



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La edificación en suelo ajeno

Chantal Moll de Alba Lacuve

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

CAPÍTULO 6

LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO

EN EL CÓDIGO CIVIL

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700963958

I) LOS PARÁMETROS DE LA REGULACIÓN

El Código Civil vigente regula en los artículos 361 a 365 diversos supuestos de construcción en suelo ajeno atendiendo a dos parámetros diferenciadores: por una parte la buena o mala fe de los sujetos intervinientes, y, por otro lado, la propiedad de los materiales utilizados en la construcción.

Sin embargo, en el Derecho Histórico, la regulación del fenómeno de la construcción en suelo ajeno atendía también a otros criterios. Así, en el Derecho Romano el párrafo 30 del Título I del Libro II de las Institutiones, distinguía el constructor poseedor, del constructor no poseedor⁴⁰⁵. En la Partida Tercera, Tit. XXVIII, Ley 41, la solución aplicable al conflicto de intereses también dependía de si el edificante era o no poseedor, y por otra parte tomaba en consideración la pobreza del propietario del terreno⁴⁰⁶.

"Heredades agenas compran, o ganan los omes a buena fe, e despues que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, assi como torre, o casa, o otro edificio; o si es heredad, planta, y a las vegadas

⁴⁰⁵ Sobre este tema, ver el comentario de JOANNIS SALA, *Institutiones Romano-Hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae*, Tomus I, Editio Quarta, Matriti, Ex typographia regia societatis, 1824, págs. 236 y ss.: "Si in possessione constituto aedificatore (...) Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est (...)". SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de ampliación del Derecho Civil y Códigos españoles*, Tomo II, Granada, 1879, pág. 351: "tanto las (leyes) romanas como las de Partida, que son su fiel trasunto en esta materia, tenían en cuenta otra circunstancia, que era la de ser o no poseedor del suelo ajeno el edificante. Sólo cuando se reunían la posesión y la buena fe, es cuando asistía pleno derecho para reclamar el valor de los materiales y el salario de los trabajos (...) Hoy la regla de derecho en la materia ha concluido con todas estas distinciones que la oscurecían."

⁴⁰⁶ MUCIUS SCAEVOLA, Q, *Código civil comentado y concordado extensamente*, T. VI, 3ª ed., imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1895, págs. 318 a 320, así lo indica en su comentario a la Partida 3ª, tit. XXVIII, Ley 41.

arboles o ponen majuelos, o fazen y otras cosas semejantes destas nueuamente, como en lo suyo. E vienen despues desso los verdaderos señores, e vencenlos en juyzio, de aquello que assi han ganado. E porque puede acaescer contienda entre los omes, si las dispensas que assi fuessen fechas, deuen cobrar, o non, los que las fizieron, dezimos, que ante que sea entregado de la casa, e de la heredad, el que la venciere assi como sobredicho es, que sea tenuto de tornar al otro, todas las despensas que ouiere fecho de nueuo en ella: ca pues que ouo buena fe en ganar la cosa, e labro en ella assi como en lo suyo, derecho es, que cobre aquello que y despendio en esta manera. **Empero si algunos frutos, o rentas, o esquilmos ouo de la heredad pues que quiere cobrar las despensas assi como sobredicho es, derecho es que descuento en ellas, aquello que gano o esquilmo de la heredad. Mas si por auentura el señor de la heredad que la venciesse en juyzio fuesse tan pobre que non pudiesse pagar al otro las despensas que y ouiesse fecho nueuamente; maguer quisiesse vender todo quanto auia, dezimos que entonces non seria tenuto de las pagar.** Mas el otro que las auia de cobrar puede sacar de la casa o de la otra heredad aquello que y metio o labro, e llevarlo ende a fazer dello su pro. Empero tenemos por bien e mandamos que si el señor de la heredad le quisiere dar tanto por aquello que ende ouiesse a tirar, quanto el podria auer dello, pues que lo ouiesse ende lleuado, que sea tenuto de gelo dar por ello, e que lo non lleue ende. Esso mismo dezimos que seria, si aquel que fizo la lauor de nueuo en la casa, o en la heredad agena, ouo buena fe, sabiendo que aquel de quien la gano, non auia derecho de la enagenar. Ca si despues desso ol venciere el verdadero Señor por ella en juyzio, non deue cobrar las despensas que y fizo, mas puede llevar ende aquello que y metio, o labro, assi como sobredicho es.” 407

407 *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo II, Partida Segunda y Tercera, op.cit., pág. 727.

El Código civil ha simplificado esta cuestión estableciendo como principal línea divisoria, en los arts. 361 a 364, la buena o mala fe del constructor y del propietario del suelo. De este modo, en el art. 361 se contempla el caso del constructor de buena fe, en los arts. 362 y 363, el del constructor de mala fe y en el art. 364 el caso en el que ambos sujetos actúan de mala fe. Este último supuesto constituye una particularidad del sistema español pues rompe con el precepto concordante del Código Civil francés y procede directamente de las reglas del Derecho Romano y de las Partidas.

Por su parte el art. 365 del Código Civil regula otro tipo de construcción en suelo ajeno, atendiendo esta vez, no ya al parámetro ético, sino al de la propiedad de los materiales utilizados. Si la construcción ha sido realizada con materiales que pertenecen a un tercero y no al constructor resulta entonces aplicable el art. 365 C.c.

II) LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO DE BUENA FE

El art. 361 del Código Civil español es el que regula la construcción en suelo ajeno de buena fe, estableciendo lo siguiente:

“El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente.”

1) Precedentes del art. 361 C.c.

El contenido del art. 361 C.c. coincide sustancialmente con el de sus precedentes inmediatos: el art. 364 del Proyecto de Código civil de 1882 y el art. 404 del Proyecto de 1851⁴⁰⁸. Por contra, la regulación de la construcción en suelo ajeno de buena fe en el Proyecto de Código civil de 1836 era sensiblemente distinta. Los artículos 677 y 678 de este Proyecto preveían también una opción en favor del *dominus soli*, bien adquirir la obra abonando una indemnización, bien exigir al constructor la compra del terreno invadido⁴⁰⁹. Por otra parte, en el Proyecto de 1836, a diferencia del art. 361 C.c. actual, los criterios para el cálculo de la indemnización al constructor estaban previamente fijados.

Existen diferencias notables entre el art. 361 C.c. y su concordante en el Código Civil francés, el art. 555⁴¹⁰. En primer lugar el precepto

⁴⁰⁸ art. 404 del Proyecto de Código Civil de 1851: *"El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta."*

⁴⁰⁹ art. 676 Proyecto de Código Civil de 1836: *"Si uno plantare o edificare en finca ajena con semillas y materiales propios, y lo hiciere con buena fe, estará obligado el propietario del terreno a reintegrar al plantador o constructor el valor de los granos, semillas o materiales y el de los jornales de los operarios, o bien a pagarle una cantidad equivalente al aumento de valor que haya tenido la finca."*

art. 677: *"El propietario del terreno en donde se hubiere edificado o plantado con buena fe, tendrá opción a reintegrar al plantador o constructor, en la forma expresada en el artículo anterior, o a exigir que le pague el valor del terreno a justa tasación de peritos."*

(Fuente: LASSO GAITE, Francisco, *Crónica de la Codificación española*, 4, Codificación Civil, Volumen II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1979.)

⁴¹⁰ art. 555 Código Civil francés: *"Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit, ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever."*

"Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'oeuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions; mais il aura le choix, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main d'oeuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur."

francés engloba tanto los supuestos de construcción en suelo ajeno de *buena fe*, como los de *mala fe*, mientras que el art. 361 Código civil español se limita al caso de edificación en suelo ajeno de *buena fe*. Por otra parte, cuando el constructor obra de buena fe, el Código francés establece una única vía de solución: la adquisición de lo edificado por el propietario del terreno⁴¹¹. Por contra el artículo 361 del Código civil español otorga al *dominus soli* la posibilidad de optar entre hacer suya la obra, pagando una indemnización, o forzar al constructor a adquirir el terreno a cambio de un precio ⁴¹².

En el Derecho Romano, los casos de *edificación en suelo ajeno de buena fe* se solventaban otorgando al *dominus soli* la propiedad de lo edificado. El edificante de buena fe tan sólo tenía una *exceptio doli* para garantizar el pago del importe de los materiales y de la mano de obra:

Así en las Instituciones de Justiniano, II, I, 30 se encuentra la siguiente disposición:

*“En el supuesto contrario de que alguno edifique con sus materiales en terreno ajeno, **el propietario del suelo también se hace***

⁴¹¹ VUILLAUME, M.F. , *Commentaire analytique du Code Napoléon*, op.cit., pág. 147: “*Un tiers a élevé des constructions sur le fonds d'autrui, le code applique la maxime quod solo inaedificatur solo cedit.*”

El Código civil argentino, en su art. 2.588, sigue el modelo francés y también aplica de forma rígida el principio *superficies solo cedit* en materia de construcción en suelo ajeno permitiendo tan sólo al *dominus soli* la adquisición de la obra: “*Cuando de buena fe, se edificare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado o plantado, no consintiéndolo el dueño del terreno.*”

⁴¹² Sobre las notables diferencias entre el art. 361 C.c. y el art. 555 del Código francés véase el primer epígrafe, “*La peculiaridad del derecho español*”, del capítulo anterior. Como señala el propio GARCÍA GOYENA, en su comentario al art. 404 del Proyecto de 1851, op.cit., pág. 361: “*Es diferente del 555 Frances, y mucho mas sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo.*”

dueño del edificio; mas en este caso, si el dueño de los materiales sabía que estaba edificando en suelo ajeno, perdía todo su derecho, porque se entiende que voluntariamente los ha enajenado, y aun en el caso de que el edificio se viniese abajo no podría reclamar los materiales. Está claro que si el edificio lo posee el que lo construyó y el dueño del terreno lo reclama como suyo sin abonar el importe de los materiales y de la mano de obra, puede ser rechazado con la **excepción de dolo**; esto en el caso de que el poseedor actual hubiese edificado de buena fe, ya que si sabía que el terreno era ajeno se le podrá echar en cara su mal proceder por haber construido temerariamente en un solar que no le pertenecía.”⁴¹³

Como precedente del art. 361 C.c. en el Derecho histórico español cabe citar la Partida 3^a, tit. XXVIII, Ley 41. En este texto se establecía el derecho del edificante de buena fe a cobrar las gastos realizados en la cosa creyendo que era propia. Se preveía también que se dedujera del importe a pagar por el *dominus soli* al edificante, el provecho que éste había ganado de la heredad⁴¹⁴. Por otra parte, el dueño del terreno que fuera muy pobre quedaba exento de pago⁴¹⁵.

⁴¹³ Fuente: *Las Instituciones de Justiniano* versión española de F. HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, op.cit., pág.69.

La versión latina tiene el siguiente tenor:

“Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius alienata intelligitur, utique si non ignorabat in alieno solo se aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit. certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat domum suam esse nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset: nam scienti alienum esse solum potest culpa obici, quod temere aedificaverit in eo solo, quod intellegeret alienum esse.” Fuente: *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, *Institutiones*, recognovit Paulus KRUEGER, *Digesta*, recognovit Theodorus MOMMSEN, retractavit Paulus KRUEGER, Ed. Weidmann, Berlin, 1963, pág. 12)

Cabe señalar que esta misma disposición se recoge en el Digesto, 41, 1, 12.

⁴¹⁴ La influencia de las Partidas es especialmente clara en el Proyecto de Código Civil de 1836. Así en el art. 680 de este Proyecto se establecía: *“El poseedor de buena fe que edificare o plantare en heredad ajena, podrá exigir del que reivindicare ésta como*

Por lo que respecta al Derecho histórico español, en todos los Códigos se ha tratado de mantener al señor del terreno en su propiedad y defenderle contra ajenas intrusiones⁴¹⁶. Como precedente en materia de construcción en suelo ajeno, el Título I, del Libro X del Fuero Juzgo que trata de *las particiones, e de los tiempos, e de los annos, e de las lindes*, en cuya ley 5^o se establecía: *“quien quebranta partición de heredad quanto toma de lo aieno otro tanto peche de lo suyo.*

La Ley 6^a de este Título señalaba: *“si alguno de los companneros face vinna o casa de heredad de su compannero, non lo sabiendo su compannero, o aquel que lo faz... de otro tanto de tierra á su compannero é finque a él aquello que tomó. E si ficier la casa o la vinna contra*

verdadero dueño la indemnización de los gastos que hubiese hecho, deduciendo el valor de los frutos percibidos por el mismo.”

⁴¹⁵ Partida 3^a, Tit. XXVIII, Ley 41. *“Heredades agenas compran, o ganan los omes a buena fe, e despues que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, assi como torre, o casa, o otro edificio; o si es heredad, planta, y a las vegadas arboles o ponen majuelos, o fazen y otras cosas semejantes destas nueuamente, como en lo suyo. E vienen despues desso los verdaderos señores, e vencenlos en juyzio, de aquello que assi han ganado. E porque puede acaescer contienda entre los omes, si las dispensas que assi fuessen fechas, deuen cobrar, o non, los que las fizieron, dezimos, que ante que sea entregado de la casa, e de la heredad, el que la vencieme assi como sobredicho es, que sea tenuto de tornar al otro, todas las dispensas que ouiere fecho de nuevo en ella: ca pues que ouo buena fe en ganar la cosa, e labro en ella assi como en lo suyo, derecho es, que cobre aquello que y despendio en esta manera. Empero si algunos frutos, o rentas, o esquilmos ouo de la heredad pues que quiere cobrar las depensas assi como sobredicho es, derecho es que descuento en ellas, aquello que gano o esquilmo de la heredad. Mas si por auentura el señor de la heredad que la venciesse en juyzio fuesse tan pobre que non pudiesse pagar al otro las depensas que y ouiesse fecho nueuamente; maguer quisiesse vender todo quanto auia, dezimos que entonces non seria tenuto de las pagar. Mas el otro que las auia de cobrar puede sacar de la casa o de la otra heredad aquello que y metio o labro, e llevarlo ende a fazer dello su pro. Empero tenemos por bien e mandamos que si el señor de la heredad le quisiere dar tanto por aquello que ende ouiesse a tirar, quanto el podría auer dello, pues que lo ouiesse ende lleuado, que sea tenuto de gelo dar por ello, e que lo non lleue ende. Esso mismo dezimos que seria, si aquel que fizo la lauor de nuevo en la casa, o en la heredad agena, ouo buena fe, sabiendo que aquel de quien la gano, non auia derecho de la enagenar. Ca si despues desso ol vencieme el verdadero Señor por ella en juyzio, non deue cobrar las depensas que y fizo, mas puede llevar ende aquello que y metio, o labro, assi como sobredicho es.”*

⁴¹⁶ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo Segundo, Quinta edición, Librería de Gabriel Sanchez, Madrid, 1881, págs. 97 y 98.

defendimiento de su compañero, debe perder quanto hy ficiere, o quanto hy plantare. Mas si algun ome da tierra aiena o la vendiere, o la diere a cambio, tal que nunca fue en su poder daquel que la dio... e aquel cuya es la tierra, por enganno non la quiere demandar, porque gane despues ende el labor que hy ficiere el otro, ó es luenne de la tierra, óo non lo sabe: pues que este á quien fuué dada la tierra pudier esto mostrar antel alcall, aquel que ge la dió pecha otras dos tales tierras; é non debe perder su labor que ficiere en aquella tierra.”

Finalmente, sobre esta misma materia, según la Ley 7ª del Título I, del Libro X del Fuero Juzgo:

“Quien faz vinna en tierra aiena, sin mandado de cuia era la tierra, si lo ficiere por fuerza, o non seyendo el sennor en la tierra, maguer que ge lo non defendiere, pierda todo quanto hy plantó: ca abastarle debe que non peche el duplo, porque tomó tierra aiena por fuerza.”

En materia de construcción en suelo ajeno también cabe citar como precedente la Ley 1-4-3 del Fuero Real:

“Si algun home pusiese viña en tierra agena quier defendiendogelo el señor quier no, pierda la viña el que la puso, e sea del señor de la heredad: y esto mesmo mandamos que sea si pusiese árboles , o ficiere otra labor: e si algunas cosas destas fiziese en tierra, o en heredad que haya de consuno con otros que no sea partida. e si fuere partida e no lo supieren, dele otro tanto de tierra, e tan buena como la que han de consuno: e si non la diere, y parta aquella tierra, y la labor e cada uno ode su parte de la costa. E si alguno vendieere, o cambiare, o diere tierra agena a otro, que no supiesse que es agena, e aquel rescibiere, o pusiere viña en ella, o arboles o fiziere otra labor, y el dueño lo supiesse, e lo no conradixesse, o fuere en otro lugar que él no supiere e lo no

constradixesse, haya la tierra e lo que en ella fizo este que la rescibió, e aquel que la enagenó peche la tierra doblada a su dueño." ⁴¹⁷ [C22]

En definitiva, la idea principal que históricamente ha regido en materia de construcción en suelo ajeno ha sido la siguiente: "*lo edificado en suelo ajeno cede al suelo, pero el edificante cobra el importe de los materiales, si procedió de buena fé: los pierde en pena de temeridad o ligereza, si procedió de mala fe*"⁴¹⁸. Sin embargo en el proceso codificador del siglo XIX este sencillo principio ha quedado embrollado y desnaturalizado⁴¹⁹. En efecto, la regulación actual de la construcción en suelo ajeno en el Código actual toma en consideración otros parámetros, no contemplados en el derecho histórico, y ofrece al *dominus soli* diferentes alternativas, que no siempre se fundamentan en el principio *superficies solo cedit*.

2) Ámbito de aplicación

El art. 361 C.c. se refiere a los supuestos en los se edifica de buena fe en suelo ajeno. La circunstancia determinante para la aplicación del art. 361 C.c. es la buena fe del constructor, que debe ser apreciada en el momento de la realización de la obra⁴²⁰.

⁴¹⁷ Ley citada por HERRERO, Sabino, *El Código Civil español*, recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Valladolid, 1872, pág. 307.

⁴¹⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, op.cit., pág. 102

⁴¹⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, op.cit., pág. 102.

⁴²⁰ Si con posterioridad a la finalización de la obra, el constructor es sabedor de la ajenidad del terreno no por ello se convierte en constructor de mala fe. Así lo entiende respecto al precepto concordante francés, el art. 555 del Code, DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens*, op. cit., pág. 598, "*c'est à l'époque de l'exécution des travaux, qu'il faut se reporter pour savoir si le tiers était ou n'était pas de bonne foi*".

A menudo se ha identificado el contenido del art. 361 C.c. con el supuesto en el que tanto constructor como propietario actúan de buena fe. El fundamento de esta idea radica en la remisión que establece el art. 364 C.c. a las disposiciones reguladoras del caso constructor y propietario de buena fe⁴²¹ que, tradicionalmente, se ha interpretado como una remisión tácita al art. 361 C.c. Sin embargo existen varios argumentos para sostener que en el art. 361 la buena o mala fe del propietario del terreno es irrelevante. En primer lugar, la literalidad del precepto analizado, que en ningún momento exige la buena fe del dueño del suelo. En segundo lugar, el precedente inmediato del art. 364.1 C.c., el art. 407.1 del Proyecto de Código civil de 1851, se remitía genéricamente al “*caso de haber procedido de buena fe*”, sin especificar, como hace el artículo vigente, que *ambos* sujetos hayan actuado de buena fe. En definitiva, el art. 407.1 del Proyecto se refería tan sólo al supuesto en el que la construcción se hubiera realizado de buena fe, eso es, al art. 404 del Proyecto que corresponde al art. 361 C.c. Finalmente, cabe señalar que en ordenamientos próximos al nuestro, la buena o mala fe del propietario no constituye un criterio de regulación y tan sólo se toma en consideración la actitud ética del constructor. En este sentido, cabe citar el art. 278 de la Compilación catalana y el art. 555 del Código civil francés.

El concepto de buena fe en la construcción fue analizado con detenimiento en el capítulo anterior. En el estudio realizado se concluyó que la buena fe del art. 361 no puede identificarse simplemente con la buena fe posesoria de los arts. 433 y 1.950 C.c., basada en la creencia o ignorancia de titularidades, sino que exige una determinada conducta. Es decir, utilizando las categorías doctrinales sobre la buena fe, en el

⁴²¹ art. 364.1 C.c.: *Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.*

art. 361 C.c. la buena fe es tanto de tipo subjetivo, que nosotros llamamos buena fe *psicológica o cognoscitiva*, como de tipo objetivo, que también denominamos buena fe *fenomenológica*.

La buena fe se predica siempre de un comportamiento en principio antijurídico, como es en este caso el construir en suelo ajeno, pero el ordenamiento lo ampara porque el sujeto ha realizado el acto sin ser consciente de esa antijuridicidad (buena fe subjetiva). Esa inconsciencia ha de fundarse en un error *excusable*, eso es justificable, aplicando unos cánones medios de diligencia (buena fe objetiva).

No obstante, si se admite, como han sostenido algunas sentencias, que la buena fe del constructor puede predicarse cuando existe una autorización o un acto de tolerancia por parte del propietario del terreno, entonces no resulta necesario exigir los requisitos subjetivos (la inconsciencia) y objetivos (la diligencia) en la buena fe. Cabe decir que en estos casos, no es que se produzca una mutación del concepto de buena fe. Al existir una autorización, la construcción pierde su carácter antijurídico y por lo tanto, en realidad, resulta incorrecto aplicar a este supuesto el concepto de buena fe.

El art. 361 C.c. puede aplicarse por ejemplo en el caso de construcción en suelo común⁴²². Se trata del supuesto en el que un copropietario edifica, sin el consentimiento de los demás copropietarios, sobre el suelo común, infringiendo por lo tanto la prohibición del art. 397 C.c.⁴²³.

⁴²² Este caso es harto frecuente en los regímenes de propiedad horizontal. Así, por ejemplo, los supuestos en los que el propietario del último piso construye en el terrado que es elemento común. Trata específicamente la cuestión de la construcción en suelo ajeno y la propiedad horizontal CAMPOS HERNÁNDEZ, Manuel, *Construcciones extralimitadas en propiedad horizontal*, en Revista General del Derecho, Año XV, n°180, septiembre 1959, págs. 801 a 809.

⁴²³ art. 397 C.c.: “Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos”.

Cuando un condueño realiza obras en el suelo de la comunidad, la nota de la *ajenidad* queda difuminada puesto que la edificación se levanta en terreno común, es decir, en terreno propio aunque compartido con otros titulares. En este caso, el conflicto de intereses surge entre un constructor, que es a la vez copropietario del suelo, y los demás copropietarios .

La aplicación del art. 361 C.c. a este supuesto, siempre y cuando se acredite la buena fe por parte del constructor, eso es, que obró creyendo, con base en un error excusable, que el terreno era de su exclusiva propiedad, implica que los copropietarios afectados tienen la opción que ofrece el mencionado precepto al "*dominus soli*": adquirir la obra pagando una indemnización al constructor o ceder el terreno a cambio de un precio. Si los copropietarios deciden adquirir la obra, el régimen de comunidad del suelo se extenderá a ésta. El edificio pasará a su vez a ser un bien comunitario. Cabe señalar que el crédito que tiene el constructor frente a la comunidad queda reducido por la confusión de derechos del art. 1192 C.c. En efecto el constructor es al mismo tiempo acreedor de la indemnización y deudor, en tanto que copropietario. Por otra parte, si la comunidad decide la venta del suelo común al constructor, el precio a pagar por éste se reduce, al tener que deducirse el valor de la cuota de terreno que corresponde al constructor-propietario.

