

La accesión en el ámbito familiar

Accession at family level

por

FRANCISCO SANTANA NAVARRO

Profesor de Derecho civil

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN: Este trabajo analiza la aplicación de las normas reguladoras de la accesión artificial inmobiliaria al ámbito familiar, en el que con relativa frecuencia el propietario de un suelo o construcción preexistente inacabada autoriza a un familiar a que construya una vivienda para uso de este. Esta cesión habitualmente se realizará por los padres de uno de los cónyuges o miembros de la unión extramatrimonial para que estos construyan la que será su vivienda habitual. Pero, también, en otros supuestos simplemente se produce la cesión en favor de un solo familiar unido por vínculos de consanguinidad. Lo anterior resulta problemático cuando se producen crisis matrimoniales o de pareja y la correspondiente sentencia otorga el uso de la vivienda al miembro no unido por vínculo de consanguinidad con el cedente. También se generan conflictos cuando simplemente se resienten las relaciones familiares que sirvieron de causa para la cesión. Efectivamente, una vez producida la crisis familiar resulta frecuente que el propietario del suelo y, en su caso, de la edificación preexistente, pretenda la recuperación de la posesión con el consecuente desalojo de los constructores. Esta pretensión nos lleva a los artículos dedicados a la accesión artificial inmobiliaria, especialmente el artículo 361 del Código civil, que a su vez se remite al artículo 453 de este texto legal, preceptos que en determinadas circunstancias deberían modularse e incluso excluirse mediante una reforma legislativa.

ABSTRACT: This paper analyzes how the rules about artificial real estate accession can be applied into the family environment, in which the owner of a pre-existing land or unfinished construction usually authorizes a family member to build a house for its use. This assignment will usually be made by the parents of one of the spouses or members of the extramarital union so that they can build what will be their habitual residence. But also, in other cases, it is simply made in favor of a family member linked by blood ties. There are often problems when there is a marital or partnership crisis and the corresponding judgment grants the use of the dwelling to the member not bound by blood relationship with the transferor.—Indeed, once the family crises have occurred, it is common for the owner of the land and, if applicable, of the pre-existing building, to seek the recovery of possession with the consequent eviction of the builders. This claim leads us to articles dedicated to the artificial real estate accession, especially article 361 of the Civil Code, which in turn refers to article 453 of this legal text, precepts that in certain circumstances should be modulated and even exclude means of a legislative reform.

PALABRAS CLAVE: Derechos reales. Propiedad. Posesión. Accesión inmobiliaria. Comodato. Precario. Derecho de retención.

KEY WORDS: *Rights in rem. Ownership. Possession. Real estate access. Comodato. Precarious. Lien.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DISTINCIÓN DE LA ACCESIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR DE LA CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA TERMINADA.—III. LA CONSTRUCCIÓN SOBRE SUELO AJENO FAMILIAR Y LAS NORMAS SOBRE LA ACCESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA: 1. IDEAS PREVIAS. 2. LAS NORMAS SOBRE LA ACCESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA: *A) Determinación de las reglas aplicables. B) Análisis del artículo 361 del Código civil: a) Concepto de edificación. b) Efectos del artículo 361 del Código civil. c) Las limitaciones temporales al artículo 361 del Código civil y la usucapión. C) Referencia al Código civil de Cataluña.*—IV. EL DERECHO DE RETENCIÓN DEL INCORPORANTE EN SUELO AJENO FAMILIAR: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GASTOS QUE OTORGAN DERECHO DE RETENCIÓN. 3. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR. 4. VALORACIÓN CRÍTICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.—V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE ACCESIÓN A LAS RELACIONES FAMILIARES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los problemas que plantea la realización de obras por familiares en suelo de otro familiar, o incluso en una edificación preexistente de este. Con frecuencia tales obras se ejecutan por algún cónyuge o miembro de la pareja en suelo de algún familiar (normalmente los padres de uno de ellos), o en una edificación preexistente. Esta realidad resulta especialmente problemática cuando surge una crisis matrimonial o ruptura de pareja y se atribuye judicialmente el uso de la vivienda al cónyuge o miembro de la pareja no unido por vínculo de consanguinidad con el dueño del suelo o de la edificación preexistente. O, simplemente, cuando las relaciones familiares que permitieron la edificación se deterioran sin mediar tal crisis matrimonial.

Tras la referida crisis o ruptura no resulta extraño que el dueño del suelo o edificación preexistente pretenda el desalojo o desahucio del ocupante del inmueble al que no le une parentesco por consanguinidad, lo que genera un conflicto de intereses entre el edificador y aquel. También se da tal disputa cuando surge una crisis familiar entre el dueño del suelo y el edificador que lleva al primero a pretender la recuperación posesoria.

En la resolución de estos litigios convergen como normas potencialmente aplicables las relativas a la accesión inmobiliaria artificial (arts. 358 a 364 CC) así como las referentes a la posesión (especialmente el art. 453 CC), que establecen un régimen de abono de gastos realizados por el poseedor y un derecho de retención.

Los supuestos a estudiar deben deslindarse de la mera cesión del uso de una edificación terminada y dispuesta para ello, así como de la realización de obras diferentes a la edificación propiamente dicha, como veremos.

II. DISTINCIÓN DE LA ACCESIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR DE LA CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA TERMINADA

Resulta relativamente frecuente que un matrimonio o pareja de hecho construya la que será su vivienda familiar en un suelo ajeno, pero de origen familiar. Concretamente de los padres de uno de los miembros del matrimonio o pareja y, posteriormente, se atribuya un derecho de uso sobre la vivienda a uno de los cónyuges o miembros de la pareja en virtud de una sentencia que resuelva la crisis matrimonial o de pareja. O, simplemente, no exista esta crisis, pero sí un conflicto o distanciamiento familiar entre los edificantes y los dueños del suelo y, en su caso, construcción preexistente.

A poco que se repare, la realidad anterior es distinta de la cesión gratuita por los padres de uno de los cónyuges o miembros de la pareja de un inmueble terminado, para su uso como hogar familiar.

Las posibilidades de recuperación por los titulares dependen de cómo se califique esta cesión de uso de la vivienda: como un comodato o como un precario. Si estimamos presente un comodato, solo podrá recuperarse la posesión una vez vencido el plazo del comodato, o antes si se da urgente necesidad del comodante (art. 1749 CC); mientras que, si observamos un precario, el dueño puede reclamarla a su voluntad (art. 1750 CC). El criterio diferenciador entre ambas figuras es el plazo, que se da en el comodato, no así en el precario, lo que no resulta fácil de apreciar en la práctica porque la cesión no se suele plasmar en un documento (ORTEGA MELIÁN, 2018, 751-752).

Estas cesiones gratuitas de inmuebles terminados, una vez rota la convivencia, son calificadas por el Tribunal Supremo como precario, porque, aunque pudiera existir inicialmente un contrato de comodato para el uso familiar de la vivienda, desde el momento que quiebra la convivencia el ocupante se convierte en precarista; y, si desde el inicio no existió sino mera tolerancia, es un simple precarista (SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 13 de noviembre de 2008)¹. Así, ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo, de Pleno, de 18 de enero de 2010 que «cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legítimamente el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario»².

Se observa en algunos pronunciamientos (SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 28 de febrero de 2017) la posible mutación de la posesión inicial amparada en un contrato de comodato, a una posterior sin título, una vez rota la convivencia; o que el precario es aquel que ha perdido su título para poseer o nunca lo ha tenido³.

Doctrinalmente se ha mantenido un concepto de precario que engloba aquellas situaciones en las que, de acuerdo con la jurisprudencia, puede ejercitarse el desahucio del antiguo artículo 1565 de la LEC de 1881. Nos referimos a la *posesión concedida* con carácter gratuito y revocable, como modalidad de comodato que se puede terminar a voluntad del comodante (art. 1750 CC); la *posesión tolerada*, y la *posesión sin título* (DÍEZ-PICAZO, 2008, 662 y sigs.)⁴.

En el caso de cesión gratuita por familiar de vivienda para constituir el hogar familiar, observamos una posesión concedida o, al menos, tolerada que, tras la voluntad de recuperación, se convierte en posesión sin título. Y esta situación no se ve alterada porque se atribuya su uso por una resolución judicial que no afectará a su propietario, ajeno a tal procedimiento; porque el tema se enfoca desde el punto de vista del derecho de propiedad

y no del derecho de familia, dado que las consecuencias del divorcio o separación no tienen que ver con los terceros propietarios (STS de Pleno, de 18 de enero de 2010)⁵.

III. LA CONSTRUCCIÓN SOBRE *SUELLO AJENO FAMILIAR* Y LAS NORMAS SOBRE LA ACCESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA

1. IDEAS PREVIAS

La relativa facilidad con la que se resuelve la restitución de la posesión de viviendas cedidas gratuitamente contrasta con las dificultades o inconvenientes que conlleva la edificación por parte de los poseedores en un suelo o edificación preexistente de los padres o parientes de uno de ellos. Resulta más difícil la recuperación posesoria en estos casos al no tener por objeto, en puridad, algo entregado por el poseedor anterior, sino una construcción realizada por el actual, ya sea sobre un suelo cedido previamente o sobre una edificación originaria que será posteriormente modificada.

Esta construcción sobre un suelo o edificación ajenos nos lleva a las normas de la accesión (arts. 358 y sigs. CC) a cuyo estudio proyectado a nuestro supuesto familiar dedicaremos los epígrafes siguientes. Adelantar que, a pesar de que el artículo 361 del Código civil se refiere a suelo ajeno, los preceptos son también aplicables a construcciones realizadas sobre edificaciones ajenas (DÍEZ-PICAZO, 2008, 303, y LACRUZ BERDEJO, 2008, 133)⁶.

2. LAS NORMAS SOBRE LA ACCESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA

En este epígrafe determinaremos las reglas aplicables a la construcción sobre *suelo ajeno familiar*. A continuación, analizaremos el ámbito objetivo del artículo 361 del Código civil, así como sus efectos, para finalizar con el estudio de la relación del precepto con el instituto de la usucapión.

A) *Determinación de las reglas aplicables*

Aunque en teoría el juego de la actitud del dueño del suelo y del edificador permite cuatro combinaciones en función de la buena o mala fe de ellos, el Código civil las reduce a tres: existiendo la buena fe del edificador, para el Código civil es irrelevante la buena o mala fe del *dominus soli*, por-

que la mala fe del *dominus soli* solo operará para compensar la mala fe del edificadorante (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 491).

En relación con lo anterior, aunque a efectos dialécticos se estimara que existe en nuestro supuesto mala fe del edificadorante al conocer que construye sobre un suelo ajeno, fácilmente se puede sostener también la del *dominus soli* que permite en el ámbito familiar la construcción a su vista, ciencia y paciencia, porque precisamente en el objeto de estudio se da una autorización para ello o, al menos, se tolera. Y en el ámbito de la accesión la mala fe recíproca de edificadorante y dueño del suelo se compensan resultando aplicable el artículo 361 del Código civil por remisión del artículo 364 del mismo cuerpo legal (ALONSO PÉREZ, 1990, 394; LÓPEZ VILAS, 1993, 1024, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 494)⁷.

