado en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena, como se especifica en las sentencias de 23 de junio de 1923, 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721),*

(38) Pou DE AVILES, JOSEP M.^a, «L'accessió invertida. Nous horitzons», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991-2, pág. 170.

(39) En el mismo sentido se pronuncia NAVAS NAVARRO, *La accesión...*, cit., pág. 109.

(40) Los mismos requisitos los recoge la STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJA 10052), SSTs de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), 23 de julio de 1991 (RJA 5416), 3 de abril de 1992 (RJA 2936), 11 de junio de 1993 (RJA 5409), entre otras.

17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728), 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117) y 11 de septiembre de 1991 (RJA 1991/6052), entre otras».

No aplicando tal régimen en caso de que, prácticamente, toda la construcción se realice en suelo ajeno (41). Así se comprueba por la STS de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), donde no se considera que se produzca el requisito de la extralimitación debido a que se ha edificado «*en casi dos terceras partes cubriendo terreno ajeno, ya que, como antes se consignó, la construcción de ciento ochenta y cuatro metros cero tres decímetros cuadrados ocupa ciento cincuenta y cuatro metros noventa decímetros de la propiedad de los recurridos y sólo cincuenta y siete metros noventa decímetros de la propiedad de los recurridos y sólo cincuenta y siete metros sesenta y ocho decímetros son dominio del recurrente*», en el mismo sentido, la STS de 23 de octubre de 1973 (RJA 3805), donde la ocupación del terreno ajeno se extendía a casi toda la finca. La cuestión se centra en determinar ¿cuándo se puede considerar una construcción extralimitada? CARRASCO PERERA (42) entiende que «...habrá extralimitación siempre que el edificio construido en terreno propio se proyecte sobre suelo ajeno, con independencia de la superficie que ocupa, e incluso sin importar que toda la parcela ajena quede ocupada por lo construido».

También se viene calificando como accesión invertida los supuestos de extralimitación del subsuelo ajeno. Por la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524), se resuelve un caso en que el asentamiento de una construcción había hecho necesario la fijación de toda una serie de zapatas concéntricas que invadían el subsuelo del fundo ajeno, el cual, al ser vendido a una promotora e iniciar su construcción, se encuentra con dicho obstáculo.

Podemos situarnos ante supuestos en que el solar pertenezca a varios sujetos en copropiedad, si bien, únicamente uno de ellos realiza la construcción. Si el valor de lo construido es superior al solar, se otorga a dicho sujeto la posibilidad de adquirir todo el solar, ahora bien, es más que dudoso poder afirmar la buena fe del edificante. Aunque cabría puntualizar que dicho conflicto de intereses aparece contemplado por el artículo 397 del Código Civil. Sobre esta cuestión trata la STS de 19 de abril de 1972 (RJA 1819) y STS de 5 de abril de 1994 (RJA 2936): «*La actora... había edificado en ella por un valor superior al del suelo, y aplicando la doctrina de la accesión invertida, su hermano le debía ceder la mitad indivisa del susodicho dominio útil por el precio que se conviniera o, en su defecto, por el que se conviniera*

(41) DORAL GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, y TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL, «El *ius aedificandi* y el principio de accesión», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 251, 1981, pág. 37.

(42) CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Comentario a la STS de 11 de marzo de 1985», en *CCJC*, núm. 8, abril-agosto de 1985, pág. 2523.

pericialmente». El Juzgado de 1.^a Instancia consideró que había obrado de mala fe al edificar, por lo que se debía aplicar el artículo 362 del Código Civil. La Audiencia estimó la buena fe y, por ello, declaró que debía ser indemnizada de acuerdo con el artículo 453 del Código Civil. Se interpuso recurso de casación sobre la base de que se debía aplicar la doctrina de la accesión invertida, ante lo cual el Tribunal Supremo se pronunció de la siguiente forma: «...es totalmente rechazable, pues aun en la hipótesis de que hubiera habido nueva construcción y no mejora, **no habría una invasión parcial del terreno ajeno con la construcción en suelo propio de quien la invoca**, que es la base de tal doctrina junto con la buena fe del invasor... El motivo se desestima. No se ataca en él la aplicación del artículo 453 del Código Civil que hace al caso la sentencia recurrida, sino **sólo se trata de poner de relieve un hipotético enriquecimiento injusto del recurrido** porque no tendría derecho, por su cuota indivisa, más que a la mitad del valor de la finca con su edificación al momento de iniciar las obras la recurrente, y, como colofón, se pretende, para remediarlo, la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la accesión invertida. Es evidente que estas argumentaciones pugnan con el artículo 453 del Código Civil ante todo...». De acuerdo con toda esta exposición, el Tribunal Supremo acaba aplicando el artículo 453 del Código Civil sobre liquidación de la situación posesoria.

La STS de 8 de noviembre de 2000 (RJA 9592) se circunscribe a unos hechos, de acuerdo a los cuales unos cónyuges, H y L, propietarios de un solar, que constaba debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, habían construido una vivienda de la cual no existía todavía constancia registral. Posteriormente se procedió al embargo del referido solar sobre el que se encontraba la construcción y a su adjudicación a un matrimonio, los señores B y V, los cuales interpusieron demanda contra el matrimonio «en la que se intentaba, como petición principal, la declaración de que la vivienda construida sobre el local objeto de subasta les pertenecía por accesión, por lo que debía serle entregada la posesión física de aquél, con todo lo que sobre él se encuentre en el momento de la toma de posesión», el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que la accesión no era aplicable al caso, ya que la vivienda había sido construida por los demandados sobre suelo propio y no ajeno; la Audiencia Provincial confirmó dicha sentencia. El TS llegó a las siguientes conclusiones: «...la construcción realizada por los demandados en un solar, que ya era de su propiedad, determinó la integración del edificio en el patrimonio de aquéllos, en virtud de lo que se ha llamado fuerza expansiva del dominio. Pero este efecto se produjo con evidente anterioridad al embargo del solar... En tal concepto, **no puede pretenderse que, como consecuencia de la posterior adjudicación del solar a terceros, se produzca un extraño efecto retroactivo de accesión invertida**, modo de adquirir que solamente se admite de forma excepcional por la Jurispru-

dencia, cuando debido a una extralimitación en cualquier construcción se invade de buena fe suelo de ajena pertenencia».