Por lo que respecta al tipo de acuerdos comunitarios que permitirán optar por una alternativa u otra, una solución equitativa y práctica consiste en entender que para la decisión de adquirir la obra bastará con un acuerdo mayoritario. Por contra para enajenar el suelo se exigirá un acuerdo unánime. La adquisición de la obra y el subsiguiente pago de la indemnización puede considerarse un acto de

ordinaria administración y por lo tanto rige el principio democrático de adopción de decisiones por mayoría establecido en el art. 398 C.c. Negar la necesidad de unanimidad para este tipo de acuerdo ofrece diversas ventajas : por una parte se facilita la toma de decisión, por otra parte se evita que el constructor-propietario ostente una suerte de derecho de veto sobre los acuerdos comunitarios, y, finalmente, se tiende a conservar el elemento común.

Por contra la enajenación del suelo al constructor requerirá un acuerdo unánime de los comuneros, con base en el art. 9 de la Ley de Propiedad Horizontal que prohíbe que un comunero pueda ser privado de un elemento común sin su consentimiento. En cualquier caso, el propietario debería ser excluido de estas votaciones al plantearse un manifiesto conflicto de intereses entre los suyos y el de la Comunidad⁴²⁴.

Otro supuesto en el que también cabe aplicar el art. 361 C.c. es aquél en el que un heredero edifica, antes de la partición, en un terreno de la herencia en estado de indivisión. Por contra, se considera que el art. 361 C.c. no es aplicable respecto a las construcciones en terreno cuyo título de propiedad se ha resuelto. Las liquidaciones posesorias resultantes del ejercicio de una acción personal (resolución, revocación, rescisión, anulación) no constituyen propiamente un supuesto de construcción en suelo ajeno pues queda desdibujado el requisito de que el constructor sea el poseedor de una cosa ajena⁴²⁵. Por ello en estos casos no se han de aplicar las particularidades de los arts. 361 y siguientes del Código civil, sino el régimen común de los arts. 453 C.c. y siguientes. También se aplican las normas de posesión, por expresa remisión del art. 1.898 C.c., y no las de accesión, en los supuestos de

⁴²⁴ Esta tesis es mantenida por ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco, en *El estatuto de la Propiedad Horizontal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

⁴²⁵ CARRASCO PERERA, Angel, *"Ius aedificandi" y accesión*, op.cit., pág. 164.

cobro de lo indebido en cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa. En el mismo sentido, el art. 1.893 C.c. respecto a la gestión de negocios ajenos indica que debe indemnizarse al gestor los gastos necesarios y útiles que haya realizado.

3) La opción del propietario del suelo

El art. 361 C.c. ofrece al dueño del terreno en que se edificare de buena fe la siguiente alternativa: o bien quedarse con la obra, pagando al constructor una indemnización, o bien obligar al constructor a adquirir el terreno ocupado pagando su precio. Con este derecho de opción se trata en definitiva de evitar la destrucción del edificio y la consiguiente pérdida de riqueza⁴²⁶. Por ello el Código ofrece la posibilidad de que ora el *dominus soli*, ora el constructor, devenga propietario del conjunto inmobiliario formado por el edificio y el terreno.

3.1) Naturaleza jurídica de la opción

Cabe preguntarse si el art. 361 C.c. establece un supuesto de *opción legal*. La denominada opción legal es aquél derecho que la ley concede a un sujeto para elegir entre varias alternativas jurídicas.

La facultad de optar, eso es de elegir ante diversas alternativas, se aprecia en diversos preceptos del Código Civil: así en el art. 15 relativo a

⁴²⁶ SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de ampliación del Derecho Civil y Códigos españoles*, Tomo II, Imprenta F. de los Reyes, Granada, 1879: "en materia de edificación, el principio imperante en la ley es que no se demuela lo edificado por apostura e por nobleza de las cibdades e villas (Partida III, Título 2º, Ley 16 y Título 28, Ley 38)". GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo I, Librería de Gabriel Sanchez, Madrid, 1881, pág. 577.

la vecindad civil; en el art. 19 relativo a la nacionalidad; en el art. 149 sobre la obligación de alimentos; en el art. 998 sobre la aceptación de la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario; en los arts. 988 y 1019 sobre la opción del heredero para aceptar o repudiar la herencia; en el art. 1124.2 respecto a la alternativa en caso de incumplimiento de obligaciones recíprocas; en el art. 1132 sobre el *ius electionis* en las obligaciones alternativas; en el art. 1172 sobre imputación de pagos; en el art. 1326 sobre otorgamiento de capitulaciones matrimoniales; en los arts. 1374 y 1395 sobre la disolución de la sociedad de gananciales. Algún autor también ha considerado como un supuesto de opción legal la redención de gravámenes prevista, por ejemplo, en los arts. 603, 604, 1608 a 1611, 1650 y 1651, 1658 y 1659, 1662 y 1664 C.c.⁴²⁷.^[C23]

Configurar la opción del art. 361 C.c. como una *opción legal* depende de la definición que se adopte de ésta última. En un sentido amplio la opción legal se identificaría con una mera facultad para poder elegir ante una alternativa jurídica⁴²⁸.

Sin embargo la opción legal en sentido restringido y técnico habría de tener las mismas características que el contrato de opción. La opción convencional se caracteriza por su *estructura compleja*, dado que en ella se superponen dos negocios jurídicos, el contrato de opción y el contrato definitivo. Tiene también un carácter *preparatorio* al situarse en el proceso formativo de un contrato posterior, *preferente*, puesto que el optante tiene prioridad para adquirir la cosa prometida frente a cualquier tercero que ostente un derecho posterior al suyo, *principal*,

⁴²⁷ SANCHO REBULLIDA, junto con LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil III*, Vol. 2º, 2ª ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, págs. 240 y 241.

⁴²⁸ Como señala TALMA CHARLES, Javier, *El contrato de opción*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, pág. 37, "En la práctica del tráfico jurídico no es infrecuente que el término opción se utilice en su sentido amplio como mera facultad de "elección", sin guardar relación alguna con el negocio de opción propiamente dicho (SSTS de 21-10-1958, 30-12-1985)."

tiene entidad propia y *temporal*, dado que está sujeto a un plazo de ejercicio. Por otra parte, el derecho de opción proporciona a su titular una situación de “libertad” - aunque siempre sea dentro de los estrictos términos de una “alternativa”- y en consecuencia también crea una situación de incertidumbre⁴²⁹.

Hay una serie de caracteres de la opción en sentido técnico que pueden apreciarse en la opción del art. 361 C.c. Así, por ejemplo, el carácter de la preferencia, dado que el *dominus soli* puede adquirir la construcción con preferencia a cualquier otro sujeto. También en el art. 361 C.c. se produce una situación de incertidumbre como consecuencia de la libertad de acción del propietario del terreno. El carácter temporal es más difícil de reconocer dado que el art. 361 C.c. no establece un plazo expreso de ejercicio. Sin embargo se ha de entender que éste existe, en aras de la seguridad jurídica. Este plazo podría corresponder al plazo de treinta años fijado para la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles.

Determinar si la opción del art. 361 C.c. presenta una *estructura compleja*, o un carácter *preparatorio*, es una cuestión de interpretación. Tan sólo puede considerarse que la opción se integra en el proceso formativo de un contrato definitivo si se entiende que la adquisición de la obra por el propietario del suelo o la cesión del terreno al constructor corresponden a unas categorías contractuales.

En nuestra opinión, tal y como se verá posteriormente, la posible transmisión de la obra o del terreno en el art. 361 C.c., se rige, con algunas especialidades, por la doctrina de los contratos. La opción en los supuestos de construcción en suelo ajeno puede por lo tanto

⁴²⁹ Sobre las características del contrato de opción, véase TALMA CHARLES, Javier, *El contrato de opción*, op.cit., págs. 139 y ss.

considerarse una *opción legal* tanto en un sentido amplio, como en un sentido técnico.

3.2) Sujeto legitimado para optar

De la letra del artículo 361 del Código Civil se deduce que sólo está legitimado para elegir entre las distintas alternativas que ofrece este precepto el *dominus* del suelo y no, por ejemplo, el usufructuario del terreno o el titular de otro *ius in re aliena*.

Cabe plantearse si el constructor también tiene un margen de elección entre las distintas opciones. El art. 361 C.c. parece que tan sólo otorga derechos al propietario del terreno y que, por lo tanto, sólo él está legitimado para acudir a los Tribunales y para ejercitar la acción que corresponda.

En realidad, sin embargo, el art. 361 C.c. también concede derechos al constructor: el derecho a la indemnización o bien el derecho a hacerse propietario de la parte de terreno invadida mediante el pago del precio. Se aprecia en efecto, en el art. 361 C.c., una clara correspondencia entre los derechos del propietario y los del constructor, de forma que éstos últimos se configuran como contraprestación a aquéllos. ¿Cómo puede el edificante hacer valer sus derechos actuales sobre el edificio y potenciales sobre el terreno?

La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina han entendido que el constructor puede tener la iniciativa procesal y que puede reclamar su derecho a la indemnización aún antes y con independencia del derecho de opción del dueño del terreno. En estos supuestos, el *dominus soli*

podrá ejercitar su derecho a la opción al contestar la demanda mediante reconvencción⁴³⁰.

Cabe preguntarse si, de forma análoga al anterior supuesto, podría el constructor interponer una acción reclamando la propiedad del terreno ofreciendo el pago del precio. Se reconocería de este modo al constructor un derecho a la accesión invertida. Los Tribunales, sin embargo, no podrían reconocer este derecho del constructor si el propietario deseara adquirir lo edificado y así lo declarara en la reconvencción, pues su *opción* resulta preferente. En cualquier caso, para que el constructor reclamara la propiedad del terreno invadido la acción procedente no sería la acción reivindicatoria pues, como señala la doctrina, el constructor, en el supuesto del art. 361 C.c., es dueño del edificio pero no es el titular dominical del suelo y por lo tanto no está legitimado para reivindicar⁴³¹.

En definitiva cabe concluir que, si bien los dos sujetos del art. 361 C.c. tienen derechos y pueden reclamarlos ante los Tribunales, es el *dominus soli* quien tiene, en exclusiva, el derecho de optar por una solución u otra al conflicto creado. Los derechos del constructor son por lo tanto de "segundo grado" pues su ejercicio efectivo está supeditado a la conformidad del propietario del terreno. Existe en el art. 361 C.c. un equilibrio de prestaciones tendente a evitar todo enriquecimiento injusto. Sin embargo el propietario, al disponer del poder de optar, goza

⁴³⁰ Esta posibilidad es admitida por ejemplo en las SSTs de 21 de mayo de 1928, 15 de octubre de 1962 y 31 de diciembre de 1987. También reconocen la posible iniciativa procesal del constructor autores como Díez- PICAZO, Luis en *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, vol. II, op.cit., pág. 280, y en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 3º, 4ª edición, 1995, pág. 267, SOTO NIETO, Francisco, *La construcción extralimitada*, Estudios jurídicos varios, I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 140, CARRASCO PERERA, Angel, *Comentario a la STS de 25 de noviembre de 1985*, CCJC, nº10, pág. 3224, NUÑEZ BOLUDA, Mª de los Desamparados, *La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe*, Actualidad Civil, nº10, 1995, pág. 211.

⁴³¹ HERNÁNDEZ CRESPO, *La accesión invertida*, RCDI, Nº 491, 1972, pág. 732.

de una posición privilegiada. Esta superioridad jurídica del *dominus* se justifica porque él es la víctima de la *construcción en suelo ajeno*, y el que sufre por lo tanto una lesión en su derecho de propiedad.

4) La adquisición de la obra por el *dominus soli*

La primera alternativa que el art. 361 C.c. ofrece al propietario del terreno en el que se ha levantado la construcción es adquirir la obra “*previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454*”. Respecto a esta posibilidad se plantean esencialmente tres interrogantes. En primer lugar, cabe preguntarse sobre el modo de adquisición de lo construido ¿cómo se articula jurídicamente el desplazamiento patrimonial en favor del *dominus soli*? En segundo lugar, y en relación con el primer punto, resulta necesario determinar el momento de la efectiva adquisición de la obra. Finalmente, en cuanto a la indemnización, es preciso analizar la remisión a los arts. 453 y 454 C.c., sobre liquidación de estados posesorios, y delimitar el tipo de gastos que pueden incluirse en el concepto indemnizatorio del art. 361 C.c.

4.1) Modo de adquisición de la obra

Determinar el modo de adquisición del derecho de propiedad de la construcción por el *dominus soli* no resulta fácil. En efecto la letra del art. 361 C.c. es hermética respecto a este punto. Por otra parte, tampoco resulta fácil identificar el contenido de este precepto con alguna de las categorías generales de modos de adquisición de bienes

Dada la ubicación del art. 361 C.c., en el capítulo II del Libro Segundo llamado *Del derecho de accesión*, la respuesta más evidente y sencilla al interrogante planteado es afirmar que el propietario del

terreno adquiere la obra por *accesión*. Como señala el art. 353 C.c.: “*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente.*” Así pues en el art. 361 C.c. el *dominus soli* adquiere el edificio, bien incorporado artificialmente al terreno de su propiedad, como consecuencia de la accesión.

La naturaleza jurídica de la accesión, como se sabe⁴³², es controvertida. Algunos elementos históricos o de derecho comparado parecen indicar que se trata de un modo de adquirir. Así, por ejemplo, el art. 633 del Proyecto de Código Civil español de 1836 o el art. 712 del Código civil francés. Sin embargo el texto del Código civil vigente muestra la intención del legislador de no configurar la accesión como un modo de adquirir sino como un atributo del derecho de propiedad⁴³³. La propiedad de un bien se expande, por accesión, a todas las incorporaciones. En este sentido, podría decirse que el propietario del terreno adquiere la construcción incorporada como consecuencia de su propio título dominical sobre el suelo.

No obstante, admitir que en el art. 361 C.c. opera el mecanismo de la accesión resulta contradictorio con el contenido del precepto. La accesión, entendida como atributo del derecho de la propiedad implica que la adquisición de los bienes accesorios tiene lugar de forma automática, desde el mismo momento de la incorporación. Sin embargo, en el art. 361 C.c. la adquisición de lo edificado no se realiza *ipso facto*,

⁴³² Ver Capítulo 4 de esta Tesis Doctoral.

⁴³³ Como argumentos en favor de esta tesis cabe citar el vigente art. 609 C.c. que no menciona la accesión como modo de adquirir, y la utilización en el Código de la expresión “Del derecho de accesión”, que implica presentar la accesión como una facultad dominical. Como autores que entienden la accesión como atributo de la propiedad cabe citar a MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, Tomo III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, págs. 254 a 257, MUCIUS SCAEVOLA, Q, *Código Civil comentado y concordado extensamente*, Tomo VI, 3ª ed., Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1895, págs. 277 y 278, TRAVIESAS, M. Miguel, *Ocupación, accesión y especificación*, RDP, Tomo VI, 1919, pág. 291.

por el mero hecho de la construcción, sino que necesita de otros requisitos.

De la redacción del art. 361 C.c. se desprende claramente que el dueño *tiene derecho a hacer suya la obra previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454*. Existen por lo tanto dos elementos previos a la efectiva adquisición de lo construido por el propietario del terreno. En primer lugar es necesario que el *dominus soli* opte por esta posibilidad que le ofrece el art. 361 C.c. En segundo lugar es necesario que el propietario pague al constructor una indemnización.

Conviene detenerse en el primer requisito. El propietario del terreno debe manifestarse en favor de la adquisición de la construcción y mostrar por lo tanto que renuncia a la otra alternativa establecida en el precepto: obligar al constructor a pagar el precio del terreno. El primer requisito de la adquisición consiste por lo tanto en que el propietario emita una *declaración de voluntad* determinada. La expresión *declaración de voluntad* evoca inmediatamente la teoría del negocio jurídico⁴³⁴. El negocio jurídico es esencialmente un acto de autonomía por el que un sujeto autorregula sus intereses. Tiene tres aspectos fundamentales: la voluntad que decide al que lleva a cabo el negocio, la exteriorización de esa voluntad para que trascienda socialmente y la determinación de la misma en cuanto a las consecuencias queridas por el agente⁴³⁵. En la primera alternativa del art. 361 C.c. aparecen esos tres elementos. Por una parte existe la voluntad del propietario de optar por esta alternativa. En segundo lugar esa voluntad debe ser exteriorizada, ya sea de forma expresa, como de

⁴³⁴ Sobre el negocio jurídico puede consultarse la obra de BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, 1940. En la doctrina española, especialmente, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Ed. Civitas, 1985 y ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958.

⁴³⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil I*, op.cit., pág. 161.

forma tácita, eso es por la realización de actos que denotan de forma concluyente esa voluntad. Finalmente, el propietario del terreno está decidido a asumir las consecuencias que se derivan de este acto de voluntad: hacer suya la obra pagando una indemnización.

El negocio que realiza el propietario al decidir adquirir la obra es un *negocio oneroso* pues existe un intercambio de prestaciones que produce una especie de equilibrio patrimonial: él adquiere la obra a cambio del pago de una indemnización. Siguiendo con la clasificación del negocio, resulta interesante determinar si se trata de un *negocio jurídico unilateral o bilateral*. El negocio unilateral es aquél en que la declaración de voluntad proviene de una sola parte. Por contra en el negocio bilateral las declaraciones de voluntad provienen de dos partes diferentes. En la primera alternativa del art. 361 C.c. declaración de voluntad propiamente dicha tan sólo hay una, la del *dominus soli*. El constructor no emite ninguna declaración de voluntad y las consecuencias patrimoniales de la decisión del propietario del terreno son para él completamente heterónomas. Por ello, el supuesto del art. 361 C.c. no puede identificarse con el concepto de *contrato*, pues éste significa que existe un negocio jurídico bilateral, un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan efectos jurídicos. En el art. 361 C.c. no hay contrato propiamente dicho pues no hay concurso de voluntades.

Cabría plantearse la posibilidad de que la adquisición del edificio a cambio de la indemnización constituyera un supuesto de *contrato de venta forzoso*. La categoría de *contrato forzoso* se contrapone a la del contrato libre, se trata de un acto debido, en cuanto que el ordenamiento impone su celebración o la persona con quien ha de

concluirse⁴³⁶. Sin embargo en la primera alternativa del art. 361 C.c. no existe una verdadera compraventa, no hay un intercambio de cosa por precio, pues la *indemnización* que debe pagar el propietario del terreno no constituye el *precio* del edificio.

A modo de conclusión de este apartado puede decirse que en el art. 361 C.c. no opera la accesión, entendida como atributo del derecho de propiedad de un bien principal que permite la adquisición automática de los bienes accesorios que se incorporan a éste. La adquisición del edificio por el *dominus soli* sigue un *iter* adquisitivo específico que tiene dos etapas fundamentales: la celebración de un negocio unilateral por parte del propietario y el pago de una indemnización al constructor.

4.2) Tiempo de la adquisición

Si se admite, tal y como se ha establecido en las líneas anteriores, que la adquisición del edificio en los supuestos de construcción en suelo ajeno, exige, según el art. 361 C.c., la existencia de una declaración de voluntad por parte del propietario del terreno y el pago de una indemnización al constructor, entonces, no cabe duda, el momento en el que el edificio se incorpora efectivamente al patrimonio del *dominus soli* coincide con la culminación de ese proceso adquisitivo. La obra tan sólo será propiedad del propietario del terreno cuando éste haya expresado su voluntad en favor de la adquisición y haya efectuado el pago de la indemnización.

En nuestra opinión, a diferencia de la postura mantenida por parte de la doctrina⁴³⁷, la incorporación de lo edificado al patrimonio no se

⁴³⁶ Para una aproximación a este concepto véase DÍEZ-PICAZO, *Los llamados contratos forzados*, ADC, 1956, págs. 85 a 118.

produce de forma automática por el juego de la accesión. Del contenido literal del art. 361 C.c. se desprende con claridad que este precepto se distancia del régimen de la accesión al otorgar al propietario del suelo un amplio poder volitivo. La titularidad definitiva del edificio depende de su voluntad, del ejercicio que haga de su derecho potestativo a optar. Así pues en el art. 361 C.c. no se puede apreciar el automatismo propio de la accesión por la sencilla razón de que en este artículo, pese a su ubicación sistemática, no se produce accesión alguna⁴³⁸.

En los supuestos de construcción en suelo ajeno de buena fe, según la interpretación que se mantiene en esta obra del art. 361 C.c., existe una fase intermedia, de incertidumbre jurídica sobre la titularidad de los bienes, mientras no se hayan cumplido los dos requisitos que determinan la efectiva adquisición del edificio por parte del *dominus soli*.

Durante esta fase comprendida entre el levantamiento de la edificación y el cumplimiento de los requisitos adquisitivos (declaración de voluntad y pago de la indemnización) se produce una dualidad de

⁴³⁷ Defienden la adquisición automática del edificio por accesión en el art. 361 C.c., entre otros, ALONSO PÉREZ, Mariano, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, vol. 1º, Edersa, 1980, págs. 193 y ss., GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Accesiones inmobiliarias en Cuadernos de Derecho Judicial* "Protección del Derecho de Propiedad", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 222 y ss., NUÑEZ BOLUDA, Mª de los Desamparados, *La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe*, Actualidad Civil, nº10, 1995, págs. 202 y ss.

En el derecho francés, respecto al art. 555 del Code, comentaristas como DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, T. II, Paris, 1853, entienden que el principio de accesión opera desde el momento en que los materiales se emplean en la construcción, sin necesidad de que el edificio esté acabado.

⁴³⁸ La accesión o es automática o no es accesión. No obstante, algunos autores para salvar la contradicción existente entre las disposiciones del art. 361 C.c. y el régimen típico de la accesión, han creado la distinción entre *accesión inmediata*, que opera automáticamente y la *accesión mediata*, propia de los supuestos de construcción en suelo ajeno, que exige una declaración de voluntad. En este sentido, ver DÍEZ PICAZO, Luis, *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*, op.cit., pág. 841. En nuestra opinión, sin embargo, resulta preferible señalar que en el art. 361 C.c. sencillamente no hay accesión al no darse la característica propia de ésta: el automatismo.

propiedades: el constructor es dueño de la obra que ha realizado y el *dominus soli* es el propietario del terreno⁴³⁹. Esta fase intermedia tiene evidentemente un carácter provisional e interino pues una vez culminado el proceso de adquisición establecido en el art. 361 C.c., el *dominus soli* deviene propietario del conjunto formado por el suelo y el edificio.

La situación descrita en estas líneas ha sido calificada como *dominio dividido* o *dominio compartido*⁴⁴⁰. Esta expresión resulta conveniente si se adopta una visión sintética y se contempla al suelo y al vuelo como una unidad jurídica. Si por contra, tal y como se defiende en esta tesis, se adopta una visión analítica, y el terreno y el edificio son considerados como objetos jurídicos diferenciados, resulta preferible hablar de *dominio separado*. En realidad, el contenido del art. 361 C.c. constituye un argumento más en favor de la admisibilidad en el ordenamiento español de la propiedad *separada*, eso es de la posible disociación jurídica de la titularidad dominical del suelo y del edificio.

4.3) La indemnización.