Además, la mala fe en el ámbito de la accesión no debemos identificarla exclusivamente con el conocimiento de la ajenidad del suelo, sino con la vulneración consciente de un derecho ajeno (ALONSO PÉREZ, 1990, 386). Puede haber buena fe más allá de la ignorancia de tal carácter extraño del suelo, esto es, aunque se conozca que el terreno no pertenece al edificadorante, si al menos se cree de modo diligente tener algún derecho que autorice a construir. Así, DÍEZ-PICAZO ha definido la buena fe como una conducta socialmente considerada como buena, obrando, por ello, con diligencia y que, por tanto, haya «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» (DÍEZ-PICAZO, 2008, 286-287 y 301)⁸.

Si la buena fe en la accesión se identificara con la ignorancia de que el terreno sobre el que se edifica pertenece a otra persona, se reputaría de mala fe a todo edificadorante que conociera tal derecho de tercero, aunque existiera un contrato o tolerancia. Así, en nuestro caso se confirma la idea apuntada por otros acerca de la falta de coincidencia entre el concepto de buena fe posesoria y de buena fe en la accesión ya que en esta el error no será un presupuesto esencial, como por el contrario ocurre en materia posesoria. Aquí, la buena fe consiste en la ignorancia por parte del poseedor de que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide de acuerdo con el artículo 433 del Código civil (RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑOS CASTRO, 2013, 3891 y sigs., y FEMENÍA LÓPEZ, 2013, 3049)⁹. Con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1985 se refiere a estas diferentes concepciones de la buena fe al señalar: «el artículo 361 del Código civil donde no se valora la clase de posesión, índice de estar o tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe, como simple “estado de conocimiento”, característico de los derechos reales»¹⁰.

Sin embargo, LACRUZ observa que la buena fe del constructor es la exigida al poseedor para hacer suyos los frutos, sin admitir como título una simple autorización a edificar sin sanción (LACRUZ BERDEJO, 2008, 136)¹¹. En parecida línea, algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales descartan la buena fe en el ámbito familiar al identificar la requerida por el artículo 361 del Código civil con la creencia de ser dueño. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo de 2018, que estimó una demanda de desahucio por precario interpuesta por la propietaria de una finca sobre la que su hijo y esposa construyeron una vivienda en la que residieron hasta que recayó sentencia de divorcio que adjudicó el uso a su nuera en compañía del hijo de esta. La demandada sostuvo que la vivienda había sido construida con cargo a la sociedad de gananciales que mantuvo con su esposo, alegación que fue desestimada al conocer esta la ajenidad del terreno sobre el que edificó¹². Con el mismo conflicto de intereses, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de junio de 2017 acordó el desahucio por precario de la pareja del hijo del actor, propietario del suelo, quien alegaba haber construido con su autorización, y rechazó la aplicación del artículo 361 del Código civil al apreciar la mala fe de la edificante, en tanto conocedora de que el terreno no le pertenecía¹³.

Disentimos de tales planteamientos. Nos resulta evidente que en el objeto de nuestro estudio existe buena fe del edificante al contar con el consentimiento o al menos con la tolerancia del dueño del suelo o, en su caso, del propietario de la construcción original sobre la que se ejecutan obras. Por lo que descartamos que la buena fe en la materia de nuestro trabajo consista en la creencia del constructor de que el suelo le pertenece¹⁴.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1999 estimó concurrente buena fe en el constructor por mediar consentimiento del dueño del suelo con el que se mantenía una relación familiar. Se trataba de una vivienda construida por un matrimonio en régimen de gananciales en la segunda planta de la vivienda perteneciente a los padres y suegros, respectivamente, de los cónyuges que cedieron el suelo de la terraza para tal fin. Uno de los cónyuges, concretamente el yerno, solicitó la declaración del dominio de la segunda planta a su favor, (cuya desestimación devino firme al no recurrirse) y, en su defecto, la condena al pago del coste de las obras en favor de la sociedad de gananciales. En primera instancia se aplicó el artículo 361 del Código civil, no así por la Audiencia Provincial al considerar que el convenio habido entre suegros y la sociedad de gananciales edificante excluye tal precepto, añadiendo que, si unos gastos autorizados no se reclamaron durante la vigencia del matrimonio, no lo pueden ser ahora¹⁵.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019 apreció buena fe en el matrimonio que había elevado una planta sobre

la vivienda de sus padres y suegros, respectivamente, por construirse con su consentimiento. Este pronunciamiento resolvió la demanda presentada por el antiguo yerno quien, por sí y en representación de la disuelta sociedad de gananciales, y en liquidación, que mantuvo con la hija de los demandados, reclamó a sus otrora suegros cantidades derivadas de la ejecución de las obras; pretensión a la que estos opusieron que se trataba de una posesión en concepto de precario. Tanto en primera instancia como en apelación se condenó a los demandados al pago del coste de las obras ejecutadas, argumentando la Audiencia Provincial que durante el matrimonio hubo un contrato de comodato y solo tras la ruptura un precario. Los padres y suegros, respectivamente, condenados interpusieron recurso de casación al considerar que la posesión fue en todo momento en concepto de precario, que el matrimonio carecía de buena fe al conocer que la casa en que se realizaron las obras no les pertenecía, y que si las ejecutaron fue para su comodidad durante su ocupación gratuita, por lo que aquella planta elevada debía quedar en beneficio de la propiedad sin derecho a indemnización. El Supremo apreció la buena fe del matrimonio en su día edificante por razón del consentimiento de los recurrentes señalando: «*en este caso la posesión es de buena fe aunque no sea a título de dueño —sobre todo si se tiene en cuenta que una de las poseedoras es hija de los titulares dominicales— y la construcción también se hizo con el conocimiento y consentimiento de la propiedad, sin que los demandados realizaran advertencia alguna en el sentido de que harían suya la obra sin indemnización, pese al derecho que les asistía de recuperar la posesión en cualquier momento»¹⁶.*

De la apreciación de la buena fe de los edificantes a partir del consentimiento del *dominus soli* se deriva, a su vez, que en el ámbito familiar no se precise ningún error excusable sobre la existencia de un título que habilite a poseer para apreciar la buena fe del poseedor, como de ordinario ocurre con la posesión¹⁷.

En definitiva, en los casos de construcción con consentimiento de familiares, habida cuenta de la buena fe, la norma *potencialmente* aplicable es el artículo 361 del Código civil, como ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019 que de modo diáfano señaló: «*en tal caso —posesión de buena fe y consentimiento del titular— la única alternativa del dueño sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 361 del Código civil, hacer suya la obra pagando su importe o reclamar a la sociedad de gananciales que haga suya la propiedad pagando el valor del terreno y de la construcción preexistente»¹⁸.*

Las normas sobre la accesión poseen carácter supletorio, por lo que no serán aplicables en los casos en que exista relación contractual entre las partes implicadas [ALONSO PÉREZ, 1990, 367 (nota 1) y 375, y DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158]¹⁹. Así, la Sentencia del

Tribunal Supremo de 14 de abril de 1998 no aplicó el artículo 361 del Código civil a unas obras ejecutadas en terreno ajeno motivadas por un contrato de arrendamiento *ad meliorandum*²⁰.

Para LACRUZ la mera tolerancia en la edificación no excluye las normas sobre la accesión, pues para desplazarlas se requiere una relación jurídica entre las partes (LACRUZ BERDEJO, 2008, 134). En este punto conviene señalar que las posesiones toleradas precisamente tienen como ámbito de desenvolvimiento las relaciones de familiaridad, a la vez que la tolerancia implica cierta dosis de voluntad en el sentido no de consentimiento sino de condescendencia o beneplácito (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 566).

Por su parte, DÍEZ-PICAZO aboga por una aplicación conjunta de las reglas de la accesión con las que disciplinan la relación existente entre las partes, aclarando que deben ceder los preceptos generales de la accesión cuando existan normas especiales o más concretas (DÍEZ-PICAZO, 2008, 298).

Veremos, que el Tribunal Supremo no excluye el artículo 361 del Código civil en el ámbito de las relaciones familiares, aunque modula, en beneficio del propietario del suelo y en función de las circunstancias concurrentes, el rigor de la remisión que el precepto hace al artículo 453 del Código civil.

B) Análisis del artículo 361 del Código civil

Como hemos argumentado en el epígrafe anterior, en los casos de construcción consentida por familiares propietarios del suelo o de la edificación preexistente, la norma potencialmente aplicable es el artículo 361 del Código civil que contempla literalmente el siguiente supuesto: «*El dueño del terreno en que se edificare ...de buena fe*». A primera vista esta redacción se limita a la construcción sobre un *terreno*, por lo que parecería descartar a las obras realizadas sobre un edificio. Por ello, resulta preciso determinar el ámbito objetivo del artículo 361 del Código civil: la edificación a que se refiere el precepto.

A continuación, se analizarán los efectos que provoca la aplicación del artículo 361 del Código civil y, por último, los posibles condicionantes temporales del precepto y su relación con el instituto de la usucapión.

a) Concepto de edificación

Antes de centrarnos en las consecuencias que supone la aplicación del artículo 361 del Código civil, debemos determinar su ámbito objetivo: qué se entiende por edificación a los efectos del precepto. Se ha sostenido un

concepto amplio de edificación al que ha de aplicarse las normas de la accesión. Así, DÍEZ-PICAZO señala que «*dentro del concepto amplio (de edificación) que nuestro Código civil parece profesar, puede incluirse el concepto de reparación, que supone la reforma de carácter conservativo, y la ampliación de una edificación existente»* (DÍEZ-PICAZO, 2008, 297). En cambio, LACRUZ excluye las obras meramente conservativas, al afirmar: «*el concepto de obra, en el régimen de accesión tolera su extensión hasta comprender todas las operaciones sobre el inmueble que suponen una mutación, perfeccionamiento o acondicionamiento, y no conservación en sentido estricto»* (LACRUZ BERDEJO, 2008, 134).

Disentimos de que una obra de reparación en sentido estricto pueda dar lugar a la aplicación del artículo 361 del Código civil y permitir al dueño del suelo o de la construcción simplemente reparada obligar al incorporante (mero reparador) a comprar el suelo con lo preexistente. Si se ha rechazado que el asfaltado de viales sea una obra en el sentido del precepto estudiado por no comportar atribución de posesión²¹, menos entendemos que pueda serlo una mera obra de reparación, *stricto sensu*, claro está.