Encontramos otro grupo de sentencias, más numeroso, donde se viene cuestionando si se debe considerar como extralimitación y, por tanto, aplicar la doctrina de la accesión invertida a aquellos supuestos en que se realizan edificaciones en fundo propio, si bien, no se respetan los márgenes preestablecidos en relación a las distancias necesarias entre edificaciones (art. 582 del Código Civil), lo que nos conduce a otra institución como son las servidumbres.

Se aplica la doctrina de la accesión invertida por la STS de 10 de diciembre de 1980 (RJA 4742), donde los actores interponen demanda contra una empresa inmobiliaria y los propietarios de los pisos y locales del edificio, en régimen de propiedad horizontal, debido a que la pared o fachada *«oeste del mismo, colindante con parcelas propiedad de los actores, fueron abiertos huecos, voladizos y terrazas para luces y vistas, así como accesos al edificio y locales mediante pasos o caminos por terrenos de dichos actores, sin guardar las distancias mínimas establecidas por la Ley y usando indebidamente el terreno ajeno, creándose de tal forma servidumbres de dichas clases —luces, vistas, pasos— en favor del edificio como predio dominante y en contra de las parcelas o terrenos limítrofes pertenecientes a los actores como predios sirvientes...»*.

En primera instancia se aplicó la tesis de la accesión invertida. La Audiencia revocó dicha sentencia, *«condenó a los demandados a que cerrasen todos los huecos, balcones, voladizos y otros elementos semejantes... que no guarden la distancia mínima de 2 metros»*, al tratarse de un edificio compuesto de sótano, planta baja, diez plantas con cuatro vecinos por planta y una planta ático. El Supremo, ante la molestia que supondría llevar a la práctica la sentencia de la Audiencia con criterio equitativo, determina: *«luego si razones de política económica, social y aún podría afirmarse de buena vecindad —como de relaciones de vecindad configura el Derecho alemán la construcción extralimitada— justifican la accesión invertida, razones de esta índole, más que suficientes, indudablemente se dan en el caso contemplado»*. Por todo ello el Tribunal Supremo, realizando una aplicación analógica de la doctrina de la accesión invertida, estableció: *«...la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo, al tener proyección sobre las facultades dominicales, como lo puede ser por voladizos, huecos con vistas rectas u oblicuas, terrazas con iguales posibilidades o con pasos o caminos por el suelo ajeno, como accesos a la construcción...»*, en igual sentido, la STS de 3 de abril de 1992 (RJA 2936).

Ahora bien, la línea jurisprudencial dominante se pronuncia en sentido contrario, así las SSTs de 26 de octubre de 1984 (RJA 4980), de 1 de octubre

de 1984 (RJA 4750), rechazan la aplicación de la doctrina de la accesión invertida debido al «...carácter excepcional de la misma para una laguna legal de que se sigue la exigencia estricta del supuesto para el que fue creada como de los requisitos que han de concurrir, por constituir una excepción a la regla general y legal del artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil...», si bien, esta sentencia no aplica el régimen de la accesión invertida debido a la falta de buena fe, por tanto no está negando la posibilidad de aplicación de dicha figura a estos supuestos. CARRASCO PERERA (43) denomina a tales zonas sobre las que se produce algún tipo de invasión, «zonas de influencia dominical», al comentar la referida sentencia analiza las distintas soluciones posibles: la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, la solución por las acciones de reintegración, por los límites a la exclusividad en el goce del espacio o la adquisición de servidumbres.

La STS de 22 de noviembre de 1989 (RJA 7900), ante un supuesto de servidumbre de luces y vistas, no aplica la doctrina de la accesión invertida debido a que no ha existido buena fe por parte del constructor, no por el hecho de tratarse de una servidumbre. También excluye la aplicación de la accesión invertida en un supuesto de servidumbres de luces y vistas, la STS de 7 de noviembre de 1995 (RJA 8079) (44), apoyándose para ello en el imperio de la ley, lo que conduce a la aplicación del artículo 582 del Código Civil.

En cualquier caso, es preceptivo ostentar la titularidad dominical: «...No se puede hablar, entonces, de construcción extralimitada si no se detenta, exclusivamente o compartidamente, la propiedad de un terreno desde el cual se invade el solar ajeno» —STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJA 10052) y STS de 23 de julio de 1991 (RJA 5416)—, «...al no poder atribuir a dicho señor, el recurrente, la titularidad dominical de lo construido, resulta fuera de toda discusión que el mismo pudiera invocar en su favor la concurrencia de cualquier supuesto de accesión invertida, ni, siquiera, por vía analógica, lo cual hace innecesario analizar si concurrían o no los restantes requisitos que condicionan la aplicación de la indicada figura...». CARRASCO PERERA (45) manifiesta que se procederá a la demolición «cuando el extralimitante no es el propietario vecino (titular de un derecho limitado, poseedor), puesto que al dueño del terreno, desde el que se realiza la invasión, no se le puede obligar a adquirir la porción ajena que otro invadió, ni se puede reconocer este derecho al extralimitante no propietario, ya que en este caso la

(43) Ver: CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Comentario a la STS de 1 de octubre de 1984», en *CCJC*, núm. 6, septiembre-diciembre de 1984, pág. 1999, y en *La accesión invertida...*, cit., pág. 888.

(44) FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, MARÍA TERESA, «Comentario a la STS de 7 de noviembre de 1995», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1996, pág. 579.