El propietario del terreno en que se ha edificado de buena fe, si opta por adquirir la obra, debe pagar al constructor una indemnización. Esta compensación económica que establece el art. 361 C.c. se

⁴³⁹ Admiten la separación temporal del dominio en el art. 361 C.c. autores como DÍEZ PICAZO, Luis, en *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*, op.cit., pág. 841 y en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, págs. 267 y ss., SERRANO ALONSO, Eduardo, *Accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del art. 361 Código Civil*, Revista de Derecho Privado, julio-agosto, 1981, págs. 680 a 683, o DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código civil*, La Ley, 1985, pág.489.

⁴⁴⁰ HERNÁNDEZ CRESPO, Carlos, *La accesión invertida*, RCDI, Julio-Agosto 1972, n°491, págs. 732 y ss.

fundamenta, tal y como señalan numerosos autores, en la prohibición de enriquecimiento injusto⁴⁴¹. El *dominus soli* no puede beneficiarse del trabajo del constructor y de las mejoras realizadas sin compensarle. Es preciso recordar, sin embargo, que en el caso de construcción en suelo ajeno, se trata de una *mejora impuesta* al propietario del terreno. Por ello el Código le ofrece la posibilidad de optar entre adquirir la obra indemnizando al constructor, o obligar a éste a comprarle el terreno⁴⁴².

Por otra parte, cabe señalar que la obra puede no constituir una mejora, eso es, en algunos casos la construcción puede no suponer un aumento del valor del fundo y por lo tanto no se produce un enriquecimiento injusto por parte del propietario. En tal caso, la obligación de indemnización no puede fundamentarse en que nadie puede enriquecerse a costa de otro.

4.3.1) La remisión a los arts. 453 y 454 del Código Civil.

⁴⁴¹ DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de Derecho Civil*, Tomo I, Cuarta edición, Juan Mariana y Sanz editor, Valencia, 1879, pág. 39, "como no es justo que nadie se enriquezca en perjuicio de otro, deberá dicho dueño abonar al edificante el valor de sus materiales.". SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de ampliación del Derecho Civil y Códigos españoles*, op. cit., pág. 350, "como nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, ha de reintegrarse a su dueño del valor de los materiales, plantas o semillas y gastos de construcción, plantación o siembra que se justifiquen cumplidamente." GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, op.cit., pág. 577, "Mas el que edifica en el suelo ajeno y con materiales propios, si lo hizo con buena fe, debe recibir del dueño del suelo el valor de los materiales, atendiendo al principio de equidad, segun el cual nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro."

⁴⁴² BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 332, "cuando el enriquecimiento ha sido impuesto de buena fe, el titular del patrimonio enriquecido debe poder optar entre liquidarlo, bien como mejora impuesta (abonando su valor - arts. 375 y 383.III- o la compensación prevista en los arts. 453 y 454, si la mejora consistiera en edificación, siembra o plantación - art. 361-) bien como intromisión (obligando a quien ha impuesto el enriquecimiento a adquirir el terreno o materia en el que éste hubiera quedado incorporado)".

El artículo 361 C.c. remite expresamente, en cuanto a la indemnización del constructor de buena fe, a los arts. 453 y 454 C.c., preceptos relativos a la liquidación de estados posesorios. Esta técnica normativa de la remisión no deja de entrañar ciertos riesgos de interpretación. Así resultaba preferible la regulación del Proyecto de Código Civil de 1836, en el que la indemnización al constructor se fijaba en los mismos preceptos de la construcción en suelo ajeno⁴⁴³.

Según el art. 453 C.c.:

“Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.”

Por su parte, el artículo 454 C.c. establece:

“Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.”

A la vista de este régimen legal, la edificación en suelo ajeno de buena fe podría efectivamente caracterizarse como un suceso de liquidaciones posesorias donde un no dueño ha mejorado la finca ajena. Desde esta perspectiva, el art. 361 del Código Civil se presentaría, tal y

⁴⁴³ art. 681 Proyecto de Código Civil de 1836: *Si las obras ejecutadas en finca ajena fueren de mero adorno o recreo, el que las ejecutó, si lo hubiere hecho con buena fe, podrá llevárselas, a menos que el dueño del edificio o heredad se preste a satisfacerle el valor de ellas; pero si las hubiere ejecutado de mala fe las perderá enteramente, quedando a beneficio del dueño de la casa o heredad.*

como ha sostenido parte de la doctrina, como una técnica indemnizatoria, un régimen de reembolso de impensas posesorias⁴⁴⁴.

4.3.2) Los precedentes de los arts. 453 y ss. C.c.

El precedente del art. 361 en el Proyecto de 1851 es el art. 404, precepto que también utilizaba la técnica de la remisión normativa, remitiéndose, en cuanto a la indemnización al constructor de buena fe, al art. 432 según el cual:

“Los gastos necesarios son abonables a todo poseedor de buena o mala fe, quien podrá retener la cosa hasta que se la haga el abono.

Los útiles lo son al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención; pero el propietario tendrá la elección de pagar el importe de los gastos o el aumento de valor que por ellos tenga la propiedad.

El poseedor de mala fe solo podrá llevarse las mejoras, cuando el propietario no se las abone, y puedan separarse sin detrimento de la cosa mejorada.

Los voluntarios, o de puro placer y ornato, no son abonables a ningún poseedor; pero el de buena fe podrá quitar las obras concurriendo las circunstancias del párrafo anterior respecto del poseedor de mala fe.”

Este antiguo art. 432 equivaldría a la fusión de varios artículos del Código Civil actual: el art. 453, el art. 454 y parte del art. 455. En estos artículos se aprecia la trilogía de gastos posesorios (necesarios, útiles y voluptuarios o de puro lujo) que ya se contemplaba en el Derecho Romano y en el Derecho histórico español.

Así en el Digesto (25, 1, 1) se establecía:

⁴⁴⁴ CARRASCO PERERA, *“Ius aedificandi” y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 18 y 19.

*"Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum. Impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam uero uoluptariae".*⁴⁴⁵

Por su parte, la Partida Séptima, Título XXXIII, Ley 10, relativa al *"Declaramiento de otras palabras dubdosas"*, señalaba:

*"(...) Otrosi decimos que las despensas que los homes facen por razón de las cosas ajenas pueden ser de muchas guisas; ca tales hi ha dellas que son llamadas necesarias, porque si non se ficiesen, ó se empeorare la cosa ó se perdiere del todo. Et otras hi ha á que dicen útiles, que quier tanto decir como provechosas: et estas son asi llamadas porque se mejora la renta de la cosa en que son fechas por ellas, asi como si alguno fuese tenedor de campo de otri, et pusiese hi árboles ó viñas, ó si era otra hereditat, et ficiese despensas hi ha que son dichas voluntarias, que quieren decir como deleytosas, que non crescen por hi los frutos nin las rentas de la cosa en que son fechas: et esto serie como si alguno pintase la casa, ó ficiese hi vergel, ó albuhera ó otras cosas semejantes que fuese á deleyte. Et quales destas despensas se pueden cobrar et quáles non quando fuesen fechas en cosa ajena, mostrámoslo en las leyes deste libro que fablan en esta razon, que son en el Título veinte et ocho de la Tercera Partida."*⁴⁴⁶

Los gastos necesarios son aquéllos que de no hacerse provocarían el perecimiento o el deterioro futuro de la cosa⁴⁴⁷. En el caso de

⁴⁴⁵ MOMMSEN, Th. , *Digesta Iustiniani Augusti*, op.cit., pág. 731.

⁴⁴⁶ *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima, Madrid, en la imprenta Real, 1807, Ed. Facsímil, Ed. Atlas, Madrid, 1972.

⁴⁴⁷ Digesto 25, 1, 1 *"Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem inpendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.."*

Digesto 25, 1, 14, *"Ulpianus libro quinto regularum. Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur, ueleti aggeres facere, flumina auertere, aedificia uetera fulcire itemque reficere, arbores in locum mortuarum reponere."*

construcción en suelo ajeno se consideran gastos necesarios los invertidos en el precio de los materiales y su incorporación a la tierra y, en general, todos aquellos sin los cuales no podría ni levantarse el edificio ni hacerle subsistir⁴⁴⁸.

El régimen de los gastos necesarios es idéntico en el art. 432 del Proyecto y en el actual art. 453 C.c., salvo en un aspecto. Mientras en el Proyecto de 1851 el derecho de retención como garantía del crédito se concedía tanto al poseedor de buena fe como al de mala fe, en el vigente art. 453 C.c. el derecho de retención es un beneficio que tan sólo se concede al poseedor de buena fe. Esta limitación del ámbito subjetivo del derecho de retención quiebra con el Derecho Histórico castellano y con el Derecho Romano⁴⁴⁹. Así en la Partida Tercera, Título XXVIII, Ley XLIV relativa a *Cómo las despensas que home face en casas ajenas, quier sean meester, quier sean provechosas o a deleyte, se deben demandar o pechar*.

“Despensas facen los homes en las casas o en las heredades ajenas que tienen non faciendo hi de nuevo ninguna cosa, mas refaciendo ó enderezando los edeficios en los logares do es meester, ó faciendo hi algunas otras cosas que son provechosas á la casa ó á la heredit; et en tal caso como este decimos que aquel que despensas ficiere que sean meester de facerlas, que las debe et puede cobrar demientra que fuere tenedor de la casa ó de la heredit en que las fizo,

(Fuente: *Digesta Iustiniani Augusti*, op.cit., pág. 731 y 732.)

Digesto, 25, 1, 1: “Se llaman necesarias las que se hacen por necesidad, y que, si no hubiera necesidad, no se tendrían por tales.” (Fuente: *El Digesto de Justiniano*, Tomo II, op.cit., pág. 185)

⁴⁴⁸ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado y concordado extensamente*, op.cit., pág. 322.

⁴⁴⁹ Señalaba GARCÍA GOYENA, op.cit., pág. 381, en su comentario al art. 432 del Proyecto de 1851: “Para la deducción o cobranza de estos gastos el Derecho Romano y Patrio concedían al poseedor de buena o mala fe el derecho de retener la cosa; (...), y estas disposiciones, como equitativas, están en el espíritu de nuestro artículo.”

quier haya buena fe quier mala en teniéndola. Et maguer el señor de la casa ó de la heredit le venciese della en juicio, non gela debe ante entregar fasta quel dé lo que despendió en esta razon (...)" 450

Por contra en el Derecho actual, si se equipara la figura del constructor de buena fe con la de poseedor de buena fe de los arts. 453 C.c. y siguientes, sólo aquél y no el constructor de mala fe tiene derecho de retención. Este régimen resulta lógico pues el derecho de retención no deja de ser sino un medio de garantía del crédito y tan sólo el constructor de buena fe del art. 361 C.c. ostenta un derecho de crédito frente al propietario del terreno.

Los gastos útiles son aquéllos que implican una mejora⁴⁵¹. En materia de construcción en suelo ajeno, pueden constituir gastos útiles, según los comentaristas del Código, los gastos de alumbrado y de servicio de agua ⁴⁵².

En cualquier caso, según el art. 453 C.c., los gastos útiles se abonan tan sólo al poseedor de buena fe y éste tiene derecho de retención sobre los materiales hasta la satisfacción del crédito. Por su parte el propietario del terreno podrá optar entre pagar el importe de los

⁴⁵⁰ Según SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, cuarta edición, Tomo I, Imprenta de Vergés, Madrid, 1834, pág. 115 y ss. comenta esta ley de las Partidas y señala: "*Esta Ley habla con mas claridad que las 41 y 42 del propio título que tratan del mismo asunto.*" En este mismo sentido, ROMERO Y GINZO, Joaquín, *Sala Novísimo o nueva ilustración del Derecho Real de España*, op.cit., pág. 183.

⁴⁵¹ En el Libro XXV, Título I del Digesto se regulan las impensas hechas en cosas dotales. De allí que los ejemplos de impensas que se relacionan van referidos a la dote. Digesto 25, 1, 5, párrafo 3º "*Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dotem.*" Digesto 25,1,5, párrafo 3º: "*Son impensas útiles las que el marido hizo con utilidad para mejorar los bienes de su mujer, es decir la dote.*"

⁴⁵² MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, op.cit., pág. 322.

gastos o abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

4.3.3) Aplicación práctica de los artículos 361, 453 y 454 del Código Civil

Las normas sobre construcción en suelo ajeno han de aplicarse conjuntamente con las que rigen los supuestos de gastos posesorios⁴⁵³. Existe sin embargo una diferencia de regímenes entre la construcción en suelo ajeno y la liquidación de estados posesorios. En efecto, el constructor de buena fe o de mala fe no puede equipararse exactamente al poseedor de buena fe o al de mala fe. Prueba de ello es que según el art. 453 C.c., los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, ya sea de buena o de mala fe, mientras que según el art. 362 C.c., el constructor de mala fe no tiene derecho a indemnización alguna. Así pues el régimen de reembolso del poseedor de mala fe no puede aplicarse al constructor de mala fe⁴⁵⁴. Por contra, con base a la remisión que realiza el art. 361 C.c., sí puede aplicarse al constructor de buena fe las disposiciones relativas al poseedor de buena fe.

[C24]

El propietario del terreno deberá por lo tanto reembolsar al constructor de buena fe los gastos necesarios y los útiles. Respecto a éstos últimos, y conforme con el art. 453.2 C.c., podrá satisfacer al edificante, bien el importe de los gastos realizados, bien el aumento de valor del fundo.

⁴⁵³ CARRASCO PERERA, op.cit., pág. 149.

⁴⁵⁴ En contra de este criterio cabe citar a VUILLAUME, M.F., *Commentaire analytique du Code Napoléon*, Paris, 1855, pág. 148, que estima, comentando el art. 555 del Código Civil francés, que los gastos necesarios habrían de abonarse a todo constructor, incluso al de mala fe: "*S'il s'agit des dépenses nécessaires, l'équité exige que le possesseur, même de mauvaise foi, en reçoive le remboursement intégral.*"

Esta alternativa ofrecida al propietario a la hora de abonar los gastos útiles, coincide con la establecida, para el supuesto específico de construcción en suelo ajeno, en el art. 676 del Proyecto de 1836 y en el Código Civil francés en su art. 555.3. No obstante, en estos preceptos citados la opción en cuanto a la forma de abono no se limita a los gastos útiles, sino que se refiere al importe total de la indemnización.

Así según el art. 676 del Proyecto:

“Si uno plantare o edificare en finca ajena con semillas y materiales proopios, y lo hiciere con buena fe, estará obligado el propietario del terreno a reintegrar al plantador o constructor el valor de los granos, semillas o materiales y el valor de los jornales de los operarios, o bien a pagarle una cantidad equivalente al aumento de valor que haya tenido la finca. “

En el mismo sentido, el art. 555.3 del *Code Napoléon* establece:

“Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d’oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l’état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.” ⁴⁵⁵

El precepto francés resulta especialmente útil para el intérprete español por su nivel de precisión⁴⁵⁶. Por una parte la disposición citada

⁴⁵⁵ VUILLAUME, M.F., *Commentaire analytique du Code Napoléon*, op.cit., pág. 148: “Par cette alternative, le Code rend hommage au droit de propriété et à la bonne foi.”

⁴⁵⁶ Otros Códigos civiles también ofrecen, como el Código francés, unos criterios alternativos para fijar la indemnización al constructor. Así, el art. 557 del Código Civil de Venezuela establece:

“El propietario del fundo donde se edificare, sembrare o plantare por otra persona, hace suya la obra; pero debe pagar, a su elección, o el valor de los materiales,

sobre indemnización al constructor se encuentra incluida en el mismo precepto relativo a la construcción en suelo ajeno. En este sentido, hubiera sido preferible que el art. 361 de nuestro Código Civil, en vez de remitir a los arts. 453 y 454 C.c., hubiese incluido en sus disposiciones, al igual que el art. 555 del Código civil francés y los arts. 676 y 681 del Proyecto de 1836, unas reglas específicas para solventar el problema de la liquidación posesoria. También resultaría más sencillo que la opción ofrecida por el art. 453.2 C.c. respecto a los gastos útiles, se entendiera también referida a los gastos necesarios.

Por otra parte, el art. 555.3 del *Code Napoléon* introduce unos criterios de valoración para el cálculo del importe de los gastos que el Código Civil español obvia por completo. Según el Código francés, se han de abonar tanto los gastos de los materiales como los de la mano de obra y todos ellos han de ser estimados al tiempo del pago de la indemnización y teniendo en cuenta el estado en el que se encuentra la edificación.

Respecto a los gastos llamado *de puro lujo o mero recreo*, el art. 454 C.c., al que se remite el art. 361 C.c., establece en su primer inciso que estos gastos no son abonables al poseedor de buena fe. En consecuencia, partiendo de la equiparación entre el régimen indemnizatorio de la posesión de buena fe y el de la construcción de buena fe, tampoco serán abonables constructor del art. 361 C.c. los gastos de puro lujo. Por otra parte se concede al poseedor de buena fe, y por lo tanto al constructor de buena fe, un *ius tollendi* respecto a los

el precio de la obra de mano y demás gastos inherentes a la obra, o el aumento de valor adquirido por el fundo.(...)"

Con un criterio similar, el Codice Civile italiano de 1942 señala en su art. 936:

"Opere fatte da un terzo con materiali propri.- Quando le piantagioni, costruzioni od opere sono state fatte da un terzo con suoi materiali, il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle.

Se il proprietario preferisce di ritenerle, deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo. (...)"

adornos que se puedan retirar sin que la cosa principal, la construcción, sufra deterioro. Sin embargo la ley establece que el propietario puede evitar, si así lo desea, ese *ius tollendi* mediante el abono de lo gastado por el constructor en esos adornos⁴⁵⁷.

[C25]

Como conclusión a este apartado sobre el régimen indemnizatorio al constructor de buena fe cabe señalar lo siguiente. En primer lugar, el Código establece una equiparación entre el régimen liquidatorio de la posesión de buena fe y el de la construcción de buena fe. En segundo lugar, el estudio de los precedentes del art. 361 C.c. en el Proyecto de Código Civil de 1836 y en el art. 555 del Código francés, muestra que hubiera sido preferible, para evitar problemas hermenéuticos, que el precepto español hubiera recogido en sus disposiciones una mención específica y clara respecto a la indemnización, en vez de utilizar la técnica de la remisión normativa.

5) La transmisión del terreno al constructor

La segunda alternativa que ofrece el art. 361 C.c. al titular del terreno en que se ha construido ilegítimamente de buena fe es obligar al constructor a adquirir el terreno invadido pagando su precio.

5.1) Análisis histórico y de Derecho comparado

⁴⁵⁷ En el Proyecto de 1836, respecto a los gastos de lujo, se preveía el mismo régimen que el que se deriva actualmente del art. 454 C.c., pero en un precepto exclusivo sobre construcción en suelo ajeno, el art. 681: "*Si las obras ejecutadas en finca ajena fueren de mero adorno o recreo, el que las ejecutó, si lo hubiere hecho con buena fe, podrá llevárselas, a menos que el dueño del edificio o heredad se preste a satisfacerle el valor de ellas; pero si las hubiere ejecutado de mala fe las perderá enteramente, quedando a beneficio del dueño de la casa o heredad.*"

Esta facultad del *dominus soli* de imponer al constructor de buena fe la adquisición del terreno edificado es, como ha señalado la doctrina, extraña a las fuentes históricas en las que se inspira la normativa del Código Civil español⁴⁵⁸.

Se trata de una solución nueva, que se establece a lo largo del proceso codificador español. Así se refieren a ella art. 364 Proyecto de Código Civil de 1882, art. 404 del Proyecto de 1851 y el art. 677 del Proyecto de 1836. [c26]

Por lo que respecta al Derecho Comparado, esta posibilidad de exigir la adquisición forzosa al constructor de buena fe también se encuentra en algunos Códigos sudamericanos como el de Uruguay⁴⁵⁹ o el de Venezuela⁴⁶⁰. Por contra, en otros Códigos, próximos al nuestro,

⁴⁵⁸ FALCÓN, Modesto, *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Tomo II, Tercera edición, Tipografía industrial-económica, Barcelona, 1888, pág. 144, señala respecto a la posibilidad de obligar al que fabricó o plantó a pagar al dueño del terreno su precio: *“esta solución es nueva, no estaba en las leyes antiguas”*.

Puede contrastarse en efecto el texto del art. 361 C.c. con el de las Instituciones, Libro II, Título I, Párrafo 30 o el de la Partida Tercera, Título XXVIII, Leyes 41 y 42, citados al principio de este capítulo.

⁴⁵⁹ art. 726 Código civil de Uruguay: *“El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho (...) de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró, a pagarle la renta y a indemnizarle los daños y perjuicios.(...)”*

⁴⁶⁰ En el art. 558 del Código Civil de Venezuela también se prevé la posibilidad de que el constructor se convierta en el propietario del conjunto formado por el edificio y el suelo. Sin embargo, esta posibilidad depende de una valoración económica de los bienes: es necesario que la construcción tenga un valor evidentemente superior al del fundo.

art. 558 Código civil de Venezuela: *“Si el valor de la construcción excede evidentemente al valor del fundo, el propietario puede pedir que la propiedad de todo se le atribuya al ejecutor de la obra, contra pago de una justa indemnización por su fundo y por los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado.”*

como el francés o el italiano, no se contempla esta solución en los casos de construcción en suelo ajeno⁴⁶¹.

Cabe señalar que en algunos ordenamientos se permite la atribución del terreno al constructor por motivos de desproporción económica cuando la construcción tiene un valor superior al del suelo. Esto ocurre por ejemplo en el Código de Venezuela o en el Código civil suizo en el que también se exige el requisito ético de la buena fe⁴⁶². En el Proyecto de Código Civil español de 1836 se encontraba una disposición similar, que sin embargo, no fue plasmada en el Código vigente: *“El que de buena fe hubiere ejecutado obras de gran consideración en finca ajena, de suerte que el valor de aquéllas supere al de ésta, se hará dueño de todo y sólo estará obligado a entregar al verdadero dueño el primitivo valor de la finca u otra igual a ésta.”*⁴⁶³

La segunda alternativa del Código civil, consistente en la adquisición forzosa del terreno por el edificante, quizás podría tener por origen el derecho histórico germánico. En el BGB alemán actual, tributario de este derecho histórico, existe en efecto un precepto, el § 915, que recuerda sobremanera el segundo inciso del art. 361 C.c. La disposición citada está ubicada en la regulación de las construcciones extralimitadas, eso es, las construcciones levantadas en suelo propio pero invadiendo parte del fundo vecino. En estos casos el § 912 establece el deber del propietario de tolerar la construcción a cambio del pago de una renta pecuniaria, siempre y cuando el constructor haya obrado sin dolo o culpa lata y el propietario no se haya opuesto a la

⁴⁶¹ Véanse los arts. 555 del Código civil francés, o el art. 936 del Código civil italiano relativos a la construcción en suelo ajeno.

⁴⁶² art. 673 Código Civil suizo: *“Si la valeur des constructions excède évidemment celle du fonds, la partie qui est de bonne foi peut demander que la propriété du tout soit attribuée au propriétaire des matériaux contre paiement d’une indemnité équitable.”*

⁴⁶³ LASSO GAITE, Francisco, *Crónica de la Codificación española*, op.cit., pág. 188.

obra. No obstante el § 915 otorga al propietario la posibilidad de exigir al constructor el pago del valor del terreno, como contraprestación a la transmisión de la propiedad del suelo invadido. Esta transmisión, según dispone expresamente el propio precepto, se rige por las normas de la compraventa⁴⁶⁴.