Asimismo, la obra ha de conllevar una incorporación definitiva y fija al suelo, o indisoluble. Pero no estimamos que en todo caso deba tratarse de una obra nueva, al cabrer en el precepto la edificación sobre una obra preexistente (DÍEZ-PICAZO, 2008, 297 y 303, y LACRUZ BERDEJO, 2008, 133). Bastantes pronunciamientos confirman lo anterior, como las analizadas Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1999 y 6 de noviembre de 2019, dictadas en supuestos de elevación de plantas sobre una edificación originaria²². También el Supremo ha aplicado el artículo 361 del Código civil a la reconstrucción de una vivienda inhabitable, como en su Sentencia de 9 de febrero de 2006²³.

Concretaremos aún más esta interesante cuestión cuando tratemos el derecho de retención del que dispone el incorporante de buena fe en caso de optar el *dominus soli* por hacer suya la obra, hasta el abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código civil a los que se remite el artículo 361 del mismo cuerpo legal.

b) Efectos del artículo 361 del Código civil

En caso de edificación por el incorporante de buena fe, el artículo 361 del Código civil concede al dueño del suelo la opción entre «*hacer suya la obra...previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terreno»*.

La buena fe relevante para este precepto será la existente durante la ejecución de las obras, porque la mala fe posterior no contamina el periodo

de buena fe (STS de 7 de octubre de 1949)²⁴. Pero además, si llegara a existir un derecho de retención, el poseedor que sigue detentando no se convierte en poseedor de mala fe al encontrarse en el ejercicio de un derecho legítimo (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 558).

Con todo, la adquisición de la propiedad de lo edificado por parte del dueño del suelo o de la construcción originaria no resulta automática. Por el contrario, el artículo 361 del Código civil le reconoce un derecho a optar entre hacer suya la obra pagando al edificador de buena fe su valor, u obligarle a este a adquirir el terreno²⁵.

Por tanto, el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica, es decir, un poder para decidir mediante un acto de su voluntad el destino final del fundo (DÍEZ-PICAZO, 2008, 301 y sigs., y STS de 31 de diciembre de 1987)²⁶. No obstante, el ejercicio de este derecho puede verse condicionado por la actitud previa del dueño, como ocurrió en el litigio resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 que estimó la pretensión indemnizatoria del incorporante por razón de las obras realizadas, y rechazó el motivo del dueño del suelo quien alegaba que el artículo 361 del Código civil le confería la opción a él, y no aquél. El fallo se basó en que el *dominus soli* había optado tácitamente por hacer suya la obra, previamente al litigio principal, al presentar demanda de conciliación para desalojar al incorporante²⁷.

La jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria estiman que, mientras no se ejercite tal opción, existirá una propiedad dividida, al no ser automática la adquisición por el dueño del terreno de la propiedad de lo construido. De modo diáfano la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1987 señaló: «*la res nova que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado, un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361 del Código civil*»²⁸. Así pues, existe una situación intermedia que supone la presencia de dos propiedades separadas: por un lado, el tercero es poseedor de buena fe del terreno, pero además ostenta un derecho de propiedad sobre la obra, pero no sobre el suelo, que sigue perteneciendo a su propietario originario (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158; LACRUZ BERDEJO, 2008, 137; LÓPEZ VILAS, 1993, 1.018, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 491). Es la llamada teoría de la propiedad o dominio separado que se ha impuesto. Según ella, mientras no se ejerza la opción prevista en el artículo 361 del Código civil el propietario del suelo no podrá ejercitar acción reivindicatoria sobre lo construido (entre otras, SSTS de 31 de diciembre de 1987, 22 de julio de 1993 y 26 de octubre de 1999, y *vid.* LÓPEZ VILAS, 1993, 1016, y LACRUZ BERDEJO, 2008, 134)²⁹.

En cambio, de acuerdo con la denominada teoría de la accesión automática por el dueño del terreno, sostenida por una minoría, la indemnización no estaría referida a la adquisición de la propiedad de lo edificado, sino de su posesión, de ahí la remisión al artículo 453 del Código civil que hace el artículo 361. ALONSO PÉREZ, defensor de esta tesis, se fundamenta en los antecedentes del Derecho Romano y Las Partidas que, para el autor, suponen «*la accesión automática por la sola vis atractiva de la cosa más importante —en este caso, el suelo conforme al principio superficies solo cedit...*» (ALONSO PÉREZ, 1990, 377 a 379)³⁰.

Volviendo a la tesis imperante, no basta con optar por la adquisición de lo construido, dado que el propietario del suelo ha de indemnizar, previa o simultáneamente, al incorporante (STS de 31 de diciembre de 1987)³¹. Por ello, para LACRUZ el derecho de retención en el supuesto del artículo 361 del Código civil resulta innecesario, ya que, por hipótesis, el dueño no puede reclamar la posesión de su finca ni recibir la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización (LACRUZ BERDEJO, 2008, 140).

Conforme al artículo 453 del Código civil, en determinados casos se reconoce un derecho de retención al poseedor actual, en nuestro objeto de estudio, el edificador. Efectivamente, el artículo 361 del Código civil no confiere tal derecho de retención, al limitarse a hablar de indemnización, pero la remisión se entiende realizada al régimen jurídico de la indemnización dentro del que se encuentra el derecho de retención (DÍEZ-PICAZO, 2008, 303).

c) Las limitaciones temporales al artículo 361 del Código civil y la usuración

Aunque en el entorno familiar normalmente los incorporantes no poseen con la intención de hacer suya la obra y el suelo sobre el que han edificado, habida cuenta de que la edificación se fundamenta en una autorización, algunos pronunciamientos han tenido por objeto demandas declarativas de la propiedad interpuestas por aquellos frente a los propietarios del suelo o de la edificación preexistente modificada. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006 que versó sobre una demanda interpuesta por el hijo edificador frente a su madre para declarar en su favor la propiedad de lo edificado con fundamento en una pretendida cesión gratuita, sin haberse otorgado escritura pública, y con la petición subsidiaria de condena al abono del coste de lo ejecutado³². O la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 que tuvo por objeto una demanda presentada por el hijo contra su madre, ambos residentes durante años en una vivienda de protección oficial propiedad de esta, en la que el primero había realizado múltiples obras de mejora y de ampliación en la

creencia de que su progenitora, una vez que la Administración la dotara de título de propiedad, otorgaría a su favor escritura pública de compraventa cumpliendo con un alegado acuerdo verbal de transmisión³³.

Estas pretensiones nos llevan a su vez a dos cuestiones que *a priori* resultan más atendibles y que debemos estudiar: la prescripción del derecho concedido al *dominus soli* por el artículo 361 del Código civil, y la posible usucapición del suelo y, en su caso, construcción preexistente, por parte del incorporante.

Pues bien, el Código civil no determina el plazo de ejercicio del derecho reconocido por el artículo 361 del Código civil. Se ha discutido si resulta prescriptible o no, dado que algún autor defiende la aplicación del plazo prescriptivo de treinta años, propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles previsto en el artículo 1963 del Código civil (DÍEZ-PICAZO, 2008, 302); mientras que otros observan una facultad inherente al dominio que, como tal, resulta imprescriptible, aunque consideran que, una vez surgido el conflicto de intereses por la construcción en suelo ajeno, debiera haber un plazo prescriptivo para ejercitarse la opción prevista en el artículo 361 del Código civil (RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑOS CASTRO, 2013, 3899 y 3900)³⁴. Sin embargo, para LACRUZ la división de dominios que supone la accesión, en tanto situación inestable de derechos mal definidos, permite considerar la opción como imprescriptible aplicando por analogía la regla de la imprescriptibilidad de la acción de división de herencia fijada en el artículo 1965 del Código civil (LACRUZ BERDEJO, 2008, 138-139)³⁵. En el otro extremo, ALONSO PÉREZ advierte que es obvia la prescripción si no se ejerce la opción, especificando que es un derecho potestativo que resulta difícil enmarcarlo como derecho real o personal, y que en todo no es viable el régimen de las acciones reales ni personales porque son muchos años para mantener separadas las propiedades (ALONSO PÉREZ, 1990, 373 y sigs.).

Consideramos que la situación de propiedad dividida que conlleva la accesión, en su entendimiento jurisprudencial y mayoritariamente doctrinal, no se puede prolongar indefinidamente por lo que debe otorgársele el plazo de prescripción de treinta años, propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles, desde la finalización de la ejecución de las obras. Ahora bien, sin perjuicio de lo que digamos en el epígrafe V acerca de la posible atribución de tal opción al incorporante, en el ámbito familiar no tiene sentido tal cómputo, porque se construye y se posee con la autorización de un familiar en un contexto de buenas relaciones. Será, por tanto, con la ruptura de aquellas cuando se den las condiciones para que el propietario del suelo haga valer la opción del artículo 361 del Código civil.

Con independencia del plazo de prescripción atribuible al artículo 361 del Código civil, debemos preguntarnos si en el ámbito de nuestro estudio

resulta posible la usucapión por el edificador. Fuera del contexto familiar se ha admitido con carácter general la prescripción adquisitiva por el incorporante en suelo ajeno (ALONSO PÉREZ, 1990, 375; LÓPEZ VILAS, 1993, 1016; DÍEZ-PICAZO, 2008, 302; RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑOS CASTRO, 2013, 3899, y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 82). Sin embargo, para LACRUZ la usucapión solo cabría a favor del dueño del terreno, lo que además requeriría que el incorporante deje de poseer, añadiendo que «*la situación normal, de posesión por uno a título de incorporante, y por otro de apariencia de propiedad no discutida, es obstáculo a la reunión de los derechos por prescripción adquisitiva*» (LACRUZ BERDEJO, 2008, 139). Efectivamente, de acuerdo con la tesis mayoritaria de la propiedad dividida, mientras el propietario del suelo no ejercite la opción conferida por el artículo 361 del Código civil, el edificador será poseedor del terreno y propietario de la obra (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158). Y esto, por principio, impide la posibilidad de usucapir por parte del *dominus soli*.

En cuanto a la usucapión por el edificador, tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria requieren de una posesión en concepto de dueño (art. 1941 CC). Tal presupuesto se nos presenta de difícil concurrencia en las relaciones familiares, donde la edificación y posterior posesión se basan en una tolerancia que, como tal, es inhábil para adquirir el dominio al disponer el artículo 1942 del Código civil que no aprovechan para la posesión los actos ejecutados por mera tolerancia del dueño, y el artículo 444 que estos actos meramente tolerados no afectan a la posesión. Precisamente se ha señalado que tales actos tolerados son fundados en relaciones de amistad, de buena vecindad o de familiaridad (DÍEZ-PICAZO, 2008, 663).

Ahora bien, resulta posible la mutación del concepto en el que se posee, también llamada inversión o intervención posesoria, en virtud de la cual el poseedor por otro concepto puede pasar a serlo en concepto de dueño, lo que posibilita el artículo 436 del Código civil al limitarse a presumir *iuris tantum* que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió. Esta inversión posesoria se ha llegado a admitir incluso en los supuestos de posesión en concepto de precario en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1957 que señaló que tal posesión no resulta hábil para la usucapión «*a menos que se le oponga un acto contrario o autónomo por parte del poseedor inmediato, incompatible con la precariedad inicial*»³⁶. No obstante, esta mutación es de apreciación restrictiva, pues no solo precisa una voluntad o *animus* del poseedor, sino además su exteriorización por *contradiccio* u oposición al poseedor en concepto de dueño, llevada a cabo mediante actos realizados por quien poseía en concepto distinto (SSTS de 18 de septiembre de 2007 y 28 de noviembre de 2008)³⁷.