(45) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 354.

situación de comunidad que se querría evitar se reproduciría al final de su posesión de la finca desde la que edificó».

Asimismo, esta doctrina jurisprudencial se aplica cuando entre el constructor y el propietario del terreno no exista ningún tipo de relación jurídica, en caso contrario, si aquél es usufructuario, comodatario, arrendatario... acudiríamos a la regulación específica sobre dichas figuras para determinar sus consecuencias (46).

2. Que la construcción extralimitada forme UN TODO INDIVISIBLE con el suelo ajeno en que se sustenta. Ahora bien, habría que especificar qué se entiende por todo indivisible, debido a que «un edificio, no susceptible de división material vertical, puede muy bien someterse a una división jurídica en propiedad horizontal, como establece por lo demás el artículo 401.II del Código Civil» (47).

Trata dicha cuestión la STS de 22 de marzo de 1996 (STS 2584), estableciendo que la construcción extralimitada sólo se refiere a los supuestos de edificación, *«no en las de plantación o siembra, ya que en éstos no se da la indivisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye... es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación, ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible»*. En el mismo sentido, la STS de 11 de junio de 1993 (RJA 5409), donde después de determinar los requisitos de la accesión invertida, establece: *«...no constituye un todo indivisible con el edificio, sino meros elementos auxiliares de él, es llano el acierto de la Audiencia al afirmar que quiebran... los requisitos esenciales para la viabilidad de dicha clase de accesión»*. Así no se daba la nota de la indivisibilidad debido a *«que en la zona ocupada indebidamente construyó el demandado un aljibe, acceso a la vivienda, una piscina, pasos peatonales propios del ajardinamiento exterior y una habitación-bodega...»*. Ya la STS de 3 de marzo de 1978 (RJA 953): *«si se edificó con buena fe y lo edificado, como en el caso presente, es un inmueble indivisible de por sí y de valor muy superior al terreno invadido (81 m²) ha de ser aplicado el principio de derecho de que lo accesorio cede a lo principal...»*. Si aquella construcción extralimitada fuera susceptible de división, como establece la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524), *«...la posibilidad de división evitaría todo el problema...»*.

(46) Sobre el tema, ver: NAVAS NAVARRO, SUSANA, «La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 85.

(47) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 888.

3. Que tenga un VALOR SUPERIOR al terreno invadido, STS de 1 de octubre de 1984 (RJA 4750), 3 de abril de 1992 (RJA 2936) y 11 de junio de 1993 (RJA 5409): «...mas sentado en la instancia que el valor de lo construido en terreno ajeno es de 2.742.000 ptas. y el del terreno 4.005.000 ptas... quiebran... los requisitos esenciales para la viabilidad de dicha clase de accesión». La STS de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), une dicho requisito con el anterior: «...que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido...».

En relación a este requisito hay que poner de manifiesto un error sobre el cual viene cayendo la Jurisprudencia como es computar el valor total del edificio en contraposición al valor del suelo, para poder determinar si juega, o no, la regla de la accesión invertida. Dicho cómputo es consecuencia de la idea de la indivisibilidad, si bien, se cae en la injusticia de que debido a tal cálculo en la mayoría de ocasiones será superior el valor del edificio (48). Por lo que ante casos de extralimitación pero, de menor entidad, como pueden ser la instalación de postes, el Supremo hace soportar al extralimitante el valor de la reposición a la situación inicial, no aplicando la doctrina de la accesión invertida, STS de 17 de junio de 1971 (RJA 3250): «Fácilmente pueden ser trasladados, mediante una sencilla operación a otro lugar...». Siguiendo a CARRASCO PERERA (49), se comprueba que «cuanto mayor es la extralimitación operada sobre el dominio ajeno menos rigurosa es la sanción para su autor».

4. Que exista BUENA FE por parte del constructor que se ha extralimitado. La buena fe se enmarca entre los requisitos de la accesión invertida, si bien, hay que puntualizar, que no se trata de un requisito constitutivo, sino que la accesión surge con independencia de ésta. Ahora bien, dicha buena fe forma parte del supuesto de hecho en caso de construcción en terreno ajeno, artículo 361 del Código Civil y 278 de la Compilación de Cataluña.

Entre los artículos que tratan la accesión, ninguno define el concepto de buena fe a estos efectos. En cambio, Códigos de otros países sí recogen un precepto sobre el particular, tal es el caso del artículo 1.340.4 del Código Civil portugués. Al no definirse específicamente este concepto, en sede de accesión, se deberá acudir a los artículos 433 y 1.950 del Código Civil. Aunque, para la aplicación de la regla de la accesión invertida no es suficiente una simple buena fe subjetiva, artículo 433 del Código Civil, sino que «la diligencia exigible debe ser la que resulte en cada caso, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104 del Código Civil)» (50). Cuando se alude a la buena fe en sede de accesión nos estamos refiriendo a «la

(48) En este sentido se pronuncia CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit, pág. 888.

(49) CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 2210.

(50) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 909.

ignorancia de la antijuridicidad del propio actor, o mejor, convicción de la legitimidad del propio acto. Hay entonces un acto que en sí mismo considerado es objetivamente antijurídico y que sin embargo la persona ha realizado creyendo en la regularidad y en la rectitud de su comportamiento... Buena fe significa que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena ignora por error excusable el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud» (51). Se considera que el constructor es de buena fe en tanto ignore que el terreno en el que está edificando es ajeno.