Cabe indicar que el § 915 del BGB se refiere específicamente al supuesto de las construcciones extralimitadas, mientras que el art. 361 C.c. es aplicable en general a las construcciones en suelo ajeno. Precisamente, esta identidad entre la segunda alternativa ofrecida por el art. 361 C.c. y el contenido del precepto alemán, podría constituir un argumento para afirmar que el art. 361 C.c. está pensado para solventar tanto las construcciones levantadas completamente en suelo ajeno, como las construcciones extralimitadas. Siguiendo este razonamiento, podría concluirse que la construcción extralimitada está contemplada en el art. 361 y no constituye, como tradicionalmente se ha afirmado, ninguna laguna legal.

5.2) Fundamento

El fundamento de esta segunda opción del *dominus soli* es evitar que el propietario del terreno tenga que reintegrar al constructor un enriquecimiento que, en definitiva, le ha sido impuesto. Se trata por lo tanto de una fórmula original del sistema español para la liquidación de la gestión posesoria que permite exonerar al propietario del terreno de

⁴⁶⁴ § 915 BGB: “El titular de la renta puede exigir en todo momento que el obligado a la misma, a cambio de la transmisión de la propiedad de la parte invadida de la finca, le indemnice el valor que esta parte tenía al tiempo de la extralimitación. Si hace uso de esta facultad, se determinan los derechos y obligaciones de ambas partes según las disposiciones de la compraventa.

La renta ha de seguirse satisfaciendo por el tiempo - que medie- hasta la transmisión de la propiedad.”

(Fuente: MELON INFANTE, Carlos, traducción del BGB al castellano en el *Apéndice del Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Primera edición, Bosch casa editorial, Barcelona, 1955.)

un pago que, quizás, no le convenga realizar. Por este motivo puede interpretarse que la segunda opción del art. 361 C.c. es aplicable tanto en el caso de “obra nueva” como en el de “mejoras”. En efecto las labores nuevas pueden levantarse con poco gasto del constructor y, en cambio, existen mejoras que exigen una elevada inversión⁴⁶⁵.

Algunos autores, sin embargo, critican la disposición del art. 361 C.c. por considerar que obligar al constructor a quedarse con el edificio y pagar el precio del terreno supone una pena excesiva para el que obró de buena fe⁴⁶⁶.

5.3) Naturaleza de la adquisición

Textualmente el art. 361 C.c. dice lo siguiente: *“El dueño del terreno en que se edificare (...) de buena fe, tendrá derecho (...) a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno (...)”*. En realidad en el contenido del precepto no aparece expresamente la palabra “transmisión” o “adquisición” pero sí la expresión “pago del precio”. Esta expresión implica la idea de contraprestación: si se paga un precio es porque se ha recibido un bien o un servicio previo. Recuérdesse que el *precio* es, jurídicamente hablando, la prestación consistente en numerario o en valores de inmediata o fácil realización que un contratante da o promete, por conmutación de la cosa, servicio o

⁴⁶⁵ CARRASCO PERERA, Angel, en *“Ius aedificandi” y accesión*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 165.

⁴⁶⁶ FALCÓN, Modesto, *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, op.cit., pág. 144: *“No se ve claro el porque de esa especie de pena que la ley impone al que obró de buena fe, obligándole a quedarse con el edificio o la plantación, y a que pague el valor del terreno que ocupó, porque si bien es verdad que cuando edificó o plantó, demostró que quería para sí un edificio o un plantío, también es verda que el que edificó o plantó lo hizo en la erronea inteligencia de creerse dueño del terreno. Posible es que a saber lo contrario, y a tener noticia de que había de comprar y pagar el terreno, no se habría decidido a plantar ni edificar. La ley, obligándole a hacerlo, fuerza su voluntad; y la fuerza por un hecho inocente, de que no debe ser responsable.”*

derecho que adquiere⁴⁶⁷. En el caso del art. 361 C.c. la prestación *sobreentendida* del propietario del terreno consistiría en la transmisión del terreno; la contraprestación del constructor es el pago del precio.

Cabe preguntarse aquí de nuevo sobre el modo en el que opera esta transmisión inmobiliaria. En cualquier caso es evidente que en esta segunda alternativa que prevé el art. 361 C.c. no juega la accesión, ni como modo de adquirir, ni como atributo del derecho de propiedad. Por una parte porque aquí tampoco se da el automatismo característico de la accesión: para que la transmisión tenga lugar será necesaria una declaración de voluntad por parte del *dominus soli* en favor de esta opción. Por otra parte, porque esta posibilidad de que el constructor adquiera el terreno supone la derogación legal de uno de los principios rectores de la accesión inmobiliaria: el principio *superficies solo cedit*.⁴⁶⁸ Por este motivo, porque el art. 361 C.c. *invierte* la relación de accesoriedad, puede llegar a afirmarse que este precepto acoge la figura de la *accesión invertida*.

La adquisición del terreno por el constructor en el art. 361 C.c. *in fine* puede encuadrarse, al igual que la primera alternativa de adquisición de lo edificado por el *dominus soli*, en la teoría del negocio jurídico. En efecto, la transmisión del terreno requiere previamente una declaración de voluntad del propietario del terreno⁴⁶⁹. Afirmado lo anterior, se plantea entonces la cuestión de si la segunda opción del art.

⁴⁶⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1995, Tomo II, pág. 1653. Voz: *precio* (Derecho).

⁴⁶⁸ En este sentido el art. 361 C.c. constituye un argumento más en favor de la flexibilidad y relatividad del principio *superficies solo cedit* en el art. 358 C.c.

⁴⁶⁹ En este caso en el que el propietario opta por transmitir el terreno también se produce la situación de incertidumbre jurídica contemplada en páginas anteriores cuando se analizaba la alternativa de adquisición de lo edificado por el propietario del terreno. Mientras el *dominus* no haya optado existe una separación del dominio del inmueble, un dominio dividido entre constructor y propietario del suelo.

361 C.c. puede considerarse como un **contrato de compraventa forzoso**. Existen varios elementos que permiten sostener esta idea. En primer lugar, la estructura de las contraprestaciones en el art. 361 C.c. se asemeja al de la compraventa. En el contrato de compraventa, según el art. 1.445 C.c., *“uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.”* De la letra del art. 361 C.c. se deriva que el propietario del terreno, con su declaración de voluntad, con el ejercicio de su derecho a optar, se obliga a entregar el terreno, y el constructor se obliga a pagar el precio de éste. En segundo lugar, cabe interpretar que en el art. 361 C.c. aparece la categoría del contrato forzoso, en cuanto que esta disposición impone la celebración del contrato, obligando a una de las partes a pagar el precio⁴⁷⁰. Finalmente, como último argumento, cabe indicar que el art. 361 C.c. *in fine* ofrece una solución idéntica a la contemplada en el § 915 del BGB alemán para las construcciones extralimitadas y precisamente, este párrafo del BGB establece una remisión expresa a las reglas de la compraventa. Así pues, el derecho alemán configura el fenómeno de la transmisión del terreno al constructor como la potestad del *dominus soli* de imponer al constructor la compra forzosa del terreno invadido, al igual que el derecho español.

6) La improcedencia de la acción reivindicatoria

En los supuestos en los que el art. 361 del Código Civil es de aplicación, no procede interponer la acción reivindicatoria.

⁴⁷⁰ Sobre este concepto véase DÍEZ-PICAZO, *Los llamados contratos forzosos*, ADC, 1956, págs. 85 a 118.

La acción reivindicatoria, positivizada en el art. 384.2 C.c., permite al propietario de un bien que éste le sea restituido por quien lo posee indebidamente. Como señala la STS de 16 de octubre de 1990, la acción reivindicatoria otorga *la protección más amplia posible del derecho dominical sobre una cosa* ⁴⁷¹.

Si se afirma que la construcción en suelo ajeno no amparada en un título legitimante, como por ejemplo el derecho de superficie, supone para el propietario del terreno una *lesión a su derecho dominical*, en principio este propietario debería estar protegido por la acción reivindicatoria como acción de defensa dominical. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia han declarado reiteradamente la inviabilidad de la acción reivindicatoria en los supuestos de construcción en suelo ajeno por varios motivos.

La improcedencia de la acción reivindicatoria se fundamenta en primer lugar, en la existencia de una regulación específica para el fenómeno de la construcción en suelo ajeno. En los arts. 361 a 365 del Código civil se prevé efectivamente una protección *ad hoc* de los derechos del *dominus soli*. Este argumento ha sido utilizado tanto por la doctrina⁴⁷² como por la jurisprudencia. El Tribunal

⁴⁷¹ En este mismo sentido la STS de 19 de diciembre de 1990 declara que la acción reivindicatoria constituye *la acción real por excelencia*.

⁴⁷² Así por ejemplo, LATOUR BROTONS, Juan, *La construcción extralimitada*, Revista de Derecho Privado, marzo 1966, págs. 261 y ss.: "ni al que edificó ni al dueño del terreno no les corresponde el ejercicio de la acción reivindicatoria, lo mismo al que construyó por lo edificado, que al dueño del terreno sobre el que levantó la obra, por cuanto la acción reivindicatoria, dominical por excelencia, no es la adecuada para la finalidad de que el demandante recobre el suelo sobre el que por otra persona se haya edificado y al que se ha incorporado lo construido, dando con ello lugar a cuestiones que han de ser discutidas y resueltas con arreglo a los especiales preceptos que determinan los derechos y efectos que se derivan de la accesión."

Supremo se ha pronunciado en este sentido en varias ocasiones como, por ejemplo, en la STS de 3 de abril de 1992:

“El tema litigioso a que se refiere la pretensión del actor que ahora estamos examinando no puede resolverse atendiendo única y exclusivamente a la concurrencia de los requisitos que condicionan la viabilidad de toda acción reivindicatoria (como hace la simplista sentencia recurrida, al igual que antes había hecho la de primer grado), pues el mismo tiene una específica incardinación legal y jurisprudencial en sede del derecho de accesión (arts. 361a 363 del Código Civil)”.

En la STS de 18 de mayo de 1999 también se mantuvo un criterio similar⁴⁷³. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, confirmando el fallo de la sentencia de segunda instancia, al considerar en su Fundamento de Derecho Cuarto :

“la sentencia recurrida no incurre en incongruencia alguna, pues declarando probada la existencia de una situación de accesión del artículo 361 del Código Civil, lo que hace real y verdaderamente (...) es desestimar la ejercitada acción reivindicatoria y acordar que la entidad actora “deberá ejercitar en pleito aparte los derechos y efectos que se derivan de dicha accesión, partiendo del presupuesto necesario, que en el caso enjuiciado concurre, de ausencia de mala fe en la Comunidad demandada””.

También el Tribunal Supremo ha rechazado la procedencia de la acción reivindicatoria en los supuestos de construcción por el

⁴⁷³ Sobre esta sentencia, MOLL DE ALBA, Chantal, CCJC, n° 51, septiembre-diciembre, 1999, págs. 1115 a 1125.

concesionario en zona marítimo-terrestre, al reconocerse al particular frente al Estado reivindicante los derechos que el art. 361 C.c. concede al edificante de buena fe.⁴⁷⁴

Cabe señalar que, en alguna sentencia reciente, el Tribunal Supremo ha parecido admitir el ejercicio de la acción reivindicatoria en supuestos de construcción en suelo ajeno, si bien, como a continuación se demuestra, se trata sólo de una apariencia formal. En la STS de 16 de junio de 1998, por ejemplo, en un caso de edificación en el subsuelo ajeno, el Tribunal declara la procedencia de la acción reivindicatoria ejercitada por las Comunidades de propietarios, pero indica textualmente: *“sin perjuicio de lo que se establecerá, en tema de accesión, sobre lo construido en tal subsuelo”*. Por ello, finalmente, el Tribunal Supremo lo que declara es la concesión de la opción del art. 361 C.c. a las Comunidades demandantes en relación a las construcciones realizadas en los sótanos.

En definitiva, esta STS de 16 de junio de 1998, al admitir la acción reivindicatoria en un supuesto de construcción en suelo ajeno tan sólo varía de las anteriores en la forma, pues en el fondo reconoce que la normativa aplicable a estos supuestos es la de los arts. 361 y siguientes del Código Civil.

La inviabilidad de la acción reivindicatoria en la construcción en suelo ajeno no se basa meramente en la existencia de una regulación específica y autónoma sobre el particular, sino en las titularidades jurídicas que ostentan el *dominus soli* y el

⁴⁷⁴ Sobre el particular puede citarse la STS de 11 de junio de 1985 y el comentario sobre esta sentencia de CARRASCO PERERA, Angel, en CCJC, nº9, pág. 2827.

constructor, a tenor del art. 361 C.c. En efecto, recuérdese que, según entiende la doctrina mayoritaria, mientras el propietario del terreno no ha optado por alguna de las alternativas que le ofrece el art. 361 C.c., se produce una situación transitoria de incertidumbre jurídica que se traduce en una dualidad provisional de propiedades: el constructor es propietario de lo construido y el *dominus soli* ostenta la propiedad del terreno⁴⁷⁵. El art. 361 C.c. constituye así uno de los ejemplos de separación de la propiedad inmobiliaria en nuestro ordenamiento y, en este sentido, parece no regular el fenómeno de la accesión, sino más bien el de la *desaccesión*. En cualquier caso, de la letra del precepto se deriva con claridad que todo desplazamiento patrimonial se supedita a la declaración de voluntad que emita el dueño del terreno: hasta ese momento, ni el propietario adquiere lo edificado, ni el constructor el terreno ocupado.

Adoptando esta interpretación del régimen legal de la construcción en suelo ajeno de buena fe, resulta evidente la improcedencia de la acción reivindicatoria como medio para adquirir lo edificado, pues ambos sujetos ostentan, aunque sea de forma temporal, un derecho de propiedad sobre objetos jurídicos distintos: la construcción y el suelo. De este modo, la acción

⁴⁷⁵ Cabe citar por ejemplo a Díez PICAZO, Luis, *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*, RCDI, n° 455, 1966, pág. 841; SERRANO ALONSO, Eduardo, *Accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del art. 361 Código civil*, Revista de Derecho Privado, julio-agosto, 1981, págs. 680 y ss.

Es cierto que otra tendencia doctrinal sostiene la adquisición automática por el propietario del terreno de lo edificado por efecto de la accesión (v. gr. ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo V, vol. 1º, Edersa, 1980, págs. 193 y ss., y, más recientemente, NÚÑEZ BOLUDA, *La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe*, Actualidad Civil, n°10, 1995, pág.202 y ss.). Sin embargo, en nuestra opinión, esta teoría de la llamada *accesión automática*, resulta minoritaria al chocar con la letra del art. 361 C.c. .

reivindicatoria, dominical por excelencia, no puede corresponder al propietario del terreno para reclamar el edificio, pues no es titular de éste mientras no haya emitido una declaración de voluntad en favor de la alternativa de adquirir lo construido pagando una indemnización, de conformidad con el art. 361 C.c.⁴⁷⁶

El Tribunal Supremo aunque no suele pronunciarse directamente sobre el problema de la titularidad dominical de los bienes durante el momento previo a la opción, parece decantarse por la teoría expuesta al declarar en algunas de sus sentencias ;“la edificación, que impide la reivindicación, realizada por el demandado de buena fe” (STS de 2 de diciembre de 1960), o bien que mientras el propietario del terreno no haya pagado al constructor, “el propietario no puede reivindicar” (STS de 23 de marzo de 1943)⁴⁷⁷.

7) La articulación procesal de los derechos derivados del art. 361 C.c.

En Derecho Romano, en los supuestos de construcción en suelo ajeno, el propietario del terreno se hacía también dueño del edificio. Por ello el *dominus soli* podía reclamar el terreno y frente a esta reclamación el constructor podía interponer la *exceptio doli*

⁴⁷⁶ En este sentido cabe citar a DE LA PLAZA, Manuel, *Construcciones sobre suelo ajeno*, RDP, 1947, págs. 446 y ss. También, CARRASCO PERERA, Angel, en *Ius aedificandi y accesión*, Ed. Montecorvo, 1986, pág. 234, señala: “ el propietario del suelo no puede reivindicar la finca, sobre la cual el constructor goza de un derecho de retención como garantía. Tampoco puede reivindicar la mejora, pues sobre ésta sólo tiene el derecho a hacerla suya previo pago”.

⁴⁷⁷ También se alegó el argumento de la falta de plenitud jurídica de los sujetos en la STS de 17 de diciembre de 1957.

hasta que no se le hubiera reintegrado del precio de los materiales⁴⁷⁸.

En el derecho actual el esquema del proceso romano no resulta trasladable pues se parte de unas premisas distintas. Tal y como se ha señalado anteriormente, del art. 361 C.c. se desprende que la construcción en suelo ajeno realizada de buena fe produce una dualidad provisional de propiedades. Mientras el propietario del suelo no haya optado entre las diversas alternativas que le concede el art. 361 C.c., el constructor es propietario de lo edificado y el *dominus soli* sigue siendo propietario del terreno. Por este motivo, como se ha demostrado en el epígrafe anterior, la acción reivindicatoria resulta improcedente en los casos de construcción en suelo ajeno de buena fe.

Tal y como sostiene la STS de 18 de mayo de 1999, que confirma el criterio mantenido respecto al mismo caso por la sentencia de primera instancia y por la Audiencia, los derechos que se derivan de la situación contemplada en el art. 361 C.c. deben sustanciarse en pleito aparte. Así pues, si el *dominus soli* ha interpuesto una acción reivindicatoria como medio de defensa de su propiedad, las diversas instancias procesales deben desestimar su demanda, bien sea explícitamente desestimando la acción reivindicatoria, bien sea implícitamente declarando la existencia de la situación regulada en el 361 C.c., pero no pueden aplicar las disposiciones de este precepto en el mismo proceso.

⁴⁷⁸ Ver Digesto (41, 1, 12) citado *supra*.

El dueño del suelo debe por lo tanto, para ejercitar los derechos que le concede el art. 361 C.c., iniciar una nueva *litis* y establecer específicamente en el *petitum* de su demanda la opción que desea.

Cuestión distinta es la articulación procesal de los *derechos* del constructor en suelo ajeno. ¿Cómo puede el edificante hacer valer sus derechos actuales sobre el edificio y potenciales sobre el terreno?

El art. 361 C.c. al establecer en favor del *dominus soli* la facultad de optar entre las diversas alternativas jurídicas parece otorgarle con carácter exclusivo el poder para resolver el conflicto creado por la edificación. Cabe plantearse, sin embargo, que el constructor pueda tener la iniciativa procesal y pueda reclamar por ejemplo su derecho a indemnización. La configuración de la indemnización como derecho personal del constructor se establecía con claridad en el art. 680 del Proyecto de Código Civil de 1836:

“El poseedor de buena fe que edificare o plantare en heredad ajena, podrá exigir del que reivindicare ésta como verdadero dueño la indemnización de los gastos que hubiese hecho, deduciendo el valor de los frutos percibidos por el mismo.”

En la actualidad la iniciativa procesal del constructor es admitida por la mayoría de autores⁴⁷⁹ y por numerosas

⁴⁷⁹ En este sentido puede citarse por ejemplo a DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol 3º, 4ª ed., 1995, pág. 267, SOTO NIETO, *La construcción extralimitada*, Estudios jurídicos varios, Madrid, 1983, pág. 140, CARRASCO PERERA, Angel, *Comentario a la STS de 25 de noviembre de 1985*, CCJC, nº10, pág. 3224,

Sentencias del Tribunal Supremo como las de 21 de mayo de 1928, 15 de octubre de 1962 o 31 de diciembre de 1987. En estos casos en los que el edificante inicia el proceso, el dueño del terreno puede ejercitar su derecho de opción al contestar a la demanda mediante reconvención.

En cuanto a la posible adquisición del terreno por el constructor, cabe señalar que en el supuesto del art. 361 C.c. el dueño de la construcción no es el propietario del terreno sobre el que la misma se asienta y por lo tanto no puede ejercitar la acción reivindicatoria para reclamar el suelo⁴⁸⁰.

8) La responsabilidad extracontractual del constructor

Se plantea la cuestión de determinar si el propietario del terreno puede, con independencia de las alternativas que le otorga el art. 361 C.c., exigir al constructor una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En efecto, la construcción en suelo constituye un acto ilícito y puede por lo tanto generar una responsabilidad extracontractual. Para que nazca este tipo de responsabilidad es necesario que se den cuatro requisitos, a saber: la existencia de un acto, que éste sea dañoso,

NÚÑEZ BOLUDA, M^a de los Desamparados, *La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe*, Actualidad Civil, n°10, 1995, pág. 211.

⁴⁸⁰ HERNÁNDEZ CRESPO, Carlos, *La accesión invertida*, RCDI, n°491, 1972, pág. 732.

existiendo un nexo de causalidad el acto y el daño, que el acto sea ilícito y, finalmente, que sea culpable⁴⁸¹.

La construcción en suelo ajeno cumple los tres primeros requisitos dado que puede caracterizarse como un acto ilícito y dañoso. Más difícil resulta valorar el requisito de la culpabilidad en el supuesto del art. 361 C.c. pues el concepto de culpa debe relacionarse con el de la buena fe. ¿La construcción en suelo ajeno realizada de buena fe puede ser culposa?

La relación entre culpa y buena fe ha sido estudiada en diversos capítulos de esta Tesis Doctoral. Del estudio realizado se desprende que se trata de conceptos que no se excluyen entre sí⁴⁸². La culpa significa simplemente la imputabilidad de una conducta negligente o dolosa a un sujeto. Por su parte la buena fe puede definirse como la inconsciencia de la antijuridicidad de un acto basada en un error excusable. Así pues cabe admitir que una conducta de buena fe sea culposa, eso es que se haya producido por negligencia.

A modo de conclusión cabe decir que en el art. 361 C.c. la buena fe del constructor no tiene como efecto la exoneración de su responsabilidad extracontractual. El propietario del terreno podrá exigir al constructor que le indemnice por los daños y perjuicios producidos por ese acto siempre y cuando demuestre la existencia de culpa, eso es, que no se observó una diligencia media a la hora de actuar.

Si el propietario opta, entre las alternativas que le ofrece el art. 361 C.c., por adquirir la obra a cambio de una indemnización, y el

⁴⁸¹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Volumen segundo, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Novena edición, José María Bosch editor, Barcelona, 1994, págs. 463 y ss.

⁴⁸² Por contra la buena fe, tanto en el derecho histórico como en el actual, es incompatible con el dolo. Digesto (1,3,3): "*fides bona contraria est fraudi et dolo*".

constructor de buena fe está obligado a resarcir los daños sufridos por el propietario del terreno, cabe plantear la posibilidad que esta deuda del constructor generada por cometer un acto ilícito se compensara con la que tiene el propietario frente al constructor de buena fe por razón de los gastos realizados en la construcción. En efecto, tal y como señala el art. 1.195 C.c., *“tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra.”* Para que opere esta compensación será necesario que concurren los requisitos establecidos en el art. 1.196 C.c., a saber:

- Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.
- Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero
- Que las dos deudas estén vencidas
- Que sean líquidas y exigibles
- Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

En el caso de que se den estas circunstancias en el supuesto de hecho, según dispone el art. 1.202 C.c., la compensación produce el efecto de extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella acreedores y deudores.

Si el propietario opta por ceder el terreno al constructor a cambio de un precio, entendemos que el constructor también puede resultar obligado a pagar una indemnización de daños y perjuicios. En este caso no se produce compensación alguna entre el precio del terreno y el importe de la indemnización pues el constructor es deudor de ambos conceptos. Algunos Códigos sudamericanos, que contemplan la

posibilidad de cesión del terreno al constructor, aluden expresamente a la indemnización de daños y perjuicios⁴⁸³.

III) LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO DE MALA FE

La construcción en suelo ajeno de mala fe se encuentra regulada en los arts. 362 y 363 del Código civil. Así, mientras la regulación de la construcción en suelo ajeno de buena fe está contenida en un sólo precepto, el art. 361 C.c., el régimen jurídico de la construcción de mala fe se contempla en dos artículos que, por este motivo, han de ser analizados conjuntamente.

Según el art. 362 C.c.:

"El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización."

Por su parte el art. 363 C.c. establece:

"El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró."

⁴⁸³ art. 558 Código civil de Venezuela: "(...) el propietario puede pedir que la propiedad de todo se le atribuya al ejecutor de la obra, contra pago de una justa indemnización por su fundo y por los **daños y perjuicios** que se le hubieren ocasionado."

art. 726 Código Civil de Uruguay: "El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho (...) de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno **con los intereses legales** por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los **daños y perjuicios**. (...) "

1) Análisis histórico

En el Proyecto de 1851, el art. 405 tenía una redacción prácticamente idéntica al actual art. 362 C.c.⁴⁸⁴. Tan sólo cabe apreciar dos diferencias en el texto de ambos artículos. En primer lugar, en el Proyecto no se hacía referencia a la siembra. En segundo lugar, se utilizaba una fórmula más larga para negar el derecho a indemnización del constructor: *“sin que tenga derecho a reclamar a el dueño del suelo ninguna indemnización”*.⁴⁸⁵

El origen remoto del art. 362 C.c. se encuentra, tal y como señala Florencio GARCÍA GOYENA en su Comentario al art. 405⁴⁸⁶, en el párrafo 30, título 1, libro 2 de las *Institutiones*:

“Sed hoc casa materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare: et ideo licet diruta sit domus, materiam vindicare non potest.”

La disposición latina transcrita viene a decir que el propietario de los materiales pierde la propiedad de éstos porque se entiende que han sido enajenados por su voluntad, del mismo modo que no ignoraba que construía en terreno ajeno.

⁴⁸⁴ art. 405 del Proyecto de 1851: *“El que edifica ó planta de mala fe en terreno ageno, pierde lo edificado y plantado, sin que tenga derecho a reclamar á el dueño del suelo ninguna indemnización.”*

⁴⁸⁵ En el Proyecto de Código Civil de 1836, el precedente del art. 362 C.c. sería el art. 678: *“El que plantare o edificare en terreno ajeno con mala fe, pierde lo plantado o edificado y no tiene derecho a indemnización alguna.”*

⁴⁸⁶ GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, Edición Facsímil, Ed. Base, Barcelona, 1973, pág. 362.

Este párrafo de las “*Institutiones*” resulta particularmente interesante para la exégesis del art. 362 C.c. En efecto el texto normativo romano destaca dos elementos que se han obviado en el vigente Código Civil: por una parte el fenómeno de la transmisión de la propiedad de lo construido y, por otra parte, la actitud del constructor.

En la disposición citada de las *Institutiones* se especifica que lo que pierde el constructor es el derecho de propiedad sobre lo edificado. El legislador romano dio una explicación técnica a este suceso: la presunta transmisión voluntaria de esta propiedad, eso es, se presume el *animus donandi* del constructor⁴⁸⁷. Sin embargo, en algunos casos, aun habiéndose edificado a sabiendas de la ajenidad del terreno no se aplicaba la presunción de donación⁴⁸⁸.

Por lo que respecta a la actitud del constructor, en la disposición romana, a diferencia del actual art. 362 C.c., no se hace referencia al concepto de mala fe. Por contra, sí se alude al conocimiento por parte del constructor de la ajenidad del terreno, anudándose a esta

⁴⁸⁷ VINNIO, Arnoldo, *Comentario Académico y Forense a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, Tomo I, Barcelona, Imprenta de José Torner, 1846, pág. 261: “Aquel, empero que con materiales propios edificó con mala fe en terreno de otro, pierde la propiedad de los mismos, de modo que ni aun después de destruido el edificio puede vindicarlos. La razón de esto, dice Justiniano, insinuando a Cayo en la L.7 $\square$ ex diverso 12.h. tit. que es porque se considera que voluntariamente enagenó sus materiales, esto es, que los donó al dueño del terreno; siendo esta una presunción del derecho contra el que á sabiendas edificó en suelo ageno.”

⁴⁸⁸ VINNIO, Arnoldo, *Comentario académico y forense*, op.cit., pág. 261: “A pesar de esto, si hubiere alguna conjetura probable por la que pueda deducirse que, aunque a sabiendas, con todo, no edificó con ánimo de donar, no se le prohibirá que después de destruido el edificio pueda vindicar los materiales. Supongamos que uno edificó en una area agena que había comprado con buena fe, pero que al tiempo de edificar sabía que era de otro: negaré que en este caso lo hubiese hecho con ánimo de donar; pues tenía la esperanza de poder usucapir el area. Supongamos también que se ha edificado en un suelo litigioso: en este caso se dirá haberse hecho con objeto de defender su derecho y posesión, no con ánimo de donar. Supóngase por fin que ha sido un colono o inquilino el que ha edificado en un terreno arrendado: deberá decirse que esto se ha hecho con objeto de usar más cómodamente de la cosa arrendada, o para habitar en ella, no por haber querido dar los materiales al dueño. Con todo, aunque uno edificase con mala fe en terreno ageno, con materiales también de otro, es conforme a equidad que destruido el edificio se restituya la materia al primer dueño.”

circunstancia la consecuencia de perder lo edificado. A la luz de este precedente histórico, cabe concluir por lo tanto que la mala fe del art. 362 C.c. corresponde, en el texto romano, al conocimiento de la ajenidad del terreno. El concepto originario de mala fe es pues un concepto meramente “cognoscitivo”, relativo a la existencia o falta de un conocimiento.

Otro precedente del art. 362 C.c. es la Ley 42 del Título XXVIII de la Partida Tercera:

“Cómo pierde home el edeficio que face en heredit agena ó la mies que hi siembra á mala fe.

Qualquier home que labrase edeficio ó sembrase en heredit agena, aviendo mala fe, et sabiendo que non habie derecho de lo fazer; si despues deso fuese vencido en juicio del verdadero señor de la heredit, pierde todo quanto hi labró o sembró; e debe ser de aquel en cuyo suelo, o heredit lo fizo: et non puede, nin debe cobrar las despensas que hi hobiesse fechas, en razon de aquello que y labro de nuevo. Mas las despensas que ficiere en razon de los frutos en quanto toviese la heredit, bien las pueden descontar, quando hobiese a tomar al señor de la heredit los frutos, o la estimacion dellos. ”. 489

El texto de las Partidas se caracteriza por mantener rígidamente el principio romano *superficies solo cedit*, haciendo propietario de lo construido al dueño de la heredad sin necesidad de reintegrar al edificante los gastos realizados. Como excepción en las Partidas se establecía la posibilidad de reembolsar a quien realizó la edificación, plantación o siembra los gastos ocasionados para la producción de los frutos dado que éstos, en definitiva, revierten en favor del propietario del terreno. Tomando en consideración este precedente de las Partidas,

⁴⁸⁹ *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo II, op.cit., pág. 728.

algunos comentaristas del Código civil vigente lamentan que éste no contenga una disposición similar pues de este modo el art. 362 C.c. resultaría más acorde con el principio de *no enriquecimiento injusto* y con lo dispuesto en el art. 356 C.c. según el cual el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación⁴⁹⁰.

Por lo que respecta al art. 363 C.c. del vigente Código, éste no tiene concordante en el Proyecto de Código Civil de 1836, y en cambio coincide con el art. 406 del Proyecto de 1851⁴⁹¹. Ambos preceptos son similares, si bien con ligeras diferencias. El Proyecto sólo hacía referencia al edificante, y no al que plantare o sembrare. Por otra parte en el Código Isabelino se decía que el propietario “*podrá **pedir***” la demolición “*y la reposición*”, mientras que el actual art. 363 C.c. señala que el *dominus* “*puede **exigir***” la demolición “*reponiendo (...)*”. Parece por lo tanto que el Código de 1889 sanciona de forma más tajante la mala fe del constructor puesto que la demolición no es una mera petición futura sino una posible exigencia presente. Del mismo modo, la reposición de las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró no es un mero *desideratum* sino un presupuesto de la demolición.

2) Análisis sistemático: de nuevo una facultad de opción en favor del “*dominus soli*”

⁴⁹⁰ MUCIUS SCAEVOLA, Q, *Código civil comentado y concordado extensamente*, op.cit., pág. 327.

⁴⁹¹ art. 406 del Proyecto de 1851: “*El dueño del terreno en que se haya edificado con mala fé, podrá pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas á su estado primitivo á costa del edificante.*”

Los artículos 362 y 363 C.c., reguladores de la construcción en suelo ajeno de mala fe, hubieran podido fundirse en un sólo artículo, tal y como sucede en el art. 361 C.c. respecto a la construcción de buena fe⁴⁹². El art. 363 es en realidad un apéndice del art. 362 C.c.

Entre los arts. 362-363 y el art. 361 C.c. existe un cierto paralelismo, dado que en los dos supuestos contemplados, construcción de buena fe/ construcción de mala fe, la ley concede al *dominus soli* una opción legal, eso es una facultad de elección entre varias alternativas jurídicas⁴⁹³.

En el art. 361 C.c. las alternativas del propietario son, o bien adquirir la obra pagando una indemnización al constructor, o bien ceder el terreno al edificante a cambio de un precio. En el caso de construcción de mala fe, los términos de la opción serían, o bien adquirir la obra SIN pagar indemnización (art. 362 C.c.), o bien exigir la demolición del edificio a costa del edificante (art. 363 C.c.).

Se aprecia por lo tanto de nuevo en los arts. 362 y 363 C.c., y aun con más énfasis que en el art. 361 C.c., la voluntad del legislador de favorecer los intereses del *dominus soli* otorgándole el poder absoluto de decisión y colocando al constructor en una posición totalmente subordinada⁴⁹⁴.

⁴⁹² Incluso hubiera podido regularse el fenómeno de la construcción en suelo ajeno, tanto la de buena fe como la de mala fe en un mismo precepto, como hace el Código civil francés en su art. 555.

⁴⁹³ Sobre el concepto de *opción legal*, ver en este mismo Capítulo, el epígrafe 1) El artículo 361 del Código Civil, 3) *La opción del propietario del suelo*.

⁴⁹⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado y concordado extensamente*, op.cit., pág. 331: "Váyase observando, como dejamos advertido en otro lugar, las múltiples facilidades y cómodos recursos con que se trata de favorecer siempre, en cuestiones de accesión, al propietario del elemento principal, al dueño del suelo. Y en cambio, cómo se inventan expedientes contra el que lo es del elemento accesorio, sobre todo si incorpora éste al predio con mala fe."

3) La adquisición de la obra por el *dominus soli*

La primera alternativa del dueño del terreno ante una construcción de mala fe es adquirir la obra sin necesidad de pagar indemnización al constructor. El Código Civil por lo tanto sanciona la mala fe del constructor privándole de una indemnización a la que sí hubiera tenido derecho de haber obrado de buena fe.

Históricamente se ha justificado esta desventajosa posición del constructor de mala fe por la presunción de *animus donandi* en la persona que realizaba a favor de un tercero una atribución patrimonial que no debía⁴⁹⁵. Con el tiempo, esta presunción de donar ha ido desapareciendo y en algunos casos se ha admitido incluso el reembolso de los gastos⁴⁹⁶. Así, por ejemplo, en el art. 1158.3 del vigente Código Civil, en materia de pago del tercero, se admite la acción de regreso (*actio in rem verso*) en la medida en que el “*pago hubiese resultado útil*” al deudor⁴⁹⁷. Sin embargo, en el caso de construcción en suelo ajeno de mala fe, a pesar de que en los artículos 362 y 363 del vigente Código civil no se hace referencia a la presunción de donar, se ha mantenido la

⁴⁹⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, op.cit., pág. 577, “*El que edifica en el suelo ajeno y con materiales propios, si lo hizo con buena fe, debe recibir del dueño del suelo el valor de los materiales, atendiendo al principio de equidad, según el cual nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro; pero al que lo hizo de mala fe nada debe satisfacerse, como en pena de su atrevimiento y ligereza, reputándose que ha querido hacer una donación. Esta doctrina es la que puede deducirse de las leyes de Partida.*”

⁴⁹⁶ CARRASCO PERERA, Angel, “*Ius aedificandi*” y *accesión*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 154 y ss.

⁴⁹⁷ Este inciso proviene del Anteproyecto de 1882 que, a su vez, lo toma del art. 728 del Código Argentino. Sobre los antecedentes del art. 1158.3 C.c., HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, *El pago del tercero*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 99.

inviabilidad de la acción de regreso; el constructor no puede reclamar al *dominus soli* los gastos realizados⁴⁹⁸.

La indemnización es precisamente uno de los puntos que parece distanciar el régimen de la construcción en suelo ajeno del de las impensas posesorias. En efecto, el art. 362 C.c. no reconoce explícitamente al constructor de mala fe el derecho al reintegro de los gastos necesarios que por contra sí conceden los arts. 453 y 455 C.c. al poseedor de mala fe⁴⁹⁹.

El rechazo de abonar al edificante de mala fe los gastos tan sólo puede mantenerse si se adopta un concepto restringido de gasto necesario, eso es como aquél invertido exclusivamente para conservar el *status* actual de la finca⁵⁰⁰. Con esta definición, la construcción en suelo ajeno no puede considerarse como un *gasto necesario* pues aquélla implica una labor de transformación. Por contra si se admitiera un concepto más amplio de gasto necesario, entendiendo que también incluye los dispendios encaminados a garantizar la productividad de una finca⁵⁰¹, entonces sí cabría que el constructor de mala fe, pese a no tener indemnización propiamente dicha por imperativo del art.362 C.c., se resarciera de algunos gastos por aplicación del art. 455 C.c.

⁴⁹⁸ BASOZABAL ARRUE, Xabier, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, op.cit., pág. 332, "si el enriquecimiento ha sido impuesto de mala fe, la decisión del legislador es terminante (arts. 362, 279.I, 3882.II, 383.III, 487, 1.122.6º, 1.573 CC, art. 23.1 y 2 LAU): no hay derecho de compensación (la excepción, el art. 1.158.III CC)."

⁴⁹⁹ art. 453 C.c.: "Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor (...)."

art. 455 C.c.: "El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa(...)"

⁵⁰⁰ CARRASCO PERERA, "Ius aedificandi" y accesión, op.cit., pág. 152 y 153.

⁵⁰¹ Esta concepción amplia ha sido adoptada por ejemplo en las SSTs de 28 de febrero de 1968 y 4 de abril de 1968.

La posibilidad de que el constructor de mala fe pueda resarcirse de determinados gastos cuando el propietario decide adquirir la obra, vendría también amparada por el texto de preceptos concordantes al art. 362 C.c. en otros códigos⁵⁰². Así según el art. 555.3 del *Code*, tanto si el constructor actuó de buena, como si actuó de mala fe, el *dominus soli* debe resarcirle, bien de un importe equivalente al aumento de valor del fundo, bien del coste de los materiales o de la mano de obra⁵⁰³. Por su parte el art. 2589 del Código civil argentino, también exige al propietario que decide quedarse con la obra realizada de mala fe, reembolsar al constructor el valor de los gastos realizados⁵⁰⁴. Esta obligación de indemnizar se fundamenta en la prohibición de enriquecimiento injusto: nadie debe enriquecerse a costa de otro, aunque éste sea un hombre de mala fe⁵⁰⁵.

⁵⁰² En el Derecho Romano y en las Partidas también se permitía que el edificante de mala fe, si era poseedor del terreno, pudiera resarcirse de algunos gastos. Así lo pone de relieve SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de ampliación del Derecho Civil y Códigos españoles*, op.cit., pág. 351: "al poseedor que edificaba de mala fe, por equidad se le reconocía también derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios o útiles y aun el de reivindicar los materiales cuando se derribara el edificio, siempre que no se probase que tuvo intención de donarlos."

⁵⁰³ art. 555, párrafo 3º del Código Civil francés: "*Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit à son choix rembourser au tiers soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'oeuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.*"

VUILLAUME, M.F., *Commentaire analytique du Code Napoléon*, op.cit., pág. 148, considera, al comentar el art. 555 del Código civil francés sobre construcción en suelo ajeno, que si se trata de gastos necesarios la equidad exige que el poseedor, aunque sea de mala fe reciba el reembolso integral.

⁵⁰⁴ Art. 2.589 del Código civil argentino, sobre construcción en suelo ajeno de mala fe establece: "*Si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador. Pero si quiere conservar lo hecho, debe el reembolso del valor de los materiales y de la obra de mano.*"

⁵⁰⁵ MARCADÉ, V, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, Tome II, Cinquième édition, Paris, 1852.

4) La demolición del edificio a costa del edificante

Ante la eventualidad de que el propietario pudiera no estar interesado en la obra realizada, el art. 363 C.c. le permite exigir su demolición y la reposición de las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó.

En el caso de edificación en suelo ajeno de mala fe, el propietario del terreno puede por lo tanto evitar el efecto de la incorporación de la construcción al suelo, decretando la demolición del edificio. Esta posibilidad del *dominus soli* de contener el efecto típico de la *accessio* refuerza la idea mantenida en este estudio según la cual la regulación de la construcción en suelo ajeno en el Código civil español no corresponde al instituto de la accesión y que se rige por principios distintos, incluso antagónicos⁵⁰⁶. [C27]

La posible demolición de lo construido no era contemplada en el Derecho Común y fue adoptada en el ordenamiento jurídico español por influencia del art. 555 del *Code Napoléon*:

“Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l’alinéa 4, soit d’en conserver la propriété, soit d’obliger le tiers à les enlever.

⁵⁰⁶ Algunos autores han considerado que la falta de incorporación de lo construido al suelo en este supuesto demuestra que la accesión no es un instituto de derecho necesario. En la moderna doctrina francesa, LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, Tome II, “Les Biens. Droits Réels Principaux”, Editions Economica, Collection Droit Civil, Paris, 1997, pág. 402 señala “...l’enlèvement, qui ne peut avoir lieu que sur la demande du propriétaire du fonds, manifeste un refus de sa part de se prévaloir de l’accession, ce qui permet de comprendre, qu’au moins dans cette situation, elle n’est pas d’ordre public”.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds."

Tanto el Código Civil español como el francés señalan que es el constructor quien asume el coste de la vuelta al *statu quo ante*⁵⁰⁷. Es preciso poner de relieve que la diferencia entre el art. 361 C.c., relativo a la construcción en suelo ajeno de buena fe, y el art. 363 C.c. , respecto a la construcción de mala fe, no radica tanto en la posibilidad de demoler el edificio como en la atribución de los costes de esta demolición. El propietario del terreno puede por lo tanto demoler la obra aunque ésta haya sido levantada de buena fe. No obstante en tal caso deberá adquirir la obra pagando una indemnización al constructor y además asumir el coste de la demolición.

Otros cuerpos normativos, como pueden ser el BGB alemán o el art. 278 de la Compilación catalana, no contemplan el derecho a la demolición en sede de construcción en suelo ajeno. Esa omisión es suplida por la regulación en esos ordenamientos de la acción negatoria⁵⁰⁸.

Según el art.2 de la Ley catalana 13/1990 de *l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge*, la acción negatoria

⁵⁰⁷ Otros Códigos también inciden en esta característica. Así, el art. 557.1 del Código Civil de Venezuela, establece: "(...) en caso de mala fe, el propietario puede optar por pedir la destrucción de la obra y hacer que el ejecutor de ella deje el fundo en sus condiciones primitivas y le repare los daños y perjuicios.". El art. 936.3 del Código Civil italiano señala: "Se il proprietario del fondo domanda che siano tolte, esse devono togliersi a spese di colui che le ha fatte. Questi può inoltre essere condannato al risarcimento dei danni."

⁵⁰⁸ En el ordenamiento civil alemán véase el § 1004 BGB. Respecto al derecho civil catalán véanse los arts. 1 a 3 de la Llei 13/1990, de *l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge*.

tiene por objeto la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a una perturbación jurídica o material⁵⁰⁹. El paralelismo entre esta acción y el derecho del propietario concedido en el art. 363 C.c. es evidente: ambas figuras persiguen la vuelta al *statu quo ante*.

Así pues, cabe concluir que el art. 363 C.c. ampara la acción negatoria y que, en este sentido, concibe la construcción en suelo ajeno como una inmisión y no como una mejora. Como señala un destacado autor, lo que el CC está reconociendo en el artículo 363 es que la mala fe hace irrelevante el carácter mejoratorio de la labor, y que ésta recupera su significado primero de *Eingriff*, de inmisión en terreno ajeno, significado éste que el Código civil español tenía postergado cuando se trataba de un poseedor de buena fe y que deja de nuevo abierto ante la mala fe del constructor⁵¹⁰.

El art. 363 C.c. puede también relacionarse con los arts. 1.098 y 1.099 del Código civil. En efecto GARCÍA GOYENA en su comentario al art. 406 del Proyecto de 1851⁵¹¹, que es precedente del actual art. 363 C.c., señalaba que la facultad de pedir la demolición y la reposición de las cosas al estado anterior a expensas del que edificó se asemejaba a lo dispuesto en el art. 1.008 y siguiente⁵¹². Estos preceptos corresponden a los vigentes arts. 1.098 y 1099 C.c. El art. 1.098 C.c. dispone:

⁵⁰⁹ art.2.1 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge: "L'acció negatòria té per objecte la protecció de la llibertat del domini dels immobles i el restabliment de la cosa a l'estat anterior a una pertorbació jurídica o material."

⁵¹⁰ CARRASCO PERERA, Angel, "*Ius aedificandi*" y *accesión*, op. cit., pág. 165.

⁵¹¹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op.cit., pág. 363.

⁵¹² art. 1.008 del Proyecto de 1851: "Si el obligado a prestar algun servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará, si lo hiciere contraviniendo en el modo a lo pactado; y podrá admas decretarse la destrucción de lo mal hecho."

“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.”

Por su parte, el art. 1.099 C.c. establece: *“Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido.”*

Existe por lo tanto un paralelismo entre el art. 363 C.c. y los arts. 1.098 y 1.099 C.c., de forma que el fenómeno de la destrucción de una obra, contemplado en los preceptos citados, podría fundamentarse en el incumplimiento de una suerte obligación legal de no hacer: la obligación de no construir en suelo ajeno.

Por último, respecto a la demolición del edificio, cabe indicar que el Código civil español no establece un plazo para solicitarla. Por contra, en el Código civil italiano se establece un límite temporal de la demolición, en aras de evitar destrucciones extemporáneas e injustificadas. Así, según el art. 936.5 del *Codice*: *“La rimozione non può essere domandata trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell’incorporazione.”*

5) La responsabilidad extracontractual del constructor

art. 1.009 del Proyecto de 1851: *“Lo dispuesto en el artículo anterior, acerca de la destrucción de lo mal hecho, se observará también, cuando el obligado a prestar algún servicio que consista en no hacer alguna cosa, contraviniese a su obligación.”*

De nuevo se plantea la cuestión de la responsabilidad extracontractual del constructor, en este caso el de mala fe. ¿Puede el propietario reclamar al constructor que ha actuado de mala fe una indemnización por daños y perjuicios?