Suponiendo tal inversión posesoria, no estimamos posible la prescripción ordinaria al exigirse buena fe y justo título (art. 1940 CC), que entendemos no concurrirá en el ámbito familiar. La buena fe en materia de derechos reales es diferente a la exigida por el artículo 361 del Código civil. En materia posesoria se define acudiendo al artículo 433 del Código civil que señala «*se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide*»; y también al artículo 1950 del mismo texto que dicta «*consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio*»³⁸. Por el contrario, en la accesión hemos visto que la buena fe se ha apreciado por el consentimiento de los dueños del terreno a la ejecución de las obras (STS de 6 de noviembre de 2019). Por ello, entendemos que puede concurrir buena fe a los efectos del artículo 361 del Código civil, pero no a los de la usucapión.

Sin embargo, DÍEZ-PICAZO señala en cuanto al constructor de buena fe que «*será un poseedor de buena fe del terreno, o de la obra al menos, en el caso de que no haya perdido la buena fe inicial*». De lo anterior, parece desprenderte que el autor contempla la traslación de la buena fe de la accesión al ámbito de la usucapión, y es que la primera la define como la creencia de que su título le faculta a construir (DÍEZ-PICAZO, 2008, 301 y 302)³⁹. Esto nos resulta admisible en los supuestos típicos de accesión, en los que la edificación resulta espontánea, sin previa relación entre las partes; pero en el ámbito específico de las relaciones familiares no se trata de una creencia sobre un título que habilite la construcción, sino de una autorización del *dominus soli*. Así pues, desaparecerá cualquier atisbo de buena fe desde que este se muestre contrario a que el incorporante continúe en la posesión.

Menos aún estimamos que el edificador posea con justo título, salvo que obtenga la inscripción registral del inmueble (art. 35 LH). El justo título, conforme al artículo 1952 del Código civil, consiste en «*el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real*», por lo que se requiere del justo título simplemente la aptitud en abstracto para haber producido la transmisión, si bien adolece de algún defecto que salva la usucapión (entre otras, SSTS de 28 de diciembre de 2001 y 29 de octubre de 2007)⁴⁰. No obstante, ALONSO PÉREZ estima que la accesión confiere justo título de acuerdo con la regla *accessorium sequitur principale* que puede jugar a favor del constructor si el suelo tiene menor valor que la construcción (ALONSO PÉREZ, 1990, 375)⁴¹. Pero no consideramos la accesión como justo título cuando parte de la tolerancia o la autorización que se da en el ámbito familiar estudiado, dado que no presentan, ni en abstracto, eficacia traslativa del suelo y, en su caso, construcción preexistente a favor del incorporante.

Únicamente apreciamos la posibilidad de una prescripción extraordinaria por plazo de treinta años si se diera la inversión posesoria del incorporante, que debe interpretarse de modo restrictivo al requerir actos

inequívocos y ser probada (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 106). Por tanto, cabría plantearse un posible inicio del plazo de esta prescripción adquisitiva en momento posterior al idéntico en duración atribuido al artículo 361 del Código civil, que se computará desde la ruptura de las relaciones familiares.

C) Referencia al Código civil de Cataluña

Por su carácter relativamente reciente, procede analizar la regulación que hace el Código civil de Cataluña del instituto de la accesión en su Libro Quinto, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo. En este libro se contiene una ordenación detallada de la accesión inmobiliaria, en la subsección segunda del capítulo II, *Títulos de adquisición exclusivos del derecho de propiedad* (arts. 542-3 a 542-14).

El artículo 542-3 del Código civil de Cataluña atribuye con carácter general la propiedad de las edificaciones a los propietarios de la finca en que se realicen, consagrándose así el principio *superficies solo cedit* de modo equiparable al artículo 358 del Código civil. Y el artículo 542-4 del Código civil de Cataluña presume que tales edificaciones se han realizado por los dueños del suelo, al igual que el artículo 359 del Código civil.

De particular interés para el objeto de este trabajo resultan los artículos 542-7 y 542-9 del Código civil de Cataluña, puesto que ofrecen diferentes soluciones en atención a la relación de valor que exista entre la construcción y el suelo, a la vez que contemplan no solo la construcción realizada totalmente en suelo ajeno, sino también la ejecutada parcialmente en suelo ajeno, todo lo cual supone un adelanto en materia de accesión. Por la mencionada regulación simultánea y el objeto de nuestro trabajo (que no abarca los supuestos de construcción extralimitada) nos ceñiremos al análisis de las consecuencias provocadas por la edificación realizada íntegramente en suelo ajeno de buena fe, puesto que en el ámbito familiar partimos de su existencia por contarse con el consentimiento o la tolerancia del dueño del suelo.

Realizadas las anteriores precisiones, en el supuesto de que el valor del suelo invadido fuese superior al de la construcción realizada de buena fe, el artículo 542-7 del Código civil de Cataluña confiere al *dominus soli* el derecho a optar por hacer suya la edificación pagando al constructor su valor, u obligar a este a adquirir el suelo. Esta ordenación resulta equiparable a la opción concedida por el artículo 361 del Código civil. Ahora bien, a diferencia del último precepto, que guarda silencio sobre el plazo de ejercicio de la opción, el artículo 542-7 en su apartado 2 impide al propietario del suelo adquirir lo edificado de buena fe una vez transcurridos tres años desde

la finalización de la construcción, pasados los cuales solo podrá obligar al constructor a adquirir el suelo invadido.

Por su parte, el artículo 542-9 del Código civil de Cataluña regula el caso de que el valor del suelo sea inferior o igual al de la construcción realizada de buena fe, lo que resulta un avance en la materia, dado que el artículo 361 del Código civil no atiende a tal relación de valor. Así, el primer apartado del precepto obliga al *dominus soli* a ceder la propiedad del suelo al constructor siempre que este le indemnice con el valor del suelo más los daños y perjuicios causados y la edificación constituya una unidad arquitectónica que no sea materialmente divisible. Por tanto, de ser el valor de la construcción superior o al menos igual al del suelo no regirá el principio *superficies solo cedit*, al resultar lo principal la edificación y no el suelo.

IV. EL DERECHO DE RETENCIÓN DEL INCORPORANTE EN SUELO AJENO FAMILIAR

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 361 del Código civil, en caso de buena fe del incorporante, concede al *dominus soli* el derecho a hacer suya la obra previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del mismo cuerpo legal. El artículo 453 del Código civil concede un derecho de retención en favor del poseedor de buena fe hasta el abono de determinados gastos que veremos en el epígrafe siguiente, como también ordena el artículo 569-3 del Código civil de Cataluña.

En materia de abono de gastos se ha señalado que si la posesión obedece a mera tolerancia deberían aplicarse de forma analógica las reglas del contrato de comodato y no el artículo 453 del Código civil (GRIMALT SERVERA, 2013, 3697). Este esquema, observamos, no encaja en los casos estudiados en los que existe algo más que una tolerancia a poseer, al haberse consentido la edificación. Además, si se estimase que el edificante en el ámbito familiar es un mero comodatario, no tendría derecho de retención ni por razón de las expensas realizadas en la cosa (art. 1747 CC)⁴², que pueden ser bastante considerables. De ahí que no podamos restarle valor a la calificación de la situación posesoria como comodato o precario en nuestro estudio, como contrariamente hizo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019. Efectivamente, tal pronunciamiento señaló que la naturaleza de la posesión (comodato o precario) no variaría la condena al abono de las obras realizadas conforme al artículo 361 del Código civil, al apreciar buena fe en el matrimonio que había elevado una planta sobre la

vivienda de sus padres y suegros, respectivamente, por construirse con su consentimiento⁴³.

Observamos que en el ámbito familiar la autorización para edificar conferirá al edificador un título para poseer, o mejor dicho, para seguir poseyendo cuando se revoque la tolerancia, hasta que se le abonen los conceptos que veremos. Pero solo en determinados casos porque —adelantamos— no siempre se le reconocerá un derecho de retención.

Por tanto, estimamos aplicable el régimen de los artículos 453 y 454 del Código civil al ámbito familiar. Sin embargo, para LACRUZ la forzosa indemnización previa por el propietario del suelo hace innecesario el derecho de retención en los casos de edificación de buena fe. Agudamente señala el autor «*mas tal derecho es aquí innecesario, dado que, por hipótesis, el dueño no puede reclamar la posesión de su finca ni recibir la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización*» (LACRUZ BERDEJO 2008, 140).

2. GASTOS QUE OTORGAN DERECHO DE RETENCIÓN

El artículo 454 del Código civil se refiere a los gastos de puro lujo o recreo que no son abonables a ningún poseedor, por lo que no otorgan derecho de retención. Solo permiten que el poseedor vencido que ha efectuado tales gastos suntuarios pueda llevarse los adornos y ornamentos añadidos a la cosa principal (*ius tollendi*), siempre que la cosa no sufra deterioro (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 577)⁴⁴.

Debemos centrarnos, por tanto, en el artículo 453 del Código civil referido a los gastos necesarios y útiles. Este precepto impone el abono de los gastos necesarios a todo poseedor (en nuestro caso el edificador), con otorgamiento de un derecho de retención al que lo sea de buena fe, hasta su pago. Y en cuanto a los gastos útiles, obliga a abonarlos solo al poseedor de buena fe, con igual derecho de retención. En este último caso, el párrafo segundo concede al poseedor vencedor la opción entre pagar los gastos útiles o el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

El reembolso de estos gastos necesarios y útiles tiene por finalidad evitar un enriquecimiento indebido del dueño del suelo (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 576, y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 96)⁴⁵. No obstante, se ha precisado que como los gastos útiles solo se abonan al poseedor de buena fe, el legislador ha aplicado un criterio de equidad al ordenar solo tal pago y permitir el enriquecimiento del vencedor en caso de mala fe del vencido (MARTÍN PÉREZ, 1993, 397).

Por gastos necesarios se entienden aquellas impensas que resultan imprescindibles para la conservación de la cosa, de tal forma que de no haberlas llevado a cabo, la cosa habría dejado de existir o desmerecido (STS

de 3 de diciembre de 1991)⁴⁶. Comprenden, así pues, las obras ordinarias de reparación y conservación (DÍEZ-PICAZO, 2008, 767). En cambio, gastos útiles son aquellos que dan como resultado un incremento de valor de la cosa y se relacionan con su mejora (MARTÍN PÉREZ, 1993, 396, y DÍEZ-PICAZO, 2008, 767).