Dicha buena fe se debe referir al momento de inicio de la construcción, así lo pone de manifiesto la STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663), se trata de un supuesto particular, debido a que se posee la finca ajena derivada de un título viciado, produciendo *que esa posesión sea indebida*. La STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663), alude a la necesidad de dicha buena fe a lo largo de todo el período constructivo: «...el comportamiento de buena fe en la construcción hay que entenderlo no con relación a la terminación de la obra y su desarrollo, sino a cuando se produjo con efectividad la actividad constructiva». En relación al momento en que debe concurrir la buena fe, y demás requisitos, la STSJ de Cataluña, de 6 de abril de 1998 (RJA 10052): «La procedencia o no de la accesión invertida se ha de medir en función de la época en la cual se realizaron los elementos de hecho que la posibilitan, o sea, cuando se hicieron las edificaciones, que era lo que, en su caso, hubiese viabilizado la acción, de concurrir los restantes requisitos...». Hay quien, como es el caso de NAVAS NAVARRO (52), entiende que la buena fe que se exige para la accesión invertida «queda relegada a un segundo plano», ya que con preferencia se debe postular la equidad, el sentido social de la propiedad y criterios económicos de la edificación.

La STS de 17 de junio de 1961 (RJA 2728) identifica la buena fe con la ausencia de dolo y culpa grave «cuando el dueño de un predio, al construir, rebasa los linderos sin dolo o culpa grave» y, como manifiesta CARRASCO PERERA (53), en esta sentencia se mezclan «el criterio del modo de adquirir con el proveniente del Derecho alemán, es decir, deber de tolerancia a cambio

(51) Díez-Piçazo, *Fundamentos...*, cit., pág. 252; *La modificación...*, cit., pág. 846; NÚÑEZ BOLUDA, *La posible...*, cit., pág. 219: «consiste en creer, por parte del que edifica, que actúa en cosa propia, o que tiene derecho a edificar, ignorando con error excusable que la cosa es ajena o que carece de título para edificar».

(52) NAVAS NAVARRO, SUSANA, «Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Problemática de las construcciones extralimitadas. Comentario a la sentencia del TSJC, Sala Civil, 7/1991, de 22 de julio», en *La Llei*, 1992-1, pág. 752, quien considera que «nuestro ordenamiento jurídico ofrece vías suficientes como para hacer innecesaria la teoría de la accesión invertida».

(53) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 352.

de una renta». Por ejemplo, la STS de 28 de enero de 1993 (RJA 511), no apreció la existencia de accesión invertida debido a la falta de buena fe: «...y es claro que dicha buena fe no puede ser apreciada en nuestro caso, no ya sólo porque las obras comenzaron a realizarse antes del transcurso de los dos años a que se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria... sino porque la demandada disponía de elementos más que suficientes para conocer que las repetidas obras invadían un suelo ajeno, pues de sus propios registros resultaba que la parcela 19 del polígono 45 pertenecía a otros conocidos propietarios».

En este sentido, la STS de 27 de enero de 2000 (RJA 126) (54), se cierne a unos hechos en torno a los cuales los propietarios de un determinado solar sobre el cual se había extralimitado la construcción de un hotel adyacente interpusieron demanda ejercitando acción declarativa de dominio y reivindicatoria. La parte demandada manifestó que por accesión invertida habían adquirido la propiedad de la totalidad del solar, por lo que debían indemnizar al demandado. El Tribunal Supremo, debido a la falta de buena fe, no apreció la existencia de una accesión invertida y llegó a la siguiente conclusión: «...ha requerido siempre la existencia de buena fe en el constructor, esto que la invasión se haya producido, en la creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir, situación que no se ha producido en el caso de autos...». Consecuencia de lo cual se aplica el artículo 462 del Código Civil por parte de los Tribunales de Instancia y de la Audiencia, si bien, el Tribunal Supremo aplica analógicamente los artículos 362 y siguientes del Código Civil, a raíz de los cuales el propietario dispone de la opción de adquirir lo edificado, en este caso sin pagar ningún tipo de indemnización, o demoler lo construido a costa del edificante.

DÍEZ-PICAZO (55) manifiesta que «la buena fe del constructor es, según sabemos, una errónea creencia, nacida de un error excusable, sobre el dominio del suelo en que se construye o una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir». Asimismo pone de manifiesto las distintas combinaciones en relación a la actitud de los sujetos: «buena fe de ambas, mala fe de ambas, buena fe del dueño y mala fe del constructor, buena fe del constructor y mala fe del dueño». Por todo ello entiende que «frente al constructor de buena fe, la buena o mala fe del dueño del terreno resulta indiferente» a los efectos de aplicar la doctrina de la accsión invertida. El dueño del terreno está actuando con mala fe en tanto que conociendo dicha construc-

(54) Ver: GARCÍA RUBIO, M.^a PAZ, «Comentario a la STS de 27 de enero de 2000», en *ADC*, 2000, T. LIII, F. IV, pág. 1661, y MOLL DE ALBA, CHANTAL, «Comentario a la STS de 27 de enero de 2000», en *CCJC*, núm. 53, abril-septiembre de 2000, pág. 659.

(55) DÍEZ-PICAZO, *La modificación...*, cit., pág. 850.

ción extralimitada no se oponga a la misma, artículo 364.2 del Código Civil. Si se produce dicha mala fe por parte del dueño del solar, la opción que recoge el artículo 361 del Código Civil pasaría a manos del constructor, que sí ostenta dicha buena fe (56).

Ahora bien, habría que preguntarse qué ocurre en los supuestos de mala fe del constructor y buena fe del dueño del solar, los cuales ya no se subsumen en la figura de la accesión invertida. Se ha solucionado tal cuestión aplicando el artículo 361 del Código Civil y siguientes (57), particularmente, los artículos 362 y 363 del Código Civil, es el caso de la STS de 27 de enero de 2000 (RJA 126): «...ante la existencia de una laguna legal, de colmar la misma con los preceptos del Código referentes a la edificación o plantación con mala fe en terreno ajeno..., por regular hechos similares (art. 4.1 del Código Civil), por lo que hay que dar lugar a la demanda en los términos en que viene formulada... por lo tanto hay que declarar que la propiedad de lo edificado en terreno del actor pertenece a éste y proceder a lanzar del mismo a los demandados». Todo ello lleva al Tribunal a declarar que «todo lo construido sobre la porción de terreno, de la finca de la que es titular el actor a que refieren los autos, es propiedad de don Marcos Torres Chalk, sin que por ello deba indemnizar a los demandados cantidad alguna».