Cuando se analizó este tema respecto a la construcción en suelo ajeno de buena fe se concluyó que la construcción en suelo ajeno no legitimada constituye por definición un acto ilícito y que por lo tanto puede generar una responsabilidad siempre que se den los requisitos propios de ésta. Así se exige que se haya provocado un daño, que se de una relación causal entre el acto y el daño, y que se trate de un acto culposo. También se demostró que la buena fe no excluía la culpa y que por lo tanto el constructor de buena fe podía estar obligado a pagar una indemnización por daños y perjuicios, que podía, en su caso, compensarse con la indemnización por gastos que le debía el propietario.

Es necesario determinar ahora la relación entre la mala fe y la culpa. La culpabilidad supone jurídicamente la imputabilidad de un acto jurídico a su autor a título de culpa o dolo. Por su parte, la mala fe en la construcción significa que el constructor realizó un acto antijurídico- construir en suelo ajeno sin estar legitimado- siendo plenamente consciente de la antijuridicidad de su acto. La construcción en suelo ajeno de mala fe tiene por lo tanto un carácter intencionado, doloso.

Existe por lo tanto una sinonimia entre mala fe y dolo y una antinomia entre la buena fe y el dolo que también se aprecia en las fuentes del Derecho Romano⁵¹³. El que obra dolosamente, eso es,

⁵¹³ La *bona fides* en materia de contratos se oponía a la *mala fides* cuyas armas eran el fraude y el dolo. Digesto 1, 3, 3: "*fides bona contraria est fraudi et dolo*".

siendo consciente de la antijuridicidad de su acción, no puede ser considerado un constructor de buena fe. El constructor doloso es equiparado al constructor de mala fe y se le aplican los arts. 362 y 363 C.c. Por ello, en el caso de construcción de mala fe, el propietario del terreno podrá pedir siempre la indemnización por daños y perjuicios dado que, por definición, se trata de un acto doloso, y por lo tanto culpable.

Cabe recordar que *Code Civil* francés hace una mención expresa a la posibilidad de condenar al constructor a la indemnización de daños y perjuicios, por el daño ocasionado al propietario. Esta referencia a la responsabilidad extracontractual también habría de entenderse implícita en el ordenamiento jurídico español.

IV) LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO DE MALA FE Y LA MALA FE DEL DUEÑO DEL TERRENO

El art. 364 del Código civil español constituye una particularidad de nuestro ordenamiento pues introduce un nuevo parámetro regulador de la construcción en suelo ajeno: la mala fe del propietario del terreno. En otros ordenamientos por contra, la buena o mala fe del *dominus soli* es completamente irrelevante y tan sólo se toma en consideración la buena o mala fe del constructor⁵¹⁴. Por otra parte el art. 364 C.c. también resulta sorprendente pues establece una definición de la mala fe del propietario, cuando en los artículos precedentes, el Código civil no trata de definir la buena o mala fe del propietario.

⁵¹⁴ Así en el art. 555 del Código civil francés, o en el art. 278 de la Compilación catalana.

Según el art. 364 del Código Civil de 1889:

“Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.

Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse.”

1) Origen del art. 364 C.c.

Para la interpretación de este artículo resulta particularmente interesante hacer una referencia a su precedente en el Proyecto de 1851 y al comentario que realizó sobre éste Don Florencio García Goyena.

Decía el art. 407 del Proyecto de 1851:

“Cuando haya habido mala fe, no solo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ageno, sino por parte del dueño, se entenderá compensada esta circunstancia y se arreglarán los derechos de uno y otro conforme a lo resuelto para el caso de haber procedido de buena fe.

Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el edificio, siembra o plantación se hiciera a vista, ciencia y paciencia del mismo sin oponerse.”

Del análisis comparado entre el art. 364 del Código civil actual y el art. 407 del Proyecto de 1851 se desprende que una de las menciones del art. 407 que desaparece en el Código de 1889 es la de *“se entenderá compensada esta circunstancia”*. Precisamente GARCÍA GOYENA, en su

Comentario, destaca esta figura de la *compensación* de la mala fe recíproca y la considera el fundamento del precepto⁵¹⁵. En efecto, el origen del actual art. 364 C.c. se encuentra en el principio romano de la compensación de dolos: *"Si duo dolo malo facerint, invicem de dolo non agent."*⁵¹⁶[c28] Por otra parte, el art. 364 C.c. aunque no tiene un precedente concreto en las Partidas, puede considerarse como la expresión de la regla contenida en la Ley 25, Tit. XXXIV, Partida 7ª: *"el que se deja engañar entendiendolo, que se non puede querellar como ome engañado; porque non le fue fecho encubiertamente, pues que lo entendia"*⁵¹⁷.

La idea de fondo es, en definitiva, que el dolo del constructor se compensa con el dolo del propietario, destruyéndose ambos dolos. Ninguno de los dos sujetos puede reprochar al otro su dolo. Por ello el art. 364 C.c. remite a las reglas establecidas para los supuestos de construcción de buena fe, eso es, a las reglas del art. 361 C.c.

2) El concepto de mala fe del propietario

El supuesto de hecho del art. 364 C.c. es aquél en el que tanto el constructor como el propietario del suelo han obrado de mala fe: *"Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste (...)".* Para determinar la aplicabilidad de este artículo es por lo tanto necesario delimitar el concepto de mala fe.

⁵¹⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio, op.cit., pág. 363.

⁵¹⁶ Digesto Libro IV, Título III, Ley 36, Regla 154

⁵¹⁷ Así lo estima MUCIUS SCAEVOLA, Q., en *Código Civil comentado y concordado extensamente*, op.cit., pág. 333.

La mala fe del constructor ha sido estudiada cuando se analizaron los artículos 362 y 363 C.c. y puede definirse como la voluntad de realizar un acto antijurídico siendo consciente de la antijuridicidad de este acto. El constructor en suelo ajeno de mala fe realiza la obra sin legitimación alguna y a sabiendas de la ajenidad del terreno. En este sentido el constructor de mala fe actúa de forma dolosa y es susceptible de estar obligado a pagar una indemnización por los daños y perjuicios producidos.

Por contra, la mala fe del propietario es un concepto que no aparecía en los arts. 361 a 363 C.c. Se trata de un criterio que introduce el art. 364 C.c. y no sólo nominalmente, sino que establece una definición del mismo. Conforme a este precepto, la mala fe del dueño del terreno significa que la edificación se ha ejecutado a su *vista, ciencia y paciencia, sin oponerse*.

Para identificar el concepto de mala fe en el propietario del terreno según el art. 364 C.c. han de darse, por lo tanto, tres condiciones:

1. Que el dueño del terreno *vea* ejecutar la edificación
2. Que viéndola, se *haga sabedor o conocedor* de ella
3. Que presenciando su ejecución, *la tolere* , no la impida, no reclame contra ella. [c29]

Según estos criterios legales, la mala fe del propietario del terreno está directamente relacionada con unas determinadas CONDUCTAS del *dominus soli*. Se trata de un concepto de mala fe basado en el comportamiento y no en el mero conocimiento o estado cognoscitivo.

La llamada *mala fe del propietario del terreno* en el art. 364 C.c., no se corresponde por lo tanto con el concepto genérico de mala fe que se ha sostenido a lo largo de esta Tesis. Si la buena fe se predica cuando realizándose un acto antijurídico no se es consciente de esa

antijuridicidad, la mala fe se apreciará cuando se realice ese acto pero con consciencia de su antijuridicidad. El propietario al no oponerse a la edificación no está realizando por sí mismo un acto antijurídico sino que tan sólo tolera que lo realice otro sujeto.

Tampoco se encuentra en los criterios que establece el art. 364 C.c. para determinar la mala fe del propietario del terreno, el elemento subjetivo, cognoscitivo, propio de la buena fe: la creencia o la ignorancia de una circunstancia. La falta de oposición del propietario no denota un conocimiento o desconocimiento, sino tan sólo una falta de diligencia.

A la vista de esta desconexión entre el concepto de mala fe en la construcción, que se desprende de los arts. 361 a 363 C.c., y el concepto de mala fe del *dominus soli* que establece el art. 364 C.c. no se puede tratar de identificar ambos conceptos. La mal llamada *mala fe del propietario del terreno*, que se corresponde con la falta de oposición de éste a la obra, es un mero criterio normativo para determinar el régimen aplicable al supuesto de hecho concreto en el que el constructor ha obrado de mala fe y el propietario del terreno no se ha opuesto.

El régimen al que remite el art. 364 C.c. es aquél establecido para los casos en los que *hubieran procedido ambos de buena fe*. El art. 364 C.c. alude por lo tanto al supuesto de hecho en el que tanto el constructor como el propietario actúan de buena fe. Sin embargo, ese supuesto de hecho no está expresamente contemplado en ninguno de los artículos precedentes. El art. 361 C.c. regula la construcción de buena fe y los arts. 362 y 363 C.c., la construcción de mala fe. Ninguno de estos preceptos alude a la buena fe del propietario del terreno. Entendemos por lo tanto que la redacción del art. 364 C.c. es errónea. No habría de remitirse a los casos en los que *ambos* actúan de buena fe,

sino al supuesto en el que *el constructor obra de buena fe*⁵¹⁸. Así pues, en nuestra opinión, la remisión del art. 364 C.c. va referida al art. 361 C.c. que regula la construcción de buena fe, y habrán de aplicarse sus disposiciones.

Esta conclusión constituye un argumento más para demostrar que también resulta desafortunado utilizar el término mala fe del propietario para denominar las conductas enumeradas en el art. 364 C.c. Esa denominación es errónea en primer lugar porque no corresponde al concepto de mala fe en la construcción y en segundo lugar porque la mala fe del propietario no tiene antónimo. La buena fe del propietario es irrelevante como criterio normativo. Por otra parte, el concepto de buena fe del propietario no puede deducirse por la interpretación *a contrario* del art. 364.2 C.c. En efecto, si la buena fe del *dominus soli* se equiparase con la existencia de una oposición por parte del propietario, entonces el constructor nunca podría ser de buena fe pues el acto de oposición del propietario provoca que el constructor sea consciente de la antijuridicidad de su acción y sea considerado por lo tanto de mala fe. Adoptar el concepto de buena fe del propietario, a través de la interpretación del art. 364 C.c. *a contrario*, supone admitir que la buena fe del *dominus soli* lleva aparejada la mala fe del constructor.

3) De nuevo una opción a favor del *dominus soli*

En el caso de que tanto el constructor como el propietario actúen de mala fe, el art. 364 C.c. vuelve a ofrecer al *dominus*, a través de la

⁵¹⁸ El art. 407 del Proyecto de 1851, respecto al supuesto en el que tanto el constructor como el propietario actúan de mala fe, se limitaba a decir “*se arreglarán los derechos de uno y otro conforme a lo resuelto para el caso de haber procedido de buena fe.*” No se hacía referencia por lo tanto al supuesto en el que *ambos* obran de buena fe.

remisión implícita al art. 361, una facultad de optar entre varias alternativas.

Así pues, si el propietario demuestra la mala fe del constructor y éste logra demostrar a su vez la mala fe del propietario del terreno, conforme a los criterios enunciados en el art. 364.2 C.c., entonces el *dominus* habrá de optar por alguna de las facultades que le ofrece el art. 361 C.c.: o bien hacer suya la construcción pagando una indemnización, o bien ceder el terreno invadido a cambio de una contraprestación económica. En estos supuestos deberá entenderse aplicables los comentarios realizados cuando se analizó el art. 361 C.c. respecto al modo y el momento en que se producen las posibles transmisiones patrimoniales

Por contra, el propietario del terreno que, conociendo la obra, no se ha opuesto a ella, no podrá sancionar la construcción realizada de mala fe y, por lo tanto, no podrá pretender ninguna de las alternativas ofrecidas por los arts. 362 y 363 C.c.: exigir la demolición de la obra a costa del constructor, o bien adquirir la obra gratuitamente. La preclusión de las acciones protectoras de los arts. 362 y 363 C.c. en estos supuestos, se fundamenta esencialmente en la falta de diligencia del propietario⁵¹⁹.

V) LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO CON MATERIALES AJENOS

En el art. 365 del Código civil se regula un supuesto de hecho no contemplado en los artículos anteriores y que es delimitado con base en

⁵¹⁹ La regla del art. 364 C.c. también se ha relacionado con la doctrina de los propios actos. En efecto la pasividad del propietario del terreno puede interpretarse como una autovinculación, una ratificación del acto ilegítimo del constructor. Sobre este tema vid. CARRASCO PERERA, Angel, *Ius aedificandi y accesión*, op.cit., pág. 299 y ss.

el parámetro de la propiedad de los materiales de la construcción. Establece el art. 365 C.c.:

“Si los materiales, plantas o semillas pertenecen a un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá responder de su valor subsidiariamente y en el solo caso de que el que los empleó no tenga bienes con qué pagar.

No tendrá lugar esta disposición si el propietario usa del derecho que le concede el artículo 363.”

En el supuesto contemplado en el art. 365 C.c. el cuadro subjetivo es más complejo que en el de los arts. 361 a 364 C.c., pues en aquél intervienen tres personas: el dueño del terreno, el de los materiales y el que realiza la edificación.

El fundamento de este precepto radica una vez más en la prohibición del enriquecimiento injusto: se pretende evitar que el dueño del suelo se enriquezca a expensas de un tercero dueño de los materiales *que no ha procedido de mala fe* ⁵²⁰. Si el tercero no ha procedido de mala fe, según la expresión del art. 365 C.c., significa que ha obrado de buena fe, eso es, que ignoraba el hecho que sus materiales fueran utilizados para realizar una construcción en suelo ajeno. Se mantiene por lo tanto en el art. 365 C.c. el concepto genérico de buena fe, de carácter cognoscitivo o psicológico, que aparece en los arts. 361 a 363 C.c. Nada tiene que ver la *mala fe* a la que alude el art. 365 C.c. con la *mala fe* definida en el art. 364.2 C.c.

La responsabilidad frente al dueño de los materiales recae en primer lugar en el constructor, y subsidiariamente, en el caso de que

⁵²⁰ Así lo considera GARCÍA GOYENA, Florencio, op.cit., pág. 363, en su comentario al art. 408 del Proyecto de 1851, precedente del actual art. 364 C.c.

éste no sea solvente, en el dueño del terreno. Se entiende, según se desprende del art. 365.2 C.c., que esta responsabilidad subsidiaria del propietario del terreno tan sólo opera si éste opta por adquirir el terreno, bien pagando una indemnización al constructor que obró de buena fe (art. 361 C.c.), o bien de forma gratuita si el constructor actuó de mala fe (art. 362 C.c.)⁵²¹. Por contra, el dueño del terreno no es responsable subsidiario frente al dueño de los materiales si opta por demoler el edificio, pues en tal caso no se produce un enriquecimiento injusto⁵²².

Como comentario final puede decirse que el art. 365 C.c., que carece de precedentes remotos en nuestro ordenamiento, toma en consideración la posible intervención de un tercero de buena fe : el propietario de los materiales. Sin embargo la redacción de este artículo resulta incompleta pues si bien adopta el parámetro ético que caracteriza la regulación de la construcción en suelo ajeno, no hace referencia a la totalidad de supuestos que pueden plantearse y concretamente al caso en el que el tercero propietario de los materiales obra de mala fe.

VI) CARACTERÍSTICAS E IMPERFECCIONES DE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Puede apreciarse como el Código ha regulado la construcción en suelo ajeno otorgando en cada supuesto un importante poder de

⁵²¹ Otros Códigos, como el argentino, plantean el reembolso al constructor con un criterio similar al español pero en otros términos. Así según el art. 2.590 del Código argentino: *"Si el dueño de la obra la hiciere con materiales ajenos, el dueño de los materiales ninguna acción tendrá contra el dueño del terreno, y sólo podrá exigir del dueño del terreno la indemnización que éste hubiere de pagar al dueño de la obra."*

⁵²² GARCÍA GOYENA, Florencio, op.cit., pág. 364.

elección al *dominus soli*. Se trate o no de una construcción de buena fe, y, con independencia de cuál haya sido la actuación del propietario del terreno, éste tendrá siempre la posibilidad de optar entre dos alternativas. De esta constatación pueden derivarse varias conclusiones.

Nuestro Código Civil ha resuelto el conflicto de intereses que se plantea en los diversos supuestos de construcción en suelo ajeno, en favor del propietario del terreno al darle, en cualquier caso, el poder de decisión. Los artículos 361 a 364 C.c. son fieles al concepto romano del *dominus* entendido como sujeto todopoderoso en su tierra.

Por otra parte, el Código muestra, en los preceptos comentados, una flexibilidad loable. En cada uno de los supuestos, la ley ofrece la facultad de optar. De este modo la solución final del conflicto no es única e imperativa, sino existen varias alternativas posibles. Este modo de regular resulta particularmente interesante pues introduce el elemento volitivo en materias supuestamente de *ius cogens*. Tal como están redactados actualmente los arts. 361 a 364 C.c., es evidente que la única voluntad que tiene trascendencia es la del propietario del terreno, puesto que él detenta por ley el poder de decisión. Sin embargo, el carácter abierto y flexible de la regulación analizada, que tanta importancia da al principio de la voluntad, permite que puedan concebirse nuevas soluciones que se basen en ese elemento volitivo. Así cabría plantear la posibilidad de que ambas partes negociaran libremente una solución o de que el constructor pudiera optar por alguna de las alternativas que la ley ofrece siempre y cuando contara con la aceptación del propietario. Esta última hipótesis resulta especialmente interesante para encontrar un amparo legal a la figura de la *accesión invertida* (adquisición del terreno por el constructor), figura que se analizará en la última parte de esta obra.

A lo largo de este capítulo, se ha podido poner de relieve que los arts. 361 a 364 del Código civil plantean algunos interrogantes jurídicos.

En primer lugar, la regulación de la construcción en suelo ajeno en el Código Civil parece tomar en consideración tanto la buena y mala fe del constructor, como la buena o mala fe del propietario del terreno. En realidad este criterio es meramente aparente pues, como se ha demostrado, la buena fe del *dominus soli* es un parámetro irrelevante y tan sólo se valora la llamada *mala fe* del propietario del terreno que define el art. 364 C.c.. De este modo, existen dos regímenes principales: la construcción de buena fe (art. 361 C.c.) y la construcción de mala fe (arts. 362 y 363 C.c.)⁵²³. No obstante, si el constructor obra de mala fe pero el propietario del terreno, sabiendo que la edificación existe, no se opone a ella, el régimen aplicable es el del art. 361 C.c.

En segundo lugar en el sistema de los arts. 361 a 364 C.c. se echa a faltar una mención a las construcciones extralimitadas, eso es, aquéllas que se levantan en parte en fundo propio, en parte en fundo ajeno. Por contra otros ordenamientos jurídicos europeos sí regulan esta figura, tan frecuente en la práctica⁵²⁴.

Otra observación que se puede realizar al sistema del Código Civil, en materia de construcción en suelo ajeno, es que la determinación de la indemnización que el propietario del terreno ha de pagar al constructor se hace por la remisión a los arts. 453 y 454 C.c., en los que se regula la liquidación de estados posesorios. Esta técnica jurídica

⁵²³ El supuesto en el que el constructor actúa de buena fe y el propietario de mala fe no constituye una laguna legal. El art. 361 C.c. se aplicará siempre que el constructor obra de buena fe, con independencia de cómo actúe el *dominus soli*.

⁵²⁴ Así, por ejemplo, los párrafos 912 a 916 del BGB alemán, el art. 938 del Código civil italiano de 1942, el art. 674 del Código civil suizo o el art. 1343 del Código civil portugués. Sobre estos artículos vid. Capítulo 9 de esta obra.

no es muy segura y sería preferible regular el tema de la indemnización en la propia norma.

Finalmente, el concepto de buena y de mala fe del constructor, pese a constituir el eje vertebrador de la regulación, no es definido. Tan sólo se ofrecen unos criterios para apreciar la llamada *mala fe* del propietario del terreno en el art. 364 C.c. pero éstos no corresponden al concepto genérico de buena fe. Se trata tan sólo de un criterio normativo para determinar el régimen aplicable pero no es una definición de la buena fe. La buena fe en la construcción es una simbiosis de la buena fe subjetiva, entendida como la buena fe posesoria de los artículos 433 y 1950 C.c, basada en un conocimiento, y la buena fe objetiva, entendida como un cánón de conducta.

CAPÍTULO 7

*LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO
EN EL DERECHO CATALÁN*

El supuesto de la construcción en suelo ajeno no sólo está regulado en el Código Civil, sino que también cuenta con disposiciones específicas en el Derecho Autonómico. Así, resulta imprescindible analizar con detenimiento el artículo 278 de la Compilación Catalana, norma de profundas raíces históricas.

En la primera parte de este capítulo se estudia el contenido y significado del art. 278 de la Compilación. En segundo lugar se determina la aplicabilidad de los artículos del Código Civil en el territorio catalán, al tiempo que se establece un cuadro comparativo del precepto catalán y sus concordantes en el Código Civil. Finalmente, tras haber incidido en las deficiencias técnicas del artículo 278 de la Compilación, se apuntan nuevas perspectivas de regulación.

I) EL ARTÍCULO 278 DE LA COMPILACIÓN CATALANA

La compilación catalana regula expresamente la construcción en suelo ajeno en su art. 278, distinguiendo el supuesto de construcción de buena fe del de construcción de mala fe.

Según el artículo 278 de la Compilación:

“El qui amb bona fe hagi edificat, sembrat, plantat o romput en sòl d'altri podrà retenir l'edificació, la plantació o el conreu fins que l'amo reintegri, fianci o consigní judicialment el preu dels materials, llavors o plantes i dels jornals dels operaris, en la quantia que declari aquell que en pretengui la retenció, sens perjudici de les comprovacions posteriors. Aquell qui en edificar, sembrar, plantar o rompre hagi obrat de mala fe perdrà a favor de l'amo del sòl, l'edificació, la plantació o el conreu.”

1) El artículo 278 y la accesión

El artículo 278 de la Compilación se ubica dentro del Título Primero (*"De la tradició i de l'accessió"*) del Libro Tercero (*"Dels Drets Reals"*). A diferencia del Derecho Común español, en el que se contemplan diversos supuestos de accesión (de mueble a mueble, de inmueble a inmueble y de mueble a inmueble), el Derecho catalán limita la accesión al ámbito de la construcción, siembra o plantación en suelo ajeno.

Un elemento sorprendente de la normativa catalana actual es que el término *accesión* se anuncia en el Título pero no vuelve a aparecer en la regulación posterior, quedando, por lo tanto, como una institución enigmática y de dudoso significado. Tan sólo las personas expertas en Derecho y conocedoras de otros cuerpos normativos pueden relacionar la accesión con la regulación de la construcción en suelo ajeno.

El legislador catalán en el art. 278 de la Compilación ha aplicado estrictamente, sin decirlo, los principios propios a la accesión que se remontan al Derecho Romano: *accessorium sequitur principale* y *superficies solo cedit*. A tenor del precepto catalán, lo edificado, plantado o sembrado en un terreno pertenece *ipso iure* al dueño del mismo. Según el constructor haya obrado de buena o de mala fe se le otorgará o no un derecho de crédito frente al propietario por la cuantía de los gastos realizados.

Por lo que respecta a la naturaleza de los derechos que cada sujeto ostenta sobre los bienes, de la redacción del art. 278 se desprende que el *dominus soli* tiene un derecho real de propiedad sobre el suelo y el edificio, y el constructor tiene, siempre y cuando haya obrado de buena

fe, un derecho de crédito, garantizado, eso sí, con el *ius retentionis*⁵²⁵ sobre el bien.