De acuerdo con estos conceptos de gastos necesarios y útiles conjugados con la buena fe del edificador que impera en el ámbito familiar, el panorama complica la recuperación posesoria por los propietarios del suelo sobre el que se ha edificado por su hijo o hija y el consorte o pareja de este. Porque conforme al artículo 453 del Código civil no se podría recuperar el suelo sobre el que se ha edificado sin abonar el coste de las obras de carácter necesario o útiles al poseedor de buena fe, que será la regla en nuestro supuesto de estudio. Sin embargo, el reconocimiento de tal derecho de retención no se muestra tan diáfano en su aplicación práctica a los casos de accesión. Señalar además que su apreciación debe realizarse de forma restrictiva, sin ser extensible a otros supuestos diferentes a los legales (DÍEZ-PICAZO, 2008, 769, y DE BUSTOS GÓMEZ RICO, 2006, 425).

3. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Estudiaremos a continuación una serie de decisiones en las que las circunstancias particulares resultan determinantes de cara al reconocimiento del derecho de retención del edificador de buena fe (art. 453 CC).

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006 se permitió al hijo retener la vivienda edificada en un terreno de su madre en el que se encontraba una vivienda en estado de semi ruina o inhabitable perteneciente a esta última. Para el Supremo el hijo no es un poseedor sin título dado que la madre le permitió edificar, por lo que no es un precario⁴⁷.

En este pronunciamiento se aprecia que el título que le permite retener al edificador es el consentimiento de la madre⁴⁸. No obstante, veremos que exactamente no es solo tal consentimiento el que le otorga título.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1984 niega al edificador un derecho de retención en un supuesto en el que la hija y su esposo ejecutaron pequeñas obras en la vivienda de la madre de la primera, tales como colocar ventanas y retrete⁴⁹. Esta sentencia señala que la posesión que solo obedece a concesión graciosa es un precario. Contrasta este pronunciamiento con la Sentencia citada anteriormente de 9 de febrero de 2006 en la que se consideró que el título se otorgó al edificador al autorizarle a ello su madre. Pero observamos que en esta sentencia de 1984 ha jugado un papel relevante la escasa entidad de las obras realizadas por la hija y

su esposo ya que la construcción de la vivienda estaba avanzada antes de la cesión por la madre de la primera.

De acuerdo con esa sentencia, el derecho de retención exige que las obras las realice quien posea con título y de buena fe, para que al ser vencido en la posesión pueda esgrimir el artículo 453 del Código civil y continuar poseyendo, pero ahora por vínculo distinto⁵⁰.

Sin embargo, para el nacimiento del derecho de retención se precisa algo más que la posesión de buena fe durante la ejecución de las obras, porque en la sentencia comentada de 1984 había mediado una concesión graciosa. Lo que ocurre es que cualquier obra no da derecho a retener lo edificado.

Esta idea se ve confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 que en juicio de desahucio negó el derecho de retención al haber ejecutado el poseedor obras de conservación y mejora que no pueden considerarse edificación. Se trataba de unas obras consentidas por los propietarios de un edificio a su hijo y nuera, respectivamente, para adecuar la vivienda a las necesidades familiares de estos y el local al negocio que regentaban⁵¹. En esta ocasión el Supremo no apreció que hubiera posesión con título y descartó aplicar la doctrina sentada en la Sentencia de 9 de febrero de 2006 porque en el caso resuelto por esta, a diferencia del supuesto que dio lugar a la sentencia comentada, sí poseía con título, por lo que había posesión civil y no mera detentación. Esta Sentencia de 7 de marzo de 2018 concreta la diferencia entre los supuestos de ambos pronunciamientos desde la perspectiva de la entidad de las obras, al señalar que la posesión civil en la sentencia del año 2006 se sustentaba en la construcción de una vivienda nueva, que no fueron simples mejoras⁵². Simplemente hacer un inciso acerca de la referencia de esta sentencia del año 2018 a la posesión civil que, al equipararse comúnmente a la posesión en concepto de dueño, tiende a generar confusión en nuestro ámbito, dado que el edificador en el contexto familiar por lo normal no posee con la intención de hacer suya la cosa⁵³, salvo inversión posesoria analizada al tratar una posible usucapición en el epígrafe relativo a las limitaciones temporales al artículo 361 del Código civil.

Aunque el Tribunal Supremo, en algún pronunciamiento como el comentado de 7 de marzo de 2018, limite el derecho de retención al poseedor civil, entendemos que en los casos que estudiamos es la remisión del artículo 361 del Código civil al artículo 453 la que otorga (en teoría) la retención a todo edificador, y no el concepto en el que posee.

Señalar que algunas Audiencias Provinciales también han admitido el derecho de retención en el ámbito familiar cuando se han ejecutado obras sobre suelo ajeno (SAP de Murcia de 27 de septiembre de 2018 y SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2012)⁵⁴ o sobre construcciones ajenas (SAP de Las Palmas de 5 de diciembre de 2013; SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2018)⁵⁵, o bien se

ha transformado una edificación preexistente en vivienda (SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007)⁵⁶. Otros fallos han negado el derecho de retención al incorporante por tratarse de obras de reparación (SAP de Murcia de 17 de abril de 2019)⁵⁷.

4. VALORACIÓN CRÍTICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Al decidirse sobre el reconocimiento del derecho de retención, en la relación de poseedor-edificador, juega un papel destacado la entidad de las obras, como hemos comprobado en el epígrafe anterior. No bastará, por tanto, con la buena fe de quien construye, que en el entorno familiar es de fácil apreciación al contar, por lo normal, con el consentimiento o al menos tolerancia del dueño del suelo o construcción original.

Las obras ejecutadas serán las que doten de un título al poseedor que le permita seguir poseyendo, una vez sea vencido en la posesión, hasta que se le abonen los gastos previstos en el artículo 453 del Código civil. No ha habido inicialmente un mero comodato convertido en precario cuando se revoca la tolerancia, como ocurre en el supuesto de cesión gratuita de obras terminadas. Como señalamos anteriormente, si hubiera un mero comodato el comodatario no podría retener ni siquiera por gastos útiles, al no haber derecho de retención por razón de las expensas realizadas en la cosa (art. 1747 CC).

Resultan diferentes los gastos que dan derecho a retención en el ámbito de la accesión (art. 361 CC) de los que permiten retener en la posesión pura (arts. 453 y 454 CC). En el ámbito de la accesión la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 niega el derecho de retención al edificador de buena fe que haya realizado gastos necesarios como obras de reparación, cosa que no ocurre con las reglas de la posesión (cfr. arst. 453 CC). Hasta el punto de que, incluso gastos útiles como mejoras, no dan lugar en el terreno de la accesión al derecho de retención⁵⁸ y, en cambio, el artículo 453 del Código civil lo concede al poseedor de buena fe hasta su cobro.

Observamos que el Supremo al distinguir los supuestos de las Sentencias de 7 de marzo de 2018 y de 9 de febrero de 2006 (en las que, respectivamente, niega y reconoce el derecho de retención) se fundamenta en que el consentimiento para ejecutar las obras se manifiesta de forma menos contundente cuando se trata de obras de escasa importancia⁵⁹.

Nuestro Código civil no otorga en su artículo 453 derecho de retención en atención a la entidad o importancia de las obras realizadas, al concederlo incluso para el abono de las obras necesarias. No obstante, observamos plausible esta doctrina, porque nos resulta algo desproporcionado impedir la restitución de la edificación a su propietario con motivo de la realización de

unas pequeñas obras con su consentimiento, por parte de los que asimismo han venido disfrutando de la vivienda y a los que en suma les ha aprovechado.

También se puede valorar la jurisprudencia desde el punto de vista del ámbito de la accesión. Efectivamente, no toda obra ejecutada en suelo ajeno o en una construcción preexistente da lugar a la aplicación del artículo 361 del Código civil. Así, LACRUZ desfiende que ha de tratarse de una mutación, perfeccionamiento o acondicionamiento, descartando las meramente conservativas (LACRUZ BERDEJO, 2008, 134).

Tal vez podría argumentarse como razón diferenciadora el objeto en sí del derecho de retención. Este derecho debe limitarse a las obras realizadas y no extenderse al todo, por lo que resulta de difícil aplicación cuando no nos encontramos ante nuevas edificaciones sino ante simples mejoras⁶⁰. Y es que los intereses en juego no son los mismos que los presentes en un contrato de obramobiliaria que autorizan al contratista a retener la cosa sobre la que se ha ejecutado la reparación, conforme al artículo 1600 del Código civil, para conseguir el pago del precio.

Con todo, no dejamos de percarnos de que, a menor importancia de las obras realizadas por el poseedor de la vivienda, más se asemejará el supuesto al de cesión gratuita de una vivienda terminada. Por lo que resulta fácil entender que no difieran las soluciones de los casos fronterizos dentro de cada uno de estos dos grupos de supuestos.

Así pues, cuanto menos importante sean las obras ejecutadas por el poseedor con la tolerancia o autorización del dueño, mayor protagonismo adquirirá la tolerancia en la posesión. Y hemos visto que las cesiones gratuitas de inmuebles terminados, una vez rota la convivencia, son calificadas por el Tribunal Supremo como situaciones de precario porque, aunque pudiera existir inicialmente un contrato de comodato para el uso familiar de la vivienda, una vez rota la convivencia el ocupante se convierte en precarista; y si desde el inicio no existió sino mera tolerancia, entonces con más motivo debe ser considerado un simple precarista⁶¹.

V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE ACCESIÓN A LAS RELACIONES FAMILIARES

El edificador, con carácter general, es poseedor al edificar, pero además en el entorno familiar se da la circunstancia de que las obras se consienten en la hipótesis estudiada. A ello se une que además de edificar, se hará uso del inmueble de forma gratuita y consentida hasta que, fruto de la crisis matrimonial o de pareja o por simple deterioro de las relaciones familiares, el propietario del suelo o construcción preexistente pretenda la recuperación de la posesión.

Comparemos esta descripción con las consecuencias de la aplicación del artículo 361 del Código civil al ámbito familiar, precepto que puede imponer incluso una compra forzosa del suelo por parte del incorporante. Otro tanto ocurre con la regulación del artículo 542-7, apartado 1, del Código civil de Cataluña, como vimos al tratar la ordenación de la accesión por este cuerpo normativo (epígrafe III.-2 C).

Por tanto, debemos cuestionarnos si nuestro supuesto tiene perfecto encaje en los preceptos de la accesión, si nos encontramos ante una accesión propiamente dicha, entendida como construcción sobre un suelo ajeno, sin previa relación entre las partes. En nuestro caso desde su génesis ambas partes saben que se está edificando sobre un suelo ajeno, pero además sin vulnerar ningún derecho, sin tener sentido indagar sobre la buena o mala fe del *dominus* que lo ha cedido. Tampoco tiene sentido cuestionar la buena fe del incorporante a quien en nuestro caso en ningún supuesto se le podrá obligar a demoler lo construido, como si fuera de mala fe. Porque durante la ejecución de las obras ha habido buena fe, que no se ve contaminada por la oposición posterior del dueño del suelo que pretende recuperar la posesión (STS de 7 de octubre de 1949)⁶².