Como establece GULLÓN BALLESTEROS (58), «...dará lugar, si el *dominus soli* elige el primero, a una extraña figura, consistente en una división del edificio entre dos propietarios, cada uno dueño de una parte, y con problemas complejísimo en su desarrollo de muy difícil solución». Así, debido a la aplicación del artículo 363 del Código Civil, se permitiría la demolición de lo edificado, SSTs de 17 de junio de 1961 (RJA 2728) y 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), «...requisito el de buena fe que, por cierto, impide no sólo la accesión invertida sino la aplicación del artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil, ya que este precepto la exige positivamente, **siendo de aplicación los trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres que regulan el supuesto de que se edifique de mala fe en terreno ajeno**, para el cual se previene expresamente que el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra».

En los supuestos de mala fe se produce una colisión de intereses que, atendiendo a conceptos como el de daño, nos conduce al artículo 7.2 del Código Civil y, en particular, al daño para tercero. CARRASCO PERERA (59)

(56) En tal sentido, se pronuncia SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 680.

(57) Así lo expresa GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 123.

(58) GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 234, considera que sería «más apropiado conceder al propietario invadido la facultad de obligar al que construyó a comprarle el suelo invadido, más la indemnización de daños y perjuicios, en lugar de darle la parte de edificio que le invada, pero esta solución sólo puede tener como punto de apoyo el reclamo a la equidad del artículo 3.º del Código Civil, aunque bien débil».

(59) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, *cit.*, pág. 906.

considera que ante situaciones de mala fe en las que el edificante sabe que producirá tal extralimitación, es lógico que el dueño del solar disponga de la posibilidad de demoler lo edificado o que lleve a cabo una negociación con el constructor por una cantidad superior que la que hubiese realizado en un primer momento.

En el caso de que ambas partes procedan de mala fe, se compensan dichas actitudes, por lo que se aplica el artículo 364.1, SSTS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524); 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663). Sobre este extremo es expresiva la STS de 27 de octubre de 1986 (RJA 6012), donde la parte demandada, antes de entrar en pugna, quiso pagar por la ampliación realizada que recaía en un solar ajeno sin que los propietarios del mismo accediesen a ello: «**...conduce el 364, regulador de los supuestos de mala fe dual, concurrente en el señor L. M., que no ignora excava en terreno ajeno al triplicar el que le corresponde y abrir ventanas, sin prueba alguna de que estuviera autorizado para ello, y en la Obra Sindical del Hogar porque las obras se prolongaron en el tiempo, tenía servicio de vigilancia e inspección, se ejecutaron a su vista, ciencia, paciencia y con publicidad...**».

5. Se podría apuntar como un quinto requisito la necesidad de que no se produzca OPOSICIÓN por parte del titular del predio invadido, ello debido a que anularía la buena fe del constructor. Hay quien ha afirmado que, en materia de construcción extralimitada, se ha acuñado un nuevo concepto de buena fe que se identifica con aquellos casos en los que no se produce oposición por parte del propietario (60). Ello por influencia del artículo 364.2 del Código Civil: «*Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse*», por lo que, realizando una interpretación a contrario, la inexistencia de oposición por parte del dueño del terreno equivale a la buena fe del edificante.

En ciertos Ordenamientos, dicho requisito aparece recogido expresamente, determinando, a su vez, el período en que se debe ejercitar, tal es el caso, del artículo 938 Código Civil italiano, «*...il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione...*», del parágrafo 912 BGB: «*inmediatamente*» y el artículo 1.343 del Código Civil portugués con carácter más específico para los supuestos de construcción extralimitada: «*Prolongamento de edificio por terreno alheio. 1. Quando na construção de um edificio em terreno proprio se occuppe, de boa fé, uma*

(60) Así lo expresa MOLL DE ALBA, *Comentario...*, cit., pág. 671, establece que «cabe concluir, por lo tanto, que la buena fe en la construcción extralimitada se aprecia cuando concurren factores subjetivos, psicológicos y elementos de tipo objetivo, como la falta de oposición del propietario»; PINTÓ I RUIZ, JOSEP-JOAN, «Contestado», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991-2, pág. 505, quien considera que si se ejecuta a la vista del dueño del solar y éste no se opone la mala fe, en caso de existir, del edificante, se transforma en buena fe.

parcela de terreno alheio o constructor pode adquirir a propriedade do terreno ocupado, se tiverem decorrido tres meses a contar do inicio de ocupaçao, sem oposiçao do propietario...», el Código Civil suizo, artículo 674, exige que la oposición no se realice en los tres meses siguientes al inicio de la construcción. La STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663) consideró que estaba fuera de plazo una oposición que se realizó a los seis meses de iniciada la construcción.

En el territorio foral de Cataluña, de acuerdo con el artículo 278 de la Compilación, se ha venido entendiendo, tal como pone de manifiesto MOLL DE ALBA (61), «...la necesidad de la denuncia de la obra por el *dominus soli* que podía hacerse tanto mediante la presentación de documentos, ante testigos, como de viva voz». Se pone de manifiesto en las SSTSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993 y 29 de septiembre de 1993, esta última se basa en los preceptos del Código Civil atinentes a la buena fe, artículos 433 y 1.950 del Código Civil. CARRASCO PERERA (62) se pronuncia sobre dicha oposición, considerando que no es necesario que se realice en una forma procesal concreta: «No afectarán a su eficacia los defectos de capacidad del oponente ni los vicios de la declaración». Y entiende que se debe exigir aquella falta de oposición del dueño del suelo «como un elemento indispensable y, además, adicional a la buena fe del extralimitante». Apunta que la doctrina jurisprudencial interrelaciona la buena fe con la falta de oposición cuando se deben constituir como elementos autónomos, «que el constructor debe ser de buena fe y que, además, el dueño no se haya opuesto temporáneamente» (63).