2) El ámbito subjetivo de aplicación

El art. 278 de la Compilación proviene del Usatge “*Si quis in alieno*”. Sin embargo en este Usatge, a diferencia del artículo 278, que parte de la inexistencia de vínculo jurídico entre el edificante y el propietario del terreno, sí se contemplaba el supuesto en el que se da una relación jurídica de arrendamiento entre el propietario del suelo y el constructor.

Decía así el Usatge:

“Si algu en lo sol de altre de sa propria materia edificara casa, de aquell sie la casa de qui sera lo sol; pero si a bona fe haura edificat creent lo sol esser seu, poras retenir la casa fins que lo preu de la materia e lo loguer dels mestres li sie restituit. Mas si ab mala fe, sabent que edificava en sol de altre contra voluntat del senyor, es vist haver coratge de donar. Mas si per dret de loguer o de conductiones voluntariament, si sens culpa del senyor no forçant lo alguna necessitat, desamparara la casa, no cobrara lo preu de la materia ni lo loguer dels mestres: pero si per culpa del senyor o forçat per necessitat la casa desamparara, axi com per fam de aquella regio o per guerra o per oppressio de algun potent, lavors lo senyor es forçat de retre li lo preu de la materia, compensat si alguna cosa li deu per lo loguer de la casa; e qualsevol cosas qui sien ditas de aquell qui a bona fe e a mala fe

⁵²⁵ El contenido y significado de esta figura es desarrollado en líneas posteriores.

edifica, totas sien entesas de aquell qui sembra o planta o la silva infructuosa deneja."⁵²⁶

Para nuestro estudio interesa aquí solamente la primera parte del Usatge, eso es, la que se refiere al que construye, planta, siembra o rotura en suelo ajeno sin que exista ningún tipo de relación jurídica con el propietario de éste.

El art. 278 de la Compilación no hace mención a la condición jurídica del sujeto que edifica, utilizando una fórmula impersonal para referirse al constructor: *"El qui amb bona fe hagi edificat (...)".* En este punto, el Derecho Catalán sigue la técnica del Código Civil español en el que también se elude toda calificación jurídica del constructor⁵²⁷.

Uno de los problemas que se ha planteado la doctrina respecto al ámbito subjetivo del artículo 278 Comp., es si el edificante podía ser un poseedor natural o si había de ser un poseedor civil, eso es que

⁵²⁶ D'ABADAL I VINYALS, R. Y VALLS TABERNER, F. *Usatges de Barcelona*, Imprenta de la Casa Provincial de la Caritat, Barcelona, 1913. La traducción al castellano de este "Usatge" la encontramos en la obra de Pedro NOLASCO VIVES I CEBRIA.: *Si alguno con sus materiales edificar una casa en terreno de otro, será la casa de aquel de quien es el terreno; y si hubiese edificado de buena fe, esto es creyendo que el terreno era suyo, podrá retener la casa hasta que se le reintegre el precio de los materiales y la paga de los operarios; pero si con mala fe sabiendo que edificaba en terreno aheño contra la voluntad del dueño, se entiende que tiene la intencion de hacer donacion; pero si por derecho de alquiler o de arrendamiento voluntariamente sin culpa del dueño ni forzado por alguna necesidad abandonar la casa no recobrara el precio de los materiales, ni la paga de los operarios. Si desamparase empero la casa por culpa del dueño, o forzado por alguna necesidad como por hambre en el país, o por guerra, o por opresion de algun poderoso, entonces está obligado el dueño a devolverle el precio de los materiales compensándose si alguna cosa le debe por alquiler de la casa. Todas las cosas que se han dicho de aquel que edifica con buena o mala fe, las mismas se han de entender de aquel que siembra, o planta, o desmonta un bosque infructifero.*" (vid. "Textos Jurídics catalans", Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1989, vol. II, pág. 3.)

⁵²⁷ Por contra en el Derecho Histórico español se calificaba al edificante como un tercero poseedor, mención que desapareció en el Proyecto de Código Civil de 1851. Por su parte el Código Civil francés se refiere al constructor como al *tiers*, o *tiers evincé*, eso es, como poseedor.

disfrutara de la cosa con la intención de tenerla como propia⁵²⁸. Se trata sin embargo de una cuestión baladí puesto que la distinción no es más que una reminiscencia histórica, que sólo tiene interés a efectos de usucapión, pero que carece de trascendencia práctica en cuanto a la protección interdictal pues, tal como establece el art. 446 del Código Civil, todo poseedor goza de ésta.

El constructor del art. 278 Comp. es por lo tanto un poseedor no propietario del suelo sobre el que construye. Afirmado lo anterior, cabe señalar que de los preceptos del Derecho Histórico y de la literatura jurídica antigua, se desprende que el edificante es poseedor en concepto de dueño.

Al exigirse que el terreno sea completamente ajeno al constructor, que éste no ostente ningún tipo de título jurídico que legitime su actuación, se excluye, por definición, la aplicación del art. 278 Comp. al supuesto de la copropiedad. Así por ejemplo, en el caso de una construcción realizada en el subsuelo de un edificio constituido en propiedad horizontal, al constituir éste un elemento común, no procede aplicar la regla de accesión del art. 278 de la Compilación para que la Comunidad adquiera su propiedad, sino las reglas de consentimiento para acordar la "alteración" de un bien común⁵²⁹.

⁵²⁸ La diferencia entre posesión natural y civil viene establecida en el artículo 430 del Código Civil: "Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos." El Código recibe aquí claramente la influencia de la tesis de SAVIGNY sobre el corpus y el animus en la posesión: si se dan ambos elementos existe posesión, si falta el animus no hay posesión sino mera detentación. Con esta tesis se trataba de explicar la razón por la que la posesión gozaba en Roma de protección y la detentación no, como principio general.

⁵²⁹ Este es el supuesto de hecho de la STS de 13 de diciembre de 1985 que MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, comenta en CCJC, nº10, enero-marzo 1986, pág. 3299, en el que señala: "el artículo 278 de la Compilación presenta igualmente el mismo problema de su aplicación, pero agravado, puesto que en función de sus precedentes históricos exige que quien edifica, siembra, planta o rotura lo haga en propiedad "ajena" sin ningún título jurídico que legitime su actuación, con lo cual quedaría excluido el caso de la copropiedad."

En realidad, el ámbito subjetivo de aplicación del art. 278 de la Compilación viene determinado por un concepto clave: el de la buena y mala fe. Según el edificante actúe de uno u otro modo se le aplicará ora la primera parte del precepto, ora el último inciso.

3) El concepto de buena y mala fe

El concepto de la buena y mala fe constituye la piedra angular de la regulación de la construcción en suelo ajeno en el art. 278 de la Compilación. En efecto, las consecuencias jurídicas varían según el constructor haya obrado de uno o de otro modo.

Si actuó de mala fe, dice el precepto citado, el edificante *pierde* lo construido a favor del amo del suelo. Es interesante recordar que en el Derecho Histórico Catalán se presumía, en estos casos de mala fe, el *animus donandi* del constructor ("*es vist haver coratge de donar*")⁵³⁰, si bien, ya en la etapa codificadora esta presunción de donación desapareció y la regulación adoptó el criterio del equilibrio patrimonial entre las partes.

En caso de buena fe, también se sigue este principio de equilibrio, y la norma otorga al constructor un derecho de crédito frente al propietario que corresponde al importe de la inversión realizada (materiales, salarios de los operarios...). El art. 278 de la Compilación prevé, incluso, una garantía legal del crédito: el derecho de retención.

El problema es que la norma cita estos conceptos sin definirlos. Resulta útil remitirse en este punto al Derecho histórico catalán y a la

⁵³⁰ Véase en el Usatge citado *supra*.

opinión de la Jurisprudencia para tratar de establecer un concepto general.

3.1) El Derecho Histórico Catalán

Según el Usatge *si quis in alieno*, la buena fe consistía en la creencia de ser dueño del suelo (*"creent lo sol esser seu (...)"*)⁵³¹. Por contra, se apreciaba la mala fe cuando se edificaba conociendo la ajenidad del terreno y existiendo una voluntad contraria a la obra por parte del propietario (*"(...) si ab mala fe, sabent que edificava en sol de altre contra voluntat del senyor (...)"*). Así pues, cabe indicar que mientras la buena fe correspondía a un estado **cognoscitivo** (concepción *subjetiva* de la buena fe) del edificante (creencia/ignorancia), la mala fe del constructor consistía en un concepto que podemos denominar **fenomenológico** (concepción *objetiva*) puesto que, para poder ser apreciado, se exigía un comportamiento del propietario que denotara su voluntad contraria a la obra.

Los Doctores catalanes de la época apreciaban mala fe en el edificante cuando existía una denuncia de la obra por el *dominus soli*, denuncia que podía hacerse tanto mediante la presentación de documentos, ante testigos, como de viva voz⁵³². También se consideraba de mala fe al edificante que compraba el bien sabiendo que estaba sujeto a fideicomiso, o al edificante que iniciaba la obra después de principiado un pleito, o al usufructuario que realizaba un edificio

⁵³¹ Este mismo concepto fue el que también adoptó el Derecho Castellano en la Partida 3, Título 28, Ley 44.

⁵³² CANCER, Jaume, *"Variarum resolutionum iuris Universalis Caesarei, Pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae"*, Pars. II, Cap. VI Lugduni, 1712, folio n° 129, n°7; MARQUILLES, Jaume, *Commentaria super Usatici Barchinone*, Barchinonis J., Luschmer, 1505, folio n° 396.

nuevo o variaba el existente, a no ser que lo hubiera hecho a su utilidad, mediante la autorización del propietario⁵³³.

En cualquier caso, no procedía el análisis de la buena o mala fe si el *dominus soli* había autorizado al constructor para realizar la obra. En este supuesto no procedía la aplicación del Usatge *si quis in alieno*, pues se consideraba que le concedía la facultad de edificar⁵³⁴.

3.2) La opinión de la Jurisprudencia

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 1 de marzo de 1993, entiende que para que exista buena fe en el constructor basta que piense que su actuación es "*lícita y correcta*".

Tal situación se da cuando, aun conociendo el edificante la ajenidad del terreno, actúa con la *aquiescencia y aprobación del propietario del suelo*⁵³⁵. De este razonamiento jurídico, que la sentencia comentada fundamenta en el Derecho histórico catalán y concretamente en el Usatge "*si quis in alieno*", se deriva que el Tribunal Catalán ha adoptado el que antes hemos llamado *concepto*

⁵³³ BROCA, Guillermo M^a y AMELL, Juan, *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1880, pág. 173, señalan estos supuestos de mala fe inspirándose en la doctrina de CANCER.

⁵³⁴ BROCA, Guillermo M^a y AMELL, Juan, op.cit., pág. 174: "El dueño del terreno que consiente que alguien edifique en su solar sabiendo que es ajeno, no podrá reclamar la aplicación del Usatge y por consiguiente reivindicar el edificio, pues se considera que con ánimo de hacer una donación concedió la facultad de edificar."

⁵³⁵ Dice la STSJC de 1 de marzo de 1993: "como resulta de los precedentes de este artículo 278, la disposición que se encuentra en el libro VII, Título I, constitución única del volumen 1º de las Constituciones y otros Derechos de Cataluña, se considera constructor de mala fe el que hace la construcción en suelo ajeno con aquiescencia y aprobación del dueño del terreno, que con una actitud pasiva legitima la actuación de un

fenomenológico de buena fe y no el cognoscitivo. La buena fe no es la creencia errónea sobre la titularidad jurídica del terreno, sino el actuar sin la oposición del *dominus soli*.

En una Sentencia posterior, la de 29 de septiembre de 1993, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña adoptó sin embargo el *concepto cognoscitivo* de la buena fe, amparándose en los artículos 433 y 1950 del Código Civil que definen la buena fe posesoria. Señala el Tribunal que la buena fe tiene dos vertientes; una positiva, que consiste en la creencia de que se recibe la cosa por parte de quien puede transmitir el dominio, y otra negativa que equivale a ignorar la existencia de vicios que invalidan el título de adquisición. Por otra parte, destaca la sentencia, que con base al art. 435 C.c., cabe la mala fe sobrevenida y que por lo tanto, desde el momento en que se realizan actos que implican una posibilidad de conocer la invalidez del título, como puede ser un requerimiento notarial notificando la existencia de una anotación preventiva de demanda sobre la finca, cesa la presunción de buena fe.

Respecto a esta última sentencia citada cabe hacer los siguientes comentarios.

Por una parte, a nivel de argumentación jurídica, se aprecia una modificación del razonamiento adoptado por el Tribunal en la sentencia de 1 de marzo de 1993 para definir la buena fe; ya no hace referencia al Derecho Histórico catalán sino que se remite directamente a las disposiciones del Código Civil relativas a la buena fe posesoria. La remisión no parece muy afortunada dado que, sin dar explicación alguna, identifica la buena fe en la edificación con la buena fe en la posesión.

tercero sobre su propiedad, porque según la autorizada opinión de CANCER en este caso se presume que el propietario del terreno ha conferido la facultad de edificar".

Por otra parte, sin embargo, cabe indicar que, si bien las dos sentencias comentadas utilizan argumentaciones distintas, ambas llegan a una misma conclusión: *la buena fe en materia de construcción en suelo ajeno equivale a la falta de un acto de oposición por parte del propietario del terreno o de quien pretenda serlo*. En efecto, a partir del momento en que existe alguna manifestación contraria a la edificación por parte del propietario del suelo, el constructor es considerado de mala fe. Así pues, se podría concluir que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la Sentencia de 29 de septiembre de 1993, adopta también, implícitamente, para apreciar la buena fe, el criterio que denominamos *fenomenológico* u *objetivo*: la inexistencia de un acto de oposición por parte del *dominus soli*.

3.3) El ejemplo portugués

El Código Civil portugués de 1966 define la buena fe del constructor en la misma normativa de la construcción en suelo ajeno, adoptando tanto el criterio *cognoscitivo* como el *fenomenológico*. Según el art. 1340.4, se da la buena fe cuando el constructor desconoce la ajenidad del terreno, pero también cuando existe un acto de autorización por el propietario del terreno⁵³⁶.

Esta objetivización de la buena fe se ve reforzada por el art. 1343, en el que se regulan las construcciones extralimitadas. Tal precepto exige para apreciar la buena fe, la falta de oposición del propietario⁵³⁷.

⁵³⁶ art. 1340.4 del Código Civil portugués: “Entende-se que houve boa fé, se o autor da obra, sementeira ou plantação desconhecia que o terreno era alheio, ou se foi autorizada a incorporação pelo dono do terreno.”

⁵³⁷ art. 1343 Código Civil portugués: “Prolongamento de edifício por terreno alheio, 1. Quando na construção de um edifício em terreno próprio se ocupe, de boa fé, uma parcela de terreno alheio o constructor pode adquirir a propriedade do terreno ocupado, se tiverem decorrido tres meses a contar do início de ocupação, sem oposição do proprietário (...)”.

4) El derecho de retención

Como se señalaba anteriormente, el derecho de retención es el medio jurídico que el legislador catalán ha previsto para garantizar el crédito del constructor de buena fe frente al propietario. La particularidad del Derecho Catalán es que hace alusión al *ius retentionis* en el propio artículo 278 de la Compilación, mientras que en el Código Civil sólo aparece por remisión del precepto sobre construcción en suelo ajeno de buena fe (art. 361) al relativo a la posesión y al abono de gastos (arts. 453 y 454). Por su parte, el art. 555 del Código Civil francés no establece esta garantía que en cambio sí concedían las antiguas *Ordonnances*.⁵³⁸

La concesión del Derecho de Retención al constructor implica que, para el Derecho catalán, el propietario del terreno deviene propietario, *ipso facto*, de la edificación. Si el edificante ejercita su derecho de retención, es un poseedor no propietario de la construcción y el *dominus soli* es un propietario no poseedor.

⁵³⁸ Algunos comentaristas como DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens (De la propriété; de l'usufruit; de l'usage et de l'habitation)*, Tome Premier, Durand L Hachette et Cie, Paris, 1870, págs. 604 a 608, estiman que, si bien la antigua jurisprudencia concedía el derecho de retención, éste no se podía derivar de la letra del art. 555 del Code y que su otorgamiento queda a discreción de los Tribunales: "*comme après tout, ce droit de rétention ne repose aujourd'hui sur aucun texte, comme il n'est pas même fondé, en principe sur la vraie cause efficiente du droit de rétention, à savoir: la commune origine des deux obligations, nous admettons qu'il appartiendra aux magistrats d'ordonner que le possesseur délaissera l'immeuble même avant d'avoir reçu le paiement de ses indemnités*"

El derecho de retención del constructor puede ser enervado por el propietario mediante el reintegro del precio de los materiales, semillas, plantas y el importe de los jornales de los operarios; o también si afianza o consigna judicialmente el importe de dichos conceptos.

La Jurisprudencia estima que el Derecho de Retención subsiste aunque cambie el parámetro ético del constructor. Ello significa que el edificante de buena fe, aunque luego se convierta en uno de mala fe por existir un acto de oposición del propietario del terreno, tiene derecho a reclamar su crédito⁵³⁹.

En materia de Derecho de Retención es menester citar la **Ley catalana 22/1991 de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble**. Los artículos 3 a 7 de esta Ley regulan este derecho configurándolo como un derecho real de garantía, de forma que el retenedor se puede negar a restituir el bien retenido, no sólo ante el deudor, sino también ante cualquier tercero, hasta que no le haya sido totalmente satisfecho su crédito.

En la Ley se prevé que el importe del crédito garantizado sea fijado de forma unilateral por el retenedor comunicándolo notarialmente al deudor, teniendo este último un término de tres meses para oponerse judicialmente (art. 4.2). En realidad, este sistema de fijación de la cuantía debida, corrobora el establecido por el art. 278 de la Compilación para el caso de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno en el que se prevé el reintegro, fianza o consignación judicial del

⁵³⁹ STSJC de 1 de marzo de 1993: *"el derecho de retención ejercitado teniendo en cuenta unas construcciones hechas de buena fe en terreno ajeno, subsiste incluso después de que el propietario haya manifestado su voluntad de recuperar la posesión de las fincas, porque esta decisión del propietario ciertamente puede impedir que se consideren hechas de buena fe las construcciones realizadas sobre fincas de su propiedad después de que haya manifestado su oposición; pero parece bastante claro que no puede impedir la subsistencia del derecho de retención teniendo en cuenta unos hechos que según el derecho aplicable generan a favor del constructor un derecho de retención en garantía de unos créditos que tiene frente al propietario."*

precio “*en la quantia que declari aquell que en pretengui la retenció, sens perjudici de les comprovacions posteriors*”.

Por otra parte, en esta Ley, se refuerza la eficacia del Derecho de Retención como garantía mediante la posibilidad de ejecución forzosa notarial, evitándose así la lentitud y las dificultades de la reclamación judicial (art. 6).

Finalmente, para evitar que el bien quede indefinidamente retenido, se permite al deudor sustituir el derecho de retención del acreedor sobre la cosa por otra garantía real o por una fianza solidaria de entidad de crédito siempre y cuando éstas sean suficientes (art. 7).

Todas estas disposiciones de la Ley 22/1991 de Garantías Posesorias sobre cosa mueble, entendemos, son aplicables al supuesto de la construcción en suelo ajeno, pues según el art. 4 de la Ley, ésta se aplica a cualquier deuda a la que la ley otorgue expresamente el derecho de retención⁵⁴⁰. Precisamente, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el art. 278 de la Compilación prevé expresamente el Derecho de Retención.

5) Las deficiencias de la norma

De lo expuesto en este epígrafe, cabe concluir que si bien existe en el Derecho Catalán una norma específica sobre la construcción en suelo ajeno, ésta presenta varias deficiencias técnicas.

⁵⁴⁰ “*Les obligacions que originen el dret de retenció són: (...) e) Qualsevol altre deute al qual la llei atorgui expressament aquesta garantia.*”

En primer lugar, **a nivel sistemático**, resulta confuso tratar en un mismo Título la Tradición y la Accesión⁵⁴¹. Además, de la regulación tampoco se desprende con claridad la relación entre la accesión y el artículo 278 de la Compilación. En aras de la claridad de la redacción convendría, o bien prescindir del término accesión y limitarse a regular la construcción en suelo ajeno, o bien explicitar el significado de la histórica institución.

En segundo lugar, **el supuesto de hecho** de la norma plantea también algunos problemas. Por una parte, resulta obsoleto al regular al mismo tiempo la edificación, la siembra y la plantación. En los tiempos modernos, en los que el sector de la construcción es uno de los grandes motores de la economía, habría de plantearse una norma propia para la edificación en suelo ajeno. Por otra parte, no se detalla la condición jurídica del sujeto que realiza actos en el terreno ajeno: ¿puede tener alguna relación jurídica con el *dominus soli*, eso es, puede tratarse de un arrendatario, usufructuario, comodatario...? En nuestra opinión el art. 278 de la Compilación sólo se aplica en el caso de inexistencia de vínculo jurídico entre constructor y propietario, sin embargo, en un futuro habrían de regularse expresamente esos otros supuestos.

En tercer lugar, **el concepto de buena fe y de mala fe**, pese a ser el criterio clave de la regulación catalana, resultan indeterminados. La compilación no ofrece ningún tipo de definición ni en sede de accesión ni en ningún otro precepto de su articulado. Tan sólo el Derecho Histórico ofrece alguna luz a través del Usatge "*si quis in alieno*" y la doctrina de los Doctores Catalanes. Sin embargo la jurisprudencia ha realizado una interpretación parcial de los textos históricos y entiende que la mala fe consiste en construir existiendo un acto de oposición del dueño del terreno, la buena fe, a *contrario sensu*,

⁵⁴¹ El *Títol Primer. De la tradició i de l'accessió*, del *Llibre Tercer. Dels Drets Reals*.

se da cuando se actúa sin esa oposición del *dominus*. El TSJC, en definitiva, se ha apartado de la concepción subjetivista de la buena fe, basada en el conocimiento o ignorancia de titularidades jurídicas, para adoptar un concepto más objetivo, que llamamos *fenomenológico* pues se basa en un comportamiento concreto: la oposición a la obra por parte del dueño del terreno.

Finalmente, tampoco en la normativa catalana se regula el supuesto de las **construcciones extralimitadas**, eso es, aquéllas que se edifican en parte en terreno propio, en parte en terreno ajeno, aun siendo un problema frecuente en la práctica⁵⁴².

Del estudio realizado, se observa igualmente, que la moderna regulación portuguesa, en la que se define la buena fe y se contempla el supuesto de las construcciones extralimitadas, podría, en un futuro, constituir un modelo para el legislador catalán.

II) RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 278 COMP. Y LOS ARTÍCULOS 361 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1) De la aplicabilidad de los artículos 361 y siguientes del Código Civil en Cataluña

Tal y como ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el art. 278 resulta de aplicación preferente en territorio catalán respecto a los arts. 361, 362 y 363 del Código Civil español,

⁵⁴² Así, a título de ejemplo, cabe citar la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 6 de abril de 1998.

siempre y cuando se trate de una edificación realizada *totalmente* en suelo ajeno⁵⁴³.

La doctrina civilística catalana, basándose en el sistema de fuentes establecido en el art. 1 de la Compilación, ha proclamado la inaplicabilidad del art. 361 C.c. en Cataluña en los supuestos de construcción en suelo ajeno, al existir una norma propia como el art. 278 de la Compilación⁵⁴⁴.