Así, con gran claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990, descarta la accesión cuando existe relación previa entre las partes: «*es absolutamente inatendible la postulación del recurrente... de aplicar al caso la normativa civil —artículos 361 y concordantes del Código— que rige la accesión, la cual contempla, por definición, el supuesto de que quien planta, edifica o siembra no está vinculado al efecto con el propietario del suelo por una relación obligatoria contractualmente asumida*»⁶³.

Además, como sostuvimos no tendría sentido limitar temporalmente la opción que concede el artículo 361 del Código civil, computando el plazo de prescripción de treinta años propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles desde la ejecución de las obras, porque en el ámbito familiar, ante edificaciones consentidas o al menos toleradas, no debería iniciarse tal cómputo sino a partir del surgimiento del conflicto. Lo anterior se entiende sin perjuicio de una posible usucapión que, sin embargo, en nuestro ámbito hemos apreciado restrictivamente al basarse la posesión del incorporante en una tolerancia que, como tal, es inhábil para usucapir (art. 1942 CC) salvo inversión posesoria.

Cuando se edifica en virtud de una relación jurídica entre el edificador y el dueño del terreno, algunos autores abogan por aplicar directamente los artículos 453 a 458 del Código civil sobre liquidación de estados posesorios (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 159). En tal caso, el dueño del suelo no tendría la posibilidad de forzar al incorporante a la compra del terreno de acuerdo con el artículo 361 del Código civil.

Dicho esto, aunque se pudiera pensar en aplicar simplemente el artículo 453 y no el artículo 361, todos ellos del Código civil, y tratar al edificador como un poseedor sin más, debe seguir jugando un papel relevante la edificación realizada. De lo contrario se podría calificar el fenómeno atendiendo en exclusiva a la concesión graciosa del uso, como mero comodatario, sin reconocérsele derecho de retención por gastos, ni tan siquiera por los útiles (cfr. art. 1747 CC). Por este camino se calificaría la construcción en el ámbito familiar del mismo modo que la cesión de gratuita de viviendas, cuando son dos realidades diferentes como apuntamos al inicio de este trabajo.

En cuanto a la opción conferida por los artículos 361 del Código civil y 542-7 del Código civil de Cataluña, al propietario del suelo en el que se ha edificado de buena fe, y que puede llevar a imponer una compra forzosa al incorporante, debemos tener en cuenta lo anacrónico del principio *superficie solo cedit*, porque no siempre el suelo posee un valor superior a lo edificado (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 157)⁶⁴. Así, el artículo 542-9 del Código civil de Cataluña, de presentar la construcción un valor igual o superior al suelo, obliga al *dominus soli* a ceder la propiedad de este al constructor siempre que sea indemnizado con el valor del suelo más los daños y perjuicios causados. Lo anterior debe ponerse en juego de forma especial en los casos estudiados, en los que la edificación no es espontánea, no se trata de un mero edificador de buena fe, sino, nada más y nada menos, que permitida por el propietario del suelo y, en su caso, de la construcción originaria, a quien de aplicarse el artículo 361 del Código civil sin más se le daría la opción que conocemos.

Si se ha construido jurisprudencialmente la teoría de la accesión invertida sobre la buena fe del edificador, o regulada por el Código civil de Cataluña con idéntico presupuesto ¿por qué no permitirla en nuestro ámbito, cuando no solo media buena fe, sino incluso tolerancia o autorización del *dominus*?

Por tanto, proponemos una regulación especial y diferenciada de la normativa general de la accesión, que otorgue al edificador en el ámbito familiar la opción de adquirir el suelo y no al *dominus soli*, cuando la construcción posea un valor relevante en relación con el terreno. Esto es, dada la diferencia apuntada con los supuestos de accesión invertida habida cuenta de la existencia de autorización, no debería exigirse que la construcción realizada posea un valor superior o igual al del suelo.

Si la obra no tiene ese valor relevante, pero constituye una edificación de importancia, abogamos por aplicar el artículo 453 del Código civil de tal manera que el *dominus soli* solo pueda pretender recuperar la posesión, previo abono de las obras, sin desconocer, por tanto, el hecho de la edificación con derecho de retención si la entidad de la obra lo justifica. Pero sin que se pueda obligar al incorporante a realizar una compra forzosa del suelo.

Y es que tal compra forzosa a instancia del *dominus soli* se complica aún más en los casos de construcción sobre una edificación preexistente, ya que el incorporante habrá de pagar el valor de la edificación originaria, y no solo el del suelo (STS de 6 de noviembre de 2019)⁶⁵. Dicha obra anterior puede resultar bastante importante en relación con lo ejecutado *ex novo*. Esto podría estar ausente en la economía de relación en la mayoría de los casos: una compra forzosa de una construcción preexistente bastante valiosa en relación con lo ejecutado que debiera sumarse al valor del suelo.

En resumidas cuentas, la accesión en el ámbito familiar debe ser objeto de una regulación específica que atienda a la renombrada particularidad de la previa autorización por parte del propietario del suelo. Mediante una reforma del Código civil, así como del Código civil de Cataluña podría concederse al edificador, siempre que la obra ejecutada tuviera un valor relevante en relación al suelo y, en su caso, a la obra originaria, la opción entre adquirir el suelo y lo preexistente, o exigir al propietario el abono del coste de lo ejecutado, con derecho de retención.

En cambio, si la obra ejecutada no tuviera ese valor relevante en relación con el suelo y, en su caso, con la edificación preexistente, el incorporante no tendrá esa facultad de decidir. Pero tampoco la ostentará el *dominus soli*, quien estimamos no podrá obligarle a adquirir el suelo (como permiten el art. 361 CC y el art. 542-7 CCCat), sino únicamente tendrá la facultad de adquirir lo edificado abonando su coste con derecho de retención. Lo sostenido también exigiría, por tanto, la correspondiente reforma del Código civil y del Código civil de Cataluña.

Ahora bien, si las obras presentan escasa importancia consideramos que el constructor poseerá un simple derecho de crédito para el cobro de su importe sin posibilidad de retener. Porque, como dijimos, de darse tal escasa entidad el supuesto se asemejaría más al de la cesión gratuita de vivienda terminada para uso familiar, y resultaría algo injusto impedir la restitución de la edificación a su propietario con motivo de la realización de unas pequeñas obras con su consentimiento por parte de quienes han venido disfrutando de la vivienda y en suma les ha aprovechado.

Terminar señalando que, al conocerse edificador y dueño del suelo o de la construcción preexistente, cobra razón la exigencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 en el sentido de que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el segundo⁶⁶. Tal requisito para la aplicación del artículo 361 del Código civil ha sido criticado con razón pensando en la falta de relación que, por lo común fuera del entorno familiar, existe entre el edificador de buena fe y el *dominus* [DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158 (nota 1)]. Sin embargo, en dicho ámbito, como decimos, cobra razón toda vez que el edificador, aunque lo estimemos de buena fe, conoce la existencia del *dominus*, de todo lo cual

resulta otra diferencia más entre la accesión pura y la accesión en el ámbito familiar estudiada, que requiere de un tratamiento legal diferenciado.

VI. CONCLUSIONES

I. Por lo común, deben distinguirse la cesión gratuita de viviendas terminadas en el ámbito familiar, de la cesión de un suelo o edificación inconclusa para, respectivamente, construir una vivienda o realizar obras en aquella construcción imperfecta y pueda destinarse al fin que le es propio. Las cesiones gratuitas de viviendas terminadas deben reconducirse a la figura del precario; no así el otro grupo de casos, salvo que se trate de ejecución de obras de escasa entidad, en cuyo supuesto no deben diferir las soluciones.

II. Fuera de la excepción apuntada, la construcción en el *suelo ajeno familiar* con consentimiento del *dominus soli*, activa el artículo 361 del Código civil que permite a este último optar entre adquirir la propiedad de lo edificado indemnizando al incorporante, el cual dispondrá de un derecho de retención de acuerdo con el artículo 453 del Código civil, u obligarle a comprar el suelo y, eventualmente, la edificación preexistente. En el ámbito del Código civil de Cataluña su artículo 542-7 otorga la misma opción al dueño del suelo si el valor de este resulta superior al de la construcción, con el correspondiente derecho de retención en favor del incorporante de acuerdo con su artículo 569-3. Y en caso de tener la construcción un valor igual o superior al del suelo, el artículo 542-9 obliga al *dominus soli* a ceder la propiedad del suelo al constructor.

Sin embargo, estimamos que los artículos 361 y 453 del Código civil no pueden aplicarse a la edificación en el entorno familiar al no encontrarnos ante un supuesto de accesión típica, dado el consentimiento otorgado por el *dominus soli* en la propia génesis de la obra y, por otro lado, la variada importancia que puede presentar la construcción realizada en relación con el suelo y, en su caso, con la edificación originaria. Tampoco deberían aplicarse los artículos 542-7 y 542-9 del Código civil de Cataluña porque, aunque atiendan al valor de la construcción y del suelo, no toman en consideración el consentimiento del *dominus soli* presente en el ámbito estudiado.

III. El derecho otorgado al *dominus soli* por el artículo 361 del Código civil lo consideramos sujeto al plazo de prescripción de treinta años propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles (art. 1963 CC), que deberá computarse en el ámbito familiar, en el que se construye y se posee por el incorporante en un contexto de buenas relaciones, desde la ruptura de estas.

IV. Ahora bien, el anacronismo del principio *superficie solo cedit* unido al consentimiento del *dominus soli* presente en las relaciones familiares, nos hacen defender que la opción contenida en el artículo 361 del Código civil

debiera conferirse al incorporante, siempre que la construcción ejecutada tenga un valor relevante en relación con el suelo y, eventualmente, con la edificación preexistente. Para ello proponemos una reforma del Código civil, así como del Código civil de Cataluña, que añada a los preceptos generales una regulación específica otorgándose al incorporante en el ámbito familiar la opción del valor relevante de la construcción.

V. De no tener la obra ejecutada ese valor relevante, pero a la vez sin llegar a ser una construcción de escasa importancia, debería conferirse al *dominus soli* el derecho a adquirir lo edificado previa indemnización al incorporante, quien hasta tanto retendrá la posesión (art. 453 CC), pero sin poder ser obligado a una compra forzosa del suelo y, en su caso, de la edificación preexistente. Esta propuesta conllevaría igualmente la necesaria regulación específica que excluyese del entorno familiar las normas generales del artículo 361 del Código civil y los artículos 542-7 y 542-9 del Código civil de Cataluña.

VI. El incorporante no tendrá, pues, un derecho de retención cuando las obras fueran de escasa entidad, sino a lo sumo un derecho de crédito por motivo de tal exigua entidad y haber disfrutado gratuitamente de la vivienda.