Sobre tal falta de oposición configurada como un elemento estructural de la buena fe, encontramos las SSTS de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137) (64): «...que esa inmisión se efectúe de buena fe, para lo cual es indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente...», 11 de junio de 1985 (RJA 3107), 4 de julio de 1985 (RJA 3640), 27 de octubre de 1986 (RJA 6012), 23 de julio de 1991 (RJA 5416).

(61) MOLL DE ALBA, *La construcción...*, cit., pág. 768.

(62) CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 2213, considera que tampoco tiene que estar justificada. Establece dichos requisitos debido a que considera que «no se puede hacer de la accesión invertida un mecanismo de expropiación por pura utilidad privada, o un medio con el que las inmobiliarias consigan ventajosas condiciones de compra sin acudir al mercado de terrenos...».

(63) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 352: «Ni la oposición hace de mala fe al constructor (como tampoco hace cesar la buena fe la interrupción legal del art. 451) ni la falta de oposición sana la reprochabilidad de su conducta (no parece de aplicación la compensación del art. 364)». En el comentario de la STS, de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), cit., pág. 2522, manifiesta que no es del todo cierto que la oposición del *dominus soli* enerve la buena fe del constructor. «La oposición no es un elemento de la buena fe, sino un factor autónomo que, con independencia de aquélla, impide que se produzcan los efectos de la accesión invertida».

(64) Ver: CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 513.

La STS de 12 de noviembre de 1985 (RJA 5582) alude a ambos requisitos independientemente: *«la buena fe es incompatible con la oportuna oposición del propietario invadido, pero ello no impedirá estimar su concurrencia, a pesar de la actitud opositora, cuando las particulares circunstancias permitan basar la fundada convicción del constructor de que ostenta el dominio sobre el terreno que su antagonista se arroga»*, 27 de octubre de 1986 (RJA 6012) y 23 de julio de 1991 (RJA 5416). Las distintas sentencias que asientan dicha figura jurisprudencialmente aluden a tal falta de oposición, salvo alguna excepción, tal es el caso de la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524). De acuerdo con estas ideas, si hacemos depender la buena fe de la falta de oposición nos podemos situar ante supuestos de mala fe sobrevenida que nos conducen al artículo 435 del Código Civil. Así, esta idea habría que relacionarla con las anteriormente plasmadas en relación al momento en el cual debe concurrir dicha buena fe. Por tanto, a la luz de estas notas, vemos como en ciertos casos el Tribunal Supremo cae en cierta incongruencia y contrariedad.

III. CONSECUENCIAS. RESARCIMIENTO

Si se dan todos los requisitos a los que hemos hecho referencia, se produce un determinado efecto jurídico como es la posibilidad de que el propietario de la edificación devenga propietario del suelo adquiriendo el terreno ocupado. Aunque, esta afirmación se debe matizar, ya que se viene cuestionando si se trata de la pérdida de la posesión o de la propiedad por parte del edificante. Si bien, al no encontrarse esta posesión entre los supuestos de pérdida que recoge el artículo 460 del Código Civil, el cual realiza una enumeración tasada, se debe entender que el edificante dispone de la propiedad de lo edificado.

El sujeto edificante que se extralimita, siempre que lo realice de buena fe, es factible que adquiera el terreno colindante. Así lo establece la STS de 8 de febrero de 1994 (RJA 833): *«el Tribunal declara la facultad de adquisición del terreno que es concedida al actor, como consecuencia de reconocer existente a su favor una situación de accesión invertida...»*. Únicamente se aplica esta figura en tanto el valor del suelo sea notoriamente inferior al de la construcción. En cualquier caso, deberá pagar el valor del terreno y cuantos daños pueda haber ocasionado. A pesar de tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada conflicto de intereses, la doctrina jurisprudencial elaborada en relación al tema es menos permisiva que regulaciones de nuestro entorno —como la italiana— que conceden al juez la posibilidad de que resuelva *«según las circunstancias del caso»*.

De acuerdo con el artículo 361 del Código Civil, el edificante puede retener la cosa hasta que se le paguen los gastos realizados, que se liquidan

de acuerdo al régimen establecido en los artículos 453 y 454 del Código Civil, referentes a la liquidación del estado posesorio. A la luz de esta idea se podría considerar al constructor como un poseedor de cosa ajena. Ahora bien, esta indemnización únicamente tendrá lugar en tanto la edificación le reporte un beneficio al dueño del terreno, en este sentido se pronuncia la STS de 12 de junio de 1971: «*para que conforme al artículo 361, el dueño del terreno indemnice al que de buena fe edificó, plantó o sembró, se parte del supuesto de que dichas operaciones resultaron beneficiosas para dicho dueño*». En los casos en que el dueño del suelo no quiera apropiarse de lo edificado y opte por la venta del solar, habrá que determinar las consecuencias para el caso de que el edificante se niegue a realizar la compra debido a su alto precio, o por cualquier otro motivo, en cuyo caso pasaría a ser de pleno dominio del propietario del solar. Como manifiesta NÚÑEZ BOLUDA (65), «el derecho del edificante para exigir del dueño del terreno que le pague los materiales no es una acción de indemnización... no atiende a resarcir un daño, sino a corregir un desplazamiento patrimonial sin causa, un enriquecimiento injusto». SERRANO ALONSO (66) considera que «operará la regla general de accesión a favor del dueño del terreno y que en su consecuencia desaparece la opción a su favor...». La compraventa que supone el derecho de accesión «se califica de voluntaria para el vendedor, el dueño del terreno, y de necesaria para el comprador, el edificante» (67), la iniciativa de la venta puede partir tanto del dueño del terreno como del edificante, en este sentido encontramos las SSTs de 21 de mayo de 1928 (J. Civil, T. 183, 1928, pág. 839), 23 de marzo de 1943 (RJA 405), 15 de octubre de 1962 (RJA 3870) y 31 de diciembre de 1987 (RJA 9715).