VII. Con independencia de la entidad de las obras ejecutadas, el incorporante, aun produciéndose una inversión posesoria, no podrá usucapir de modo ordinario el terreno y, en su caso, construcción preexistente, al no disponer su posesión en la esfera familiar de buena fe ni justo título. Por el contrario, sí cabría la usucapición extraordinaria, siempre que se dé la aludida mutación posesoria de apreciación restrictiva.

VIII. Resultará imposible la usucapición de las obras por el *dominus soli*, al suponer la edificación sobre suelo ajeno una propiedad dividida en la que el edificador será poseedor del terreno (y, en su caso, de la construcción originaria) y, a la vez, propietario y poseedor de la obra.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 7 de enero de 1949 (*RJ* 1949, 1120)
- STS de 28 de febrero de 1957 (*RJ* 1957, 1586)
- STS de 12 de diciembre de 1966 (*RJ* 1966, 5821)
- STS de 17 de marzo de 1973 (*RJ* 1973, 984)
- STS de 9 de julio de 1984 (*RJ* 1984, 3804)
- STS de 11 de junio de 1985 (*RJ* 1985, 3107)
- STS de 25 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985, 898)
- STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715)

- STS de 18 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5949)
- STS de 3 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 8912)
- STS de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6275)
- STS de 31 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 545)
- STS de 14 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 2145)
- STS de 17 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4387)
- STS de 26 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 8163)
- STS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 3090)
- STS de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180)
- STS de 9 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 547)
- STS de 28 de febrero de 2007 (*RJ* 2007, 300)
- STS de 30 de abril de 2007 (*RJ* 2007, 2396)
- STS de 18 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007, 5074)
- STS de 29 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 8260)
- STS de 13 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 5)
- STS de 28 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 523)
- STS, de Pleno, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274)
- STS de 14 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4729)
- STS de 12 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 568)
- STS de 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 605)
- STS de 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 919)
- STS de 6 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4588)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007 (Sección 5.^a) (*JUR* 2007, 175703)
- SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 (Sección 4.^a) (*JUR* 2010, 164077)
- SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2012 (Sección 8.^a) (*JUR* 2013, 39166)
- SAP de Las Palmas de 5 de diciembre de 2013 (Sección 3.^a) (*JUR* 2014, 70825)
- SAP de Cuenca de 4 de abril de 2017 (Sección 1.^a) (*JUR* 2017, 121362)
- SAP de Cádiz de 21 de junio de 2017 (Sección 2.^a) (*JUR* 2017, 219981)
- SAP de Sevilla de 8 de marzo de 2018 (Sección 2.^a) (*JUR* 2018, 181578)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2018 (Sección 1.^a) (*JUR* 2018, 272188)
- SAP de Murcia de 27 de septiembre de 2018 (Sección 4.^a) (*JUR* 2018, 309680)
- SAP de Murcia de 17 de abril de 2019 (Sección 4.^a) (*JUR* 2019, 164077)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. (1990). Comentario a los artículos 361 a 364 del Código civil. En M. Albaladejo García (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, V-1, 2.^a ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 366-395.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). El automatismo en la accesión inmobiliaria. *RCDI*, núm. 729, 43-110.
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M. (2006). Comentario al artículo 453 del Código civil. En I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.). *Comentario del Código civil*, III, 2.^a ed. Barcelona: Bosch, 424-428.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, 5.^a ed. Navarra: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho civil*, III-1, 9.^a ed. Madrid: Tecnos.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2010). Comentario a los artículos 361 a 364 del Código civil, y Comentario a los artículos 430 a 454 del Código civil. En A. Domínguez Luelmo (dir.). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, 491-495 y 553-577.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. (2013). Comentario al artículo 361 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*, III, Navarra: Aranzadi, 3047-3062.
- GRIMALT SERVERA, P. (2013). Comentario a los artículos 453 y 454 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*, III. Navarra: Aranzadi, 3694-3721.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2008). *Elementos de Derecho civil*, III-1, 3.^a ed. Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, III, 18.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ VILAS, R. (1993). Comentario a los artículos 361 a 364 del Código civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderc (dir.). *Comentario del Código civil*, I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1015-1024.
- MARTÍN PÉREZ, A. (1993). Comentario al artículo 453 del Código civil. En M. Albaladejo García (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, VI, 2.^a ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 378-404.
- ORTEGA MELIÁN, C. (2018). Los terceros y la asignación del uso de la vivienda en los procesos de separación y divorcio. En C. Lasarte Álvarez y M.^a D. Cervilla Garzón (dir.). *Ordenación económica del matrimonio y crisis de la pareja*. Valencia: Tirant lo Blanch, 737-753.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, 4.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y CASTAÑOS CASTRO, P. (2013). La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia. *RCDI*, núm. 740, 3871-3945.

NOTAS

¹ SSTS de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180) y 13 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 5).

² STS, de Pleno, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274). También, entre otras, SSTS de 14 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4729) y 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 605).

³ SSTS de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180) y 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 605).

⁴ El autor puntuiza que la posesión precaria no es un simple acto tolerado de los previstos en el artículo 444 del Código civil, sino una auténtica situación posesoria. En este último sentido, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 566.

⁵ (*RJ* 2010, 1274).

⁶ *Vid.* las múltiples sentencias que se citarán, entre ellas, la STS de 6 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4588).

⁷ *Vid.* STS de 17 de marzo de 1973 (*RJ* 1973, 984), por ellos citada, sobre la matización de que tal compensación no sana la posesión a otros efectos previstos en el Código civil.

⁸ En análogo sentido, LÓPEZ VILAS, 1993, 1019, quien se refiere a la buena fe como la creencia de la licitud de la construcción.

⁹ Sobre la buena fe en la posesión como la ignorancia no debida a falta de diligencia, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 173.

¹⁰ (*RJ* 1985, 3107).

¹¹ Sostiene el autor: «*basta, pues, que el momento de ejecutar los trabajos crea que es propietario del terreno (o superficiario, o titular de cualquier otro derecho que le comunique la propiedad de lo edificado: no una simple autorización que le confiera derecho a edificar sin sanción)*».

¹² (*JUR* 2018, 181578). Esta sentencia señala para revocar la dictada en primera instancia, que había reconocido a la demandada un derecho a retener lo edificado hasta la indemnización de los gastos realizados, conforme al artículo 453 del Código civil: «*La sentencia resuelve la litis mediante la aplicación del artículo 453 del Código civil, al reconocerle a quien ha edificado sobre el suelo ajeno un derecho de retención hasta tanto le sea indemnizado sobre lo construido. Mas ello no es así, como con razón, e invocación jurisprudencial, afirma el apelante, porque, conforme dicha jurisprudencia, ello no tiene lugar cuando el que construye sabe hacerlo sobre finca que no le pertenece, en el presente caso el suelo propiedad del demandante*».

¹³ (*JUR* 2017, 219981). La sentencia argumenta la exclusión del artículo 361 del Código civil del siguiente modo: «...*el propio precepto reconoce al que edificó de buena fe el derecho a ser indemnizado, a lo que ha de unirse la acción que puede ejercitarse, pero, insistimos, en ello, este no es el caso de la Sra. Mercedes...en ella no concurre la creencia errónea de estar actuando legítimamente sobre un terreno sobre el que ostentaba algún derecho que le permitía hacerlo, sino que actuaba bajo la cesión que el padre de su novio supuestamente había hecho a la pareja para que ambos construyeran...*».

¹⁴ En sentido contrario, la SAP de Cuenca de 4 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 121362) señala con enorme gran claridad en sus planteamientos: «*Cierto que la misma se ha mejorado y se han realizado obras importantes, construyendo incluso una segunda planta; pero ello no atribuye a la demandada, en el supuesto de que se acreditara cumplidamente haber ejecutado las obras a su costa, un derecho de retención sobre la edificación ni opera a su favor la accesión que se regula en el artículo 361 del Código civil, precisamente por su condición de precaria, pues el artículo citado parte de la buena fe del poseedor en los supuestos de accesión inmobiliaria, buena fe que debe ser entendida como creencia que el suelo pertenece al constructor, en este caso al demandado lo que claramente no ocurre en este caso pues no se discute que la finca es del demandante*».

¹⁵ (*RJ* 1999, 4387). Aclarar que la Audiencia Provincial, habiendo fallecido los propietarios del edificio preexistente durante la tramitación del recurso, tras rechazar la aplicación del artículo 361 del Código civil, condenó a la hija de ellos, antigua consorte del demandante, al pago de la mitad del coste de las obras realizadas. En casación se revoca este pronunciamiento acogiendo el criterio del Juzgado de Primera Instancia que había condenado al pago de la totalidad de las obras a favor de la sociedad de gananciales edificante.

¹⁶ (*RJ* 2019, 4588). Señala el Tribunal Supremo en referencia al pronunciamiento de la Audiencia Provincial que estimó la existencia de un contrato de comodato durante el matrimonio, transformado en precario tras la ruptura: «*Tal conclusión permanecería incólume cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, pues lo cierto es que fue en todo momento de buena fe y que la obra fue consentida por la propiedad*».

¹⁷ Sobre la buena fe en el ámbito de los derechos reales como estado de conocimiento sustentado en un error que no pueda desvanecerse aunque se emplee la diligencia media, esto es, excusable, *vid.*, por todos, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 556 y 557.

¹⁸ (*RJ* 2019, 4588).

¹⁹ *Vid.* STS de 18 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5949).

²⁰ (*RJ* 1998, 2145). Se resolvía una acción reivindicatoria interpuesta por el dueño de un terreno frente a una persona a la que de forma verbal se le había permitido construir un bar que, a su vez, permitía al dueño del terreno obtener turismo para su negocio de barcos.

²¹ STS de 31 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 545): «*La operación de simple asfaltado del indicado vial no puede reputarse como una obra, en el sentido del artículo 361, toda vez que no comporta atribución de derechos dominicales ni posesorios de clase alguna en favor de quien la hizo*».

²² SSTS de 17 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4387) y 6 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4588).

²³ (*RJ* 2006, 547). La sentencia se refiere a las obras en los siguientes términos: «*la referida casa se encontraba en estado de semirruina e inhabitable...y con ocasión del referido matrimonio de don Bruno, y para que pudiera contar con una futura residencia, doña Beatriz consintió que su hijo realizará obras en la casa y la reconstruyera, lo que este efectivamente hizo, quien contrató y pagó por su cuenta la ejecución de las labores, que consistieron en la edificación de una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre...*

²⁴ (*RJ* 1949, 1120).

²⁵ Cfr., entre otras, SSTS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715), 9 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 547) y 12 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 568).

²⁶ STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715) que señala sobre el artículo 361 del Código civil: «*este derecho potestativo o de configuración jurídica, supone una facultad de decidir que conlleva necesarias contraposiciones*».

²⁷ (*RJ* 1985, 898).