Hay que determinar si es factible que el sujeto exija que el dueño le venda el terreno que ha edificado, ello debido a que una cosa es la posibilidad de tomar la iniciativa, y otra la exigencia de tal venta. La única sentencia en relación al hecho de exigir tal venta es la STS de 9 de febrero de 1991 (RJA 1160), como manifiesta NÚÑEZ BOLUDA (68), «se rebasa así la opinión de la doctrina según la cual el edificante de buena fe puede demandar al dueño del terreno para que ejercite su opción; el Supremo va más allá y concede al edificante el derecho a exigir directamente la compraventa del solar».

Por la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida se está concretando la posibilidad de ejercitar la segunda opción del artículo 361 del Código

(65) NÚÑEZ BOLUDA, *op. cit.*, pág. 212.

(66) SERRANO ALONSO, *La accesión...*, cit., pág. 683.

(67) NÚÑEZ BOLUDA, *op. cit.*, pág. 208.

(68) NÚÑEZ BOLUDA, «La posible...», cit., pág. 221, en su trabajo *La accesión...*, cit., pág. 149, establece que «La iniciativa de esta compraventa ha de partir del dueño del terreno; el edificante no puede exigir la venta del mismo a su favor; el Código no le concede tal derecho».

Civil. CARRASCO PERERA (69), a resultados de la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524), manifiesta que «el dueño de aquélla (se refiere a la construcción) está siempre en condiciones de exigir el abono del valor; es decir, que la inaplicabilidad del artículo 361 se refiere sólo a la primera alternativa». La STS de 22 de noviembre de 1989 (RJA 7900) califica a la accesión invertida como una «...**ejecución forzosa de la segunda opción del artículo 361 del Código Civil...**», en el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 1995 (RJA 9601). Ello conduce a afirmar que no se produce tal laguna legal, sino que los casos de construcción extralimitada se resuelven de acuerdo con la segunda opción del artículo 361 del Código Civil.

En los supuestos de accesión invertida se desencadena una obligación de restitución por parte del edificante, el cual se ha visto favorecido por dicha extralimitación, por lo que deberá compensar al sujeto que ha sufrido la disminución patrimonial. Se ha producido una mejora patrimonial a un sujeto que no era consciente de la misma, ni la ha pretendido. Se tratará de recomponer aquel desequilibrio patrimonial que ha tenido lugar, fundamentalmente, por la circunstancia de que uno de los sujetos ha realizado un gasto de buena fe. Al respecto no tiene sentido ejercitar la concreta acción de enriquecimiento injusto. Si el edificante es de buena fe, desconoce que se está produciendo tal enriquecimiento y por tanto no ejercitará dicha acción. Si es de mala fe, al actuar con conocimiento de su incorrección no defenderá su derecho (70). La STS de 5 de abril de 1994 (RJA 2936) establece que: «*es totalmente extravagante el recurso a la accesión invertida para restaurar un hipotético enriquecimiento injusto cuando no se dan las circunstancias necesarias para el juego de aquélla, ni sería medida apta jurídicamente para reparar el empobrecimiento*». Por el contrario, la STS de 1 de diciembre de 1980 (RJA 4732) aplica la doctrina del enriquecimiento injusto a un supuesto de construcción extralimitada realizada por uno de los socios.

Al determinar el valor del solar junto con lo edificado, se procederá a establecerlo por un justo valor, que se corresponderá con el precio del terreno en el momento de realizarse la venta, no en el momento del inicio de la construcción (71). Como ya apuntamos, al computar valores se calcula el valor del edificio en su totalidad y la porción de terreno invadido, de donde surge —por regla general— que el edificio constituye el objeto principal, por ejemplo, la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524): «...*atribuyendo la calidad principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al*

(69) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 354.

(70) Sobre el tema, ver: NAVAS NAVARRO, *La accesión...*, cit., pág. 130.

(71) En tal sentido se pronuncian las STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663), 12 de diciembre de 1995 (RJA 9601). En sentido contrario, la STS de 8 de noviembre de 1989 (RJA 9890).

de la parte del suelo (o subsuelo) invadido...», la STS de 26 de febrero de 1971 (RJA 1044) tiene en cuenta no solamente el edificio y el suelo invadido, sino el edificio junto con el suelo: «...impone atribuir la cualidad de principal al edificio unido al suelo cuando su importe y valor excedan de los del suelo invadido...». La aludida STS de 25 de abril de 1995 (RJA 3548) establece la manera de proceder a la hora de computar los perjuicios, además de recordar que el *quantum* indemnizatorio no es modificable en casación. Así, concreta que el valor se obtiene multiplicando los metros invadidos por el valor de tasación de dichos metros, a los que se deben unir el valor del terreno no invadido debido a «su imposible destino a edificar».

El principio *superficie solo cedit*, el cual se ve negado por el juego de dicha doctrina, otorga al propietario del suelo el derecho a edificar (*ius aedificandi*) en dicho suelo y con ello, todo lo que el mismo comporta, o sea, el derecho a la plusvalía que pueda generar, la posibilidad de especular con el terreno y de edificar cuando considere oportuno. Todo lo cual deberá ser tenido en cuenta a la hora de proceder a computar la indemnización. CARRASCO PERERA (72) considera que la indemnización no debe comprender sólo «el valor de afección que con carácter supletorio concede el artículo 47 de la LEF. También ha de añadirse al precio de mercado *ex ante* el valor del monopolio negociador de que el actor disponía para permitirse comportamientos estratégicos en la negociación...». Se cuantificará no sólo el aprovechamiento general o estándar de la finca, sino también, el verdadero aprovechamiento que le revierte al propietario. Con los primeros atisbos de dicha doctrina, únicamente, se tenía en cuenta el valor del terreno, STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721).

Ahora bien, la STS de 12 de diciembre de 1995 (RJA 9601), la cual además de tener la particularidad de que es el actor quien solicita la declaración de accesión invertida cuando, normalmente, suele realizarse por la parte demandada por vía de reconvencción, una vez que ha sido demandada por una acción reivindicatoria, establece que no se deben tener en cuenta dichas expectativas al establecer el *quantum*. El actor solicita que se le compense por dicha accesión, la cual consistía en un pozo negro y una piscina, estableciendo al respecto el Tribunal Supremo: «...a la actora que pide cantidad concreta de dinero, ha de reconocérsele el derecho a que se le satisfagan los metros de solar ocupados... A dicha suma ha de añadirse el perjuicio inherente a la minusvaloración que la privación de metros haya producido en el solar residual tras la enajenación de la parte invadida. Pero

(72) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 911; *Ius aedificandi...*, cit., pág. 353, y *Comentario...*, cit., pág. 904, «la mayoría de sentencias siguen un criterio según el cual la relación de valor se calcula computando, de un lado, el valor del suelo extralimitante más el valor del edificio y, de otro, el valor del terreno ajeno invadido».

no cabe tener en cuenta otros perjuicios derivados de la construcción y apoyados en las expectativas negociales de la posible edificación, porque es reiterada y conocida la jurisprudencia conforme a la cual no cabe tener como perjuicios efectivos expectativas más o menos posibles de negocio...».

A los efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio cabe traer a colación la STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663) (73), «...ha de tenerse en cuenta no solamente el estricto valor del terreno ocupado, sino también todo el quebranto y menoscabo económico que repercute sobre el resto por segregación producida, como consecuencia necesaria del principio de equidad...». Muy significativa, en relación al tema del resarcimiento, es la STS de 8 de noviembre de 1989 (RJA 9890): «...la indemnización... ha de bascular entre la posible codicia del dueño del terreno que por la constante devaluación monetaria quiera beneficiarse de la revalorización de terrenos por encima de esa inflación retrasando su reclamación y el injusto enriquecimiento del constructor que viene poseyendo desde un principio el terreno sin el menor disfrute del dueño del mismo, que paralelamente se ve perjudicado por ello; y como quiera que **esa indemnización reparadora por tal circunstancia ha de comprender todos los daños y perjuicios que además se le hubieren irrogado al dueño del terreno...** ha de respetarse el módulo señalado en la sentencia recurrida y en la de primer grado, pero con abono del interés legal que en el decurso del tiempo venga establecido para el precio de aquella forma determinado hasta el de su pago efectivo, incrementado en dos puntos...». Ya la STS de 26 de febrero de 1971 (RJA 1044), a la hora de proceder a determinar la indemnización determinó: «reconocer al edificante el derecho de adquirir la parte del terreno invadida mediante el pago de su precio y en la consideración determinativa de cuyo precio no solamente ha de comprenderse el estricto valor del terreno ocupado sino asimismo **el perjuicio que la merma de éste suponga para el resto del terreno** que le quede al demandante, a fin de atender adecuadamente al principio de justicia equitativa que imprime carácter al contemplado instituto jurídico de la accesión invertida». En este sentido se pronuncia BONET BONET (74), «se debe tener en cuenta no sólo la porción del terreno afectado por la construcción, sino también la situación del terreno no afectado y su extensión en cuanto a su actual valoración económica, dimanante de la posible depreciación actual del terreno restante o, por el contrario, de su mayor estimación en algún caso».

En otros Ordenamientos encontramos específicamente regulada la cantidad a indemnizar, así el del Código Civil italiano, por el artículo 938, determina

(73) Ver: CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1984», en CCJC, núm. 7, enero-marzo de 1985, pág. 2205.

(74) BONET BONET, «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971, núm. 231, pág. 119.

que se deberá pagar el doble del valor del suelo: *«Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo U doppio del valore della superficie occupata, oltre U risarcimento dei danni»*. También concretan dichos extremos los párrafos 912 y 915 BGB, a raíz de los cuales el dueño de terreno puede optar entre tolerar la inmisión a cambio de una renta o ceder la propiedad del terreno recibiendo por ello el correspondiente precio. El artículo 1.343 del Código Civil portugués establece que el extralimitante podrá adquirir la propiedad del terreno pagando el valor del mismo y reparando el posible perjuicio causado, con particularidad el que resulte de la depreciación del resto del terreno.

En nuestro caso, la Jurisprudencia viene aplicando el artículo 1.902 del Código Civil debido a la inexistencia de una relación contractual entre las partes con anterioridad a la producción de los hechos (75), SSTs de 15 de junio de 1981 (RJA 2524): *«...la adquisición de la propiedad del terreno invadido por el edificante lleva consigo como contraprestación, no sólo el abono del precio del terreno ocupado, a la manera como sucede en el caso del artículo 361 del Código, si el propietario opta por esta solución, sino también al de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios que además se le hubiesen ocasionado al dueño de éste, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código...»*, 1 de octubre de 1984 (RJA 4750), 12 de noviembre de 1985 (RJA 5582). La STS de 29 de julio de 1994 (RJA 6305) determina que se deberá abonar el valor del terreno y la indemnización por el *«...menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida por imperativo del artículo 1.902 del Código, extremo éste del resarcimiento del valor de lo ocupado e indemnización, además, de perjuicios y menoscabos...»*.

En cualquier caso, esta figura no debe suponer un medio por el cual el edificante se pueda lucrar o sacar provecho.

BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO
Profesora Titular Int. Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

(75) LAUROBA LACASA, *op. cit.*, pág. 634, manifiesta que «Recurrir a dicho precepto parece, no obstante, un desajuste conceptual, ya que se trata de un supuesto que excluye, por definición, el dolo o culpa del transgresor».