²⁸ (*RJ* 1987, 9715). Se trataba de un procedimiento de división judicial de herencia en el que se excluyó del activo lo edificado porque no accedia de modo automático al dueño del solar, sin antes haberse ejercitado la opción conferida por el artículo 361 del Código civil. En el mismo sentido, *vid.* SSTS de 9 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 547) y 12 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 568).

²⁹ SSTS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715), 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6275) y 26 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 8163).

³⁰ También sostienen la teoría de la accesión automática, FEMENÍA LÓPEZ, 2013, 3056 y sigs., y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 53 y sigs.

³¹ (*RJ* 1987, 9715). *Vid.* DÍEZ-PICAZO, 2008, 119; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 491, y FEMENÍA LÓPEZ, 2013, 3052, para quien realmente la adquisición de la propiedad se fundamenta en el pago de la indemnización, y no en el ejercicio de la opción.

³² (*RJ* 2006, 547). Se trataba de unas obras de reconstrucción realizadas en una vivienda inhabitable. La pretensión principal acogida en primera instancia fue rechazada por la Audiencia Provincial al no haberse acreditado ninguna cesión gratuita, lo que de acuerdo con la propietaria de la construcción originaria también debiera haber supuesto el rechazo de la pretensión eventual por vulneración del artículo 359 del Código civil que presume ejecutadas las obras por los propietarios del suelo. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima tal motivo deslindando ambas cuestiones al considerar que el planteamiento de la recurrente contrariaba el hecho declarado probado de la ejecución de las obras por el demandante.

³³ (*RJ* 1985, 898). A la anterior petición, el demandante acumuló de modo subsidiario la reclamación del coste de las obras ejecutadas. En primera instancia se desestimó totalmente la demanda, y la sentencia de la Audiencia Provincial acogió la petición subsidiaria, frente a lo que el demandante interpone recurso de casación por considerar no haberse resuelto todas las pretensiones articuladas, lo que sería desestimado.

³⁴ Estos autores, aunque la consideran imprescriptible en tanto facultad inherente al dominio, estiman que una vez llegado el conflicto debería haber un plazo prescriptivo pudiendo a partir de entonces producirse la usucapción por parte del edificador. Igualmente aprecia el carácter imprescriptible, en tanto derecho potestativo, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 79.

³⁵ Señala minuciosamente el autor: «*Hay, según entiendo, y dentro de lo nebuloso de la situación, una suerte de división de dominios entre accedente y dueño del terreno, que... puede mantenerse de modo indefinido, por lo que no es preciso discutir sobre posible plazo de prescripción... No hay un plazo a partir del cual, no habiendo hecho el dueño del terreno uso de la opción que le propone el artículo 361, se produzca una modificación jurídica, que habrá de consistir, entonces, sea en la incorporación de los derechos del incorporante o del dueño del terreno a favor de uno o de otro, sea en la consolidación del status quo, quedando confirmados y sin sumisión a rescate los derechos de incorporante y de dueño».*

³⁶ (*RJ* 1957, 1586). En análogo sentido, STS de 12 de diciembre de 1966 (*RJ* 1966, 5821). *Vid.* DÍEZ-PICAZO, 2008, 702, quien también admite que el precarista pueda empezar a poseer en concepto de dueño.

³⁷ SSTS de 18 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007, 5074) y 28 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 523). *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 2008, 62 y 76; DÍEZ-PICAZO, 2008, 701 y sigs., para quién la mutación «*Puede consistir en una manifestación de voluntad expresa o declaración, o en una manifestación tácita realizada a través de facta concludentia*»; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 559, y DE BUSTOS GÓMEZ RICO, 2006, 361.

³⁸ Como dice LACRUZ BERDEJO, 2008, 86: «*estos preceptos se fijan, cada uno, en un hecho psicológico distinto: ignorancia del vicio del título modo en el uno, y creencia en la titularidad del transmitente en el otro*».

³⁹ En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158, quienes señalan que mientras no se ejercite la opción por el dueño del terreno, el tercero es un poseedor de buena fe de él.

⁴⁰ SSTS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 3090) y 29 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 8260).

⁴¹ Señala el autor: «*Además, el constructor, que es poseedor de buena fe del terreno ajeno y que incorporó un solar, por lo general de menos valor, a su construcción —accesión, justo título según el artículo 1952 del Código civil, si aplicamos la regla accessorium sequitur principale— está en vías de usucapir; si el dominus soli obra con aquiescencia y no interrumpe la posesión ad usucaptionem del autor de la accesión. El transcurso de los diez años del artículo 1957 sin oposición del dueño del terreno transformaría al incorporante en propietario del solar*».

⁴² Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, 2016, 299.

⁴³ (*RJ* 2019, 4588). Como señalamos al tratar la *determinación de las reglas aplicables* (epígrafe III.-2 A, nota 16), esta sentencia confirmó el pronunciamiento de la Audiencia

Provincial que condenó al pago del importe de las obras por advertir la existencia de un comodato durante el matrimonio, transformado en precario tras la ruptura. Y sobre tal pronunciamiento el Tribunal Supremo apreció: «*Tal conclusión permanecería incólume cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, pues lo cierto es que fue en todo momento de buena fe y que la obra fue consentida por la propiedad.*

⁴⁴ En contra ALONSO PÉREZ, 1990, 371, quien sostiene su abono y retención porque de lo contrario sería incongruente la remisión que hace el artículo 361 al artículo 454, todos ellos del Código civil. No obstante, el autor añade que el dueño del suelo puede librarse de esa indemnización de gastos de lujo permitiendo al edificador llevarselas si la edificación no sufre menoscabo, esto es, posibilitando el *ius tollendi*.

⁴⁵ Desde la perspectiva de la posesión pura, se trata de evitar el enriquecimiento injusto del vencedor de la posesión como señala la STS de 30 de abril de 2007 (*RJ* 2007, 2396).

⁴⁶ (*RJ* 1991, 8912). En la doctrina, cfr. MARTÍN PÉREZ, 1993, 382-383, que habla de mantenimiento de la función económica de la cosa, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 576-577.

⁴⁷ (*RJ* 2006, 547). Como hemos visto, se trataba de una acción declarativa del dominio interpuesta por el hijo edificador (fallecido durante el proceso) frente a su madre para declarar la propiedad de lo edificado en su favor y, en su defecto, el abono del coste de las obras.

⁴⁸ Señala gráficamente: «*consintió en que su hijo realizara obras en la casa del litigio y la reconstruyera, lo que efectivamente hizo este, quién contrató y pagó por su cuenta la ejecución de las labores, que consistieron en la edificación de una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre, y en la que aquel residió con su familia hasta su fallecimiento, lo que desnaturaliza la alegación del motivo concerniente a que carecía de título, puesto que este se lo había concedido su propia madre».*

⁴⁹ (*RJ* 1984, 3804).

⁵⁰ Cita en este punto la STS de 7 de octubre de 1949 (*RJ* 1949, 1120) en la que debe precisarse no había relaciones familiares, y descartó la aplicación del artículo 453 del Código civil al ejecutarse las obras sin título posesorio pues los incorporantes fueron en el pasado dueños y habían vendido.

⁵¹ (*RJ* 2018, 919). En primera instancia la demanda fue estimada al negarse a la demandada el derecho de retención porque, a pesar de haber realizado obras de mejora durante el matrimonio, poseía en concepto de precario sin título para ello. La Audiencia Provincial revoca la sentencia al considerar que el hijo y nuera de los actores ejecutaron obras que no fueron de escasa importancia, con su autorización, lo que les hace poseedores de buena fe y con título. Los actores interpusieron su recurso de casación con fundamento en la vulneración del artículo 453 del Código civil, por considerar que el derecho de retención sobre la cosa poseída solo podría solicitarse por el poseedor civil, no por el precario.

⁵² Nos referimos al siguiente fragmento: «*La citada sentencia de 9 de febrero de 2006 contiene como ratio decidendi que el poseedor poseía con título y, por ende, era poseedor civil y no mero detentador por concesión graciosa. Lo anterior lo sustentaba porque, de una parte, lo que hizo el hijo fue edificar una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre, esto es, no fueron simples mejoras necesarias o útiles, y de otra porque obró así con el consentimiento de la madre, por lo que el título se lo había concedido esta. Por el contrario, en el supuesto que aquí se enjuicia, y sin apartarnos de los hechos que reconoce la sentencia recurrida, se trata de una edificación ya construida con anterioridad, esto es, antes de ser poseída por el matrimonio, en la que este, durante el periodo en que la posee, llevó a cabo ciertas mejoras y obras de conservación, que no se afirma que expresamente se consintieran por los demandantes pero sí que «hay que entender que... fueron consentidas y autorizadas por los demandantes a su hijo y nuera para que se adecuaran a las necesidades de la familia y del negocio que regentaba».*

⁵³ Sobre el concepto de posesión civil como aquella tenencia en la que está presente la intención de hacer suya la cosa o derecho, esto es, como equivalente a la posesión en concepto de dueño, *vid.* DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 91, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 553.

⁵⁴ SAP de Murcia de 27 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 309680) y SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 39166).

⁵⁵ SAP de Las Palmas de 5 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 70825); SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 164077) y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 272188).

⁵⁶ SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 175703), en la que se transformó un almacén o cochera en una vivienda.

⁵⁷ SAP de Murcia de 17 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 164077), aunque también se apoyó en la falta de prueba del acuerdo de cesión de uso.

⁵⁸ (*RJ* 2018, 919).

⁵⁹ Nos referimos a este punto: «*El supuesto fáctico contemplado es muy distinto en uno y otro caso, pues no es lo mismo construir un edificio nuevo en el terreno cedido, con expresa autorización de la propietaria, que hacer obras de conservación y mejora sobre el inmueble ya construido que se les cede en uso, que no se duda que se hiciesen a la vista de los demandantes pero tampoco que, por su entidad fueran tan llamativas para estos como las que consisten en construir un edificio de nueva planta».*

⁶⁰ Sobre la limitación de la retención a la parte de la finca que es objeto de construcción, *vid.* DÍEZ-PICAZO, 2008, 303.

⁶¹ Cfr. SSTS de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180) y 13 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 5). Como señala esta última sentencia, aunque la cesión de la vivienda se realice por su propietario en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar, no se reconoce a esta «*un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso...ha de convenirse...que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precaria».*

⁶² STS de 7 de octubre de 1949 (*RJ* 1949, 1120).

⁶³ (*RJ* 1990, 5949). Se trataba de una concesión de un derecho de vuelo.

⁶⁴ Señalan los autores que este «*rígido principio*» ... «*no puede despojar toda la consideración que merece al que obra de buena fe, otorgándosele en consecuencia algunos derechos para remediar su empobrecimiento*».

⁶⁵ Sobre el objeto de tal obligación, aunque *obiter dicta*, *vid.* STS de 6 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4588).

⁶⁶ (*RJ* 2007, 300).

*Trabajo recibido el 7-10-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*