Por contra, el art. 364 del Código Civil, sí es plenamente aplicable, en Cataluña. En efecto, el supuesto en el que tanto el constructor como el propietario actúan de mala fe, al no estar regulado en el Derecho Catalán, se soluciona acudiendo al Derecho Común, eso es, al art. 364 C.c.⁵⁴⁵. Según este precepto, en estos casos en los que

⁵⁴³ La sentencia de 22 de julio de 1991 declaraba: "(...) si la ejecución de sentencia demostrara que la edificación se hizo "en su totalidad en terreno del actor", el Derecho Civil de Cataluña, en el art. 278 de la Compilación ha de aplicarse con preferencia al 361 del Código Civil." Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTJC de 10 de mayo de 1993 y en la de 6 de abril de 1998 en las que se indica: " (...) l'article 361 C.c. que s'esmenta com infringit no constitueix dret vigent a Catalunya ja que resulta exclós per un precepte incompatible de Dret català, que és l'art. 278 CDCC, que no es limita a conformar un mer dret de retenció, sinò que regula, a més, els efectes jurídics de l'edificació de bona i mala fe en terreny d'altri".

⁵⁴⁴ MIRAMBELL ABANCO, Antoni, en su comentario a la STS de 13 de diciembre de 1985, op.cit., pág. 3299, critica la aplicación, al supuesto de una construcción de un pozo en suelo ajeno, de los arts. 361 C.c. y 278 Comp.: *En primer lugar es preciso hacer notar la inaplicabilidad del artículo 361 C.c. en Cataluña, ya que lo impide el art. 278 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña - ya no "especial" después de la reforma del texto compilado por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, aunque el Tribunal Supremo no se percate de ello-. El artículo 361 del C.c. no está vigente en Cataluña y pretender lo contrario es aplicar indiscriminadamente el Código Civil en Cataluña en contra de lo dispuesto por el artículo 1º de la Compilación Catalana.*"

⁵⁴⁵ En el caso de la STSJC de 22 de julio de 1991, el demandante recurrente estimaba que la sentencia de apelación había aplicado indebidamente el art. 364 del Código Civil ya que éste es incompatible con el art. 278 de la Compilación catalana. Sin embargo el Tribunal Superior declaró: *"la incompatibilidad no se produce y la aplicación del art. 364 del Código Civil en Cataluña viene avalada por la doctrina de los autores más significativos que, al tratar esta materia, consideraban que la eventual mala fe del constructor queda enervada en el supuesto de que la edificación se hiciera a la vista del dueño del terreno invadido sin que éste se opusiera, entendiéndose que hacía donación de la facultad de edificar. Pero este criterio, los autores modernos, con*

ambos personajes obran de mala fe, se produce una compensación de dolos, y se considera como si hubieran actuado de buena fe, aplicándose por lo tanto lo dispuesto en el art. 361 C.c.

La cuestión radica en saber si en Cataluña, cuando se da esta *mala fe compensada*, se debe aplicar el art. 361 del Código Civil o si, por el contrario, cabe entender que la remisión del art. 364 C.c. puede referirse al 278 de la Compilación. Mientras que algunas sentencias parecen inclinarse en favor de la primera tesis⁵⁴⁶, diversos autores han considerado que, dada la especificidad del Derecho Catalán en esta materia, convendría aplicar el art. 278 de la Compilación⁵⁴⁷.

Por lo que respecta a los supuestos de construcción extralimitada, de construcción *parcial* en suelo ajeno, al no estar éstos recogidos en el artículo 278 de la Compilación, tal laguna es colmada por los Tribunales recurriendo a la doctrina jurisprudencial de la *accesión invertida*⁵⁴⁸.

referencia al derecho actual lo consideran artificioso debiéndose aplicar el art. 364 del Código Civil."

⁵⁴⁶ STSJC 7/1991, de 22 de julio.

⁵⁴⁷ PUIG FERRIOL, Lluís, *Comentario al art. 278 de la Compilación*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXX, EDERSA, Madrid, 1987, pág. 10; NAVAS NAVARRO, Susana, *Acción de Deslinde y Acción Reivindicatoria. Problemática de las construcciones extralimitadas* (Comentario a la Sentencia del TSJC 7/1991, de 22 de julio), *La Llei*, T. 1991-2, pág. 750.

⁵⁴⁸ Así la STSJC de 22 de julio de 1991 señala: *"Esta doctrina aplicada para los casos de edificación parcial de buena fe en suelo ajeno, tanto en territorios de aplicación directa del Código Civil como en Cataluña, justifica la decisión tomada por la sentencia recurrida "si lo edificado se construyó en parte sobre terreno propio del edificante" teniendo, en este caso, el dueño de lo edificado derecho a adquirir la parte invadida mediante el pago de su precio y la justa compensación". Resulta curioso en esta sentencia, sin embargo, que la aplicación de la accesión invertida se realice invocando el art. 361 del C.c., dando a entender que tal precepto ampara aquella figura : "La sentencia impugnada (...) aplica correctamente el art. 361 del Código Civil en los casos de accesión invertida, cuando la invasión del suelo ajeno es parcial, esto es, en las llamadas "construcciones extralimitadas"."*

2) Diferencias con el artículo 278 de la Compilación

Como ya señalaba DURAN I BAS, la accesión es una de las escasas diferencias entre el Derecho Catalán y el Derecho de Castilla⁵⁴⁹. En efecto las divergencias entre el art. 278 Comp. y los arts. 361 y siguientes C.c. son varias, llegándose a decir que se trata de normativas incompatibles⁵⁵⁰.

La más evidente es quizás que el Código Civil dedica más artículos al fenómeno de la accesión en las edificaciones (artículos 361 a 365) que la Compilación Catalana (art. 278). En realidad, tal y como señala la doctrina, el precepto concordante con el art. 278 Comp. es el 453 del Código Civil, sobre liquidación de estados posesorios, y no el artículo 361 C.c.⁵⁵¹.

Por otra parte el Código Civil establece un sistema más complejo que el derivado de la norma catalana, ya que no sólo valora la buena o mala fe del constructor sino también la del propietario del terreno. Establece el Código por lo tanto un doble parámetro ético del que cabe deducir, en teoría, cuatro supuestos de hecho en forma de binomios: constructor y propietario de buena fe; constructor y propietario de mala fe; constructor de buena fe y propietario de mala fe; constructor de mala fe y propietario de buena fe. Este cuadro sin embargo no se refleja exactamente en el articulado y uno de los cuatro supuestos mencionados carece de regulación.

⁵⁴⁹ DURAN Y BAS, Manuel, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Imprenta de la Casa de Caridad, 1883, p. 105.

⁵⁵⁰ SSTJC de 10 de mayo de 1993 y de 6 de abril de 1998.

⁵⁵¹ CARRASCO PERERA, Angel, *Ius aedificandi y accesión*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 128.

Finalmente, la diferencia esencial radica en que el Código Civil, en su artículo 361, otorga al constructor de buena fe la opción de quedarse con la edificación a cambio de una indemnización o de forzar al constructor a quedarse con la franja de terreno invadido mediante el pago de un precio. Esta última posibilidad constituye una de las peculiaridades del sistema español puesto que supone la derogación del histórico principio *superficies solo cedit* y la admisión implícita de la moderna figura denominada *accesión invertida*.

III) NUEVAS PERSPECTIVAS DE REGULACIÓN: EL FUTURO CÓDIGO PATRIMONIAL CATALÁN

1) Una nueva interpretación de la accesión

Convendría que el legislador catalán, en los futuros proyectos de *Codi Patrimonial Català*, dotara a la accesión de un sustrato jurídico suficientemente fuerte para justificar su permanencia en los nuevos textos legales. Si no se logra su conceptualización, resulta preferible prescindir de esta institución y limitarse a regular de forma independiente aquellos supuestos que planteen mayor conflictividad en la realidad jurídica, como es el caso de la construcción en suelo ajeno. Así, por ejemplo, la *construcció en terreny aliè* podría constituir el título del conjunto de preceptos relativos a este tema, sin necesidad de mencionar la accesión como título genérico.

En efecto, a la luz de las disposiciones actuales, resulta difícil de extraer un concepto de accesión unitario. Historicamente la institución ha englobado supuestos muy heterogéneos⁵⁵² y que han sido recogidos

⁵⁵² En Derecho Romano se distinguía la unión de cosa mueble a cosa mueble (*ferrunatio, adplumbatio, acriptura, pictura, tinctura, textura*), la unión de cosa

en el Código Civil en las diversas secciones del Capítulo II *Del Derecho de Accesión* (arts. 353 a 383) del Título II *De la Propiedad*. La Compilación catalana, por contra, ha limitado el ámbito de la accesión al supuesto de la edificación, plantación o siembra en suelo ajeno.

La naturaleza jurídica de la accesión es también imprecisa y constituye, todavía hoy, objeto de debate por parte de los juristas. Para unos, fieles a los dictados de POTHIER, la accesión es un modo de adquirir el dominio, para otros, siguiendo la sistemática del Código Civil, es un derecho o, más bien, una facultad que se deriva del Derecho de Propiedad.

Existe, por lo tanto, en cuanto al contenido, significado y naturaleza jurídica de la accesión, una indefinición normativa que merma su sustantividad como institución al tiempo que plantea dudas sobre su utilidad práctica en nuestro ordenamiento⁵⁵³. La accesión no puede pervivir como mero *nomen iuris* para designar una pluralidad de casos de los que resulta difícil determinar el denominador común.

A nuestro entender, lo importante no es conservar un nombre vacío de contenido, sino destacar el fundamento y la naturaleza de la accesión. Como ya se destacó anteriormente, el fundamento es el principio de accesoriedad: *accessorium sequitur principale*. En cuanto a su naturaleza, la accesión es un atributo del derecho de propiedad. Sin

mueble a inmueble (la *satio*, la *implantatio*, y la *inaedificatio*) y la unión de cosas inmuebles (*avulsio*, *alluvio*, *ius alluvionum*, *insula in flumine nata*, *alveus derelictus*).

⁵⁵³ Como señala PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo III, vol. 1º, 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, págs. 381 y ss., "entre el incremento del derecho de propiedad por aluvión y la adquisición de una cosa en concepto de fruto separado, media una diferencia bastante considerable, la suficiente para poner a prueba la aptitud de aquel concepto genérico para servir de base eficaz al razonamiento jurídico". También, en el mismo sentido, PUIG FERRIOL en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXX, Edersa, Madrid, 1987, pág. 9: "Como puede de inmediato apreciarse, el Código Civil - bajo la denominación genérica de "accesión" o de "derecho de accesión"- contempla unos supuestos muy diversos, de lo cual resulta también la menguada utilidad que pueda tener una pretendida teoría general sobre la accesión."

embargo, consideramos que el derecho de propiedad, en lo que respecta a la accesión, ha de ser contemplado desde su vertiente económica. La esencia económica del derecho de propiedad consiste en detentar el *monopolio de explotación* de un bien. La accesión sería por lo tanto un *atributo del monopolio de explotación de un bien*. Así, si un propietario cediera ese monopolio a un tercero, la accesión beneficiaría a este último, y no forzosamente al propietario del suelo.

En definitiva, la teoría sobre la accesión que aquí se defiende sigue fundamentándose en el principio *accessorium sequitur principale*, pero deroga el denostado principio *superficies solo cedit*, al cambiar la valoración de lo principal, de forma que no siempre sea el *dominus soli* quien acceda a lo edificado⁵⁵⁴.

Esta concepción de la accesión puede considerarse moderna y útil para la sociedad actual por diversas razones. En primer lugar porque se introducen elementos de valoración económica. En segundo lugar por tomar en consideración el factor trabajo: la explotación del bien por el hombre. Finalmente porque permite dar un fundamento jurídico a figuras como la accesión invertida (adquisición del terreno por el constructor) que la Jurisprudencia aplica hoy en día para solucionar los problemas de construcción extralimitada.

2) Establecimiento de un concepto legal y unitario de buena fe

⁵⁵⁴ Respecto al anacronismo del principio "*superficies solo cedit*", véase el discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña de José María POU DE AVILÉS, *L'accessió invertida. Nous horitzons*, y la contestación de José Juan PINTÓ RUIZ, ambas en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº2, 1991, págs. 161 a 200.

Toda nueva regulación de la construcción en suelo ajeno que tenga en consideración el parámetro ético habrá de establecer el concepto de buena fe adoptado. Del estudio realizado se desprende que existe una tendencia actual, tanto en la jurisprudencia como en el Derecho comparado, a “objetivizar” la buena fe del constructor, de forma que ésta no se limita a un estado cognoscitivo (la ignorancia de una titularidad jurídica) sino que depende de la falta de un comportamiento por parte del propietario del terreno (la oposición a la obra).

Este nuevo concepto de la buena fe, que hemos denominado *fenomenológico*, ofrece la ventaja de ser un criterio objetivo. Por otra parte, sin embargo, obliga al *dominus soli* a ser diligente en la defensa de su propiedad y realizar actos de oposición a la obra.

3) Regulación del régimen indemnizatorio en la propia normativa.

Convendría que el sistema de indemnización al constructor fuera establecido en los mismos preceptos reguladores de la construcción en suelo ajeno, dada la especificidad del supuesto, evitándose así remisiones confusas a las normas sobre liquidación de estados posesorios.

4) Regulación de las construcciones extralimitadas

Ni la Compilación catalana ni el Código Civil regulan las denominadas *construcciones extralimitadas*, eso es, las levantadas en parte en suelo propio, en parte en suelo ajeno. Esta laguna legal resulta

hoy en día criticable al existir en países vecinos una regulación *ad hoc*⁵⁵⁵.

Hasta ahora los problemas de *construcción extralimitada* han sido resueltos por la jurisprudencia acudiendo a la figura de la *accesión invertida*⁵⁵⁶, llegando incluso a confundir ambos conceptos. Según esta teoría, el constructor adquiere el terreno sobre el que se ha extralimitado, siempre y cuando se den determinados requisitos, y pagando un precio al propietario.

El esfuerzo jurisprudencial por elaborar la figura de la *accesión invertida*, como solución a las edificaciones que se extralimitan en terreno ajeno, sin contar con un expreso amparo legal, es sin duda loable. Sin embargo, resulta urgente regular específicamente por ley estos supuestos por varios motivos. Por una parte porque la jurisprudencia no es, según el art. 1 del Código Civil, fuente del Derecho. Por otra parte porque, al establecerse con claridad los requisitos para que el constructor adquiera el terreno, se fortalecería la seguridad jurídica.

⁵⁵⁵ Así el Código Portugués contempla el supuesto en su art. 1343º:

– (*Prolongamento de edificio por terreno alheio*)

1. *Quando na construção de um edificio em terreno proprio se ocupe, de boa fé, uma parcela de terreno alheio, o construtor pode adquirir a propriedade do terreno ocupado, se tiverem decorrido tres meses a contar do inicio da ocupação, sem oposição do proprietario, pagando o valor do terreno e reparando o prejuizo causado, designadamente o resultante da depreciação eventual do terreno restante.*

2. *E aplicável o disposto no número anterior relativamente a qualquer direito real de terceiro sobre o terreno ocupado.*”

⁵⁵⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo que sentó las bases de esta teoría es la de 31 de mayo de 1949. La *accesión invertida* ha sido desarrollada posteriormente en múltiples sentencias, de entre las que cabe citar las más recientes como las de 11 de marzo de 1985, 23 de julio de 1991, 11 de junio de 1992 o 22 de marzo de 1996. Sobre esta última véase el Comentario por MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, en CCJC, n°42, septiembre-diciembre, 1996, págs. 891 a 899.

Cabe señalar que, si se adopta la concepción de la accesión, como atributo del monopolio de explotación, que se ha defendido en este estudio, la adquisición del terreno por el constructor no puede denominarse *accesión invertida*, pues no es una inversión de la accesión, sino que precisamente esta solución se basa en el propio concepto de accesión. El edificante *accede* al suelo por ser el titular del monopolio de explotación. Evidentemente, toda regulación sobre el particular, habrá de contemplar las causas que legitiman a ese tercero a ostentar tal monopolio y a beneficiarse de la accesión, para que no se esté amparando, en cierto modo, una expropiación contraria a los dictados del art. 33 de la Constitución española.

CAPÍTULO 8

ASPECTOS REGISTRALES

El fenómeno de la edificación tiene una innegable trascendencia registral. En primer lugar como hecho modificativo de la finca registral y en segundo lugar como objeto susceptible de derechos reales. La construcción en suelo ajeno puede tener su origen en un desconocimiento de la titularidad jurídica de la finca propiciada por las desconexiones que se producen entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, eso es entre la realidad jurídica y la realidad física de la finca. Por ello en este capítulo se estudiarán especialmente los mecanismos actuales para coordinar la realidad física y la realidad tabular. También se analizará, en una segunda parte, la figura de la declaración de obra nueva.

I) LA COORDINACIÓN ENTRE LA REALIDAD FÍSICA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Registro de la Propiedad es un registro de titularidades jurídicas y por ello la descripción de la finca se hace exclusivamente a efectos de determinar quién es su propietario y quiénes los titulares de derechos reales limitados sobre ella ⁵⁵⁷. El Registro de la Propiedad constituye la *representación jurídica* de los bienes inmuebles y derechos reales limitados. Por contra la *representación gráfica* de los inmuebles corresponde al Catastro. El Catastro, regulado por la ley de 23 de marzo de 1906, es definido como un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país, en el que se determinan las fincas, rústicas o urbanas, del mismo, mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica, al fin

⁵⁵⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª edición, José Mª Bosch editor, Barcelona, 1984, reimpresión de 1991, pág. 60.

primordial de tipo fiscal o tributario, y a los fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y civil⁵⁵⁸.

Como ha señalado la doctrina, pese a esta diferenciación funcional entre el Registro y el Catastro, existe un punto de conexión evidente: la finca. La finca es jurídicamente una unidad de dominio y su delimitación gráfica conlleva implícitamente una delimitación de propiedades⁵⁵⁹. El Registro y el Catastro son unas instituciones íntimamente relacionadas que precisan de una perfecta coordinación⁵⁶⁰: el Catastro ha de suministrar una exacta descripción de las fincas que constituyen la base física de los derechos y, a la inversa, los datos jurídicos que llegan al Catastro deben ser exactos.

En aras a esta coordinación entre el Registro y el Catastro el legislador ha introducido diversas disposiciones⁵⁶¹. Así, por ejemplo, en los expedientes de dominio (art. 201.2 LH) y en las actas de notoriedad (art. 203.3 LH) se exige la presentación de una *certificación acreditativa*

⁵⁵⁸ ROCA SASTRE, Ramón M^a, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, sexta edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 506.

⁵⁵⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*, op.cit., pág. 61.

⁵⁶⁰ La coordinación entre Registro y Catastro constituye un *desideratum* histórico. Ya en el Preámbulo del Proyecto de ley de reforma hipotecaria de 1909 se establecía: “conveniente hubiera sido, sin duda, atendido el carácter de esta ley, incluir en ella las oportunas reglas para relacionar el Catastro con el Registro de la propiedad, por la gran conexión que hay entre ambas instituciones, toda vez que, teniendo la primera por base la descripción física o material de los inmuebles, y constituyendo la segunda la historia jurídica de los mismos, una y otra se auxilian y complementan recíprocamente.”

⁵⁶¹ Sobre los antecedentes próximos a la regulación actual de las relaciones Registro-Catastro, ver MARTÍNEZ GARCÍA, Eduardo José, *Relaciones Catastro-Registro*, RCDI, n°641, julio-agosto, 1997, págs. 1378 a 1388. En este estudio se analizan entre otros textos normativos, el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, el Real Decreto 222/1987, de organización del Catastro o el Real Decreto 585/1989, de ordenación geográfica.

del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario, o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento ⁵⁶².

1) La Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Como acciones más recientes para lograr la ansiada coordinación entre las dos instituciones cabe citar las modificaciones introducidas por la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En la Sección cuarta del capítulo IV del Título I de esta ley (arts. 50 a 57) se regula la denominada "*referencia catastral*". Según se desprende del art. 50 de la Ley 13/1996, la referencia catastral de los inmuebles a que se refieren los arts. 62 y 63 de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales, debe figurar en los siguientes documentos⁵⁶³:

- Escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de transcendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles
- Contratos de arrendamiento de bienes inmuebles
- Expedientes y resoluciones judiciales o administrativas cuuya finalidad sea instruir o resolver procedimientos que afecten a esos mismos bienes.

⁵⁶² Sobre certificaciones catastrales ver Instrucción de 26 de marzo de 1999 de la DGRN (BOE 16 de abril de 1999).

⁵⁶³ En este epígrafe seguimos las explicaciones de GÓNZALEZ-MENESES ROBLES, Manuel, *La referencia catastral en los documentos inscribibles*, RCDI, nº641, julio-agosto, 1997, págs. 1365 a 1377.

- Documentos en los que se ponga de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles.

Por contra, no es necesaria la referencia catastral en determinados documentos como por ejemplo aquéllos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía.

Con el art. 50 de la Ley 13/1996, la constancia de la referencia catastral en los asientos registrales pasa a ser obligatoria⁵⁶⁴. Con esta medida se pretende, tal y como dispone el art. 54.11, el cumplimiento de los fines de esta ley y posibilitar el trasvase de la información entre el Registro y el Catastro.

Respecto al acceso al Registro de la referencia catastral cabe distinguir los siguientes supuestos: la constancia de la referencia catastral al practicar cualquier asiento en el Registro de la Propiedad en el que haya que describirse la finca; la identificación catastral como operación específica; la modificación de la referencia catastral inscrita y otra serie de operaciones como son la inmatriculación o las modificaciones en las superficies y alteración de linderos de fincas inscritas.

Respecto a la constancia registral de la referencia catastral, el art. 53 de la ley distingue dos supuestos. Si el Registrador, al calificar la documentación presentada, observa que de la misma resulta que la referencia catastral atribuida por los otorgantes en el documento inscribible se corresponde con la identidad de la finca y coincide con la del inmueble objeto del asiento, entonces deberá recoger en el mismo asiento la referencia catastral, como uno de los datos descriptivos de la

⁵⁶⁴ “La Referencia Catastral de los bienes inmuebles se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos previstos en la presente Ley.”

finca. Si por contra, con la documentación aportada, no se aprecia esa correspondencia entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, entonces sólo puede reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permiten inmatricular la finca.

Si, constando la referencia catastral en el documento presentado, el Registrador considera que esa referencia puede no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del asiento que se pretende, debe comunicarlo al Catastro mediante la solicitud de certificación o documento informativo. Si por contra, la referencia catastral no consta en los documentos a inscribir, el Registrador debe advertir, de forma escrita y expresa, al interesado la obligación de aportar los documentos de los que resulte la referencia catastral dentro del plazo de despacho del documento. Una vez transcurrido el plazo sin cumplirse dicha obligación el Registrador deja constancia del incumplimiento por nota al margen del asiento y al pie del título. En estos casos el Registrador debe comunicar al Catastro la identidad de las personas que han incumplido la obligación.

La identificación catastral puede constituir una operación específica solicitada por el titular registral. Si el titular aporta certificación catastral que describa la finca en los mismos términos de denominación, superficie y situación que los que figuran en el Registro, se hace constar la referencia catastral por nota al margen del asiento y al pie del título. En otro caso, la consignación registral de la referencia catastral sólo puede efectuarse mediante los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas.

A efectos de inmatriculación de fincas, el art. 53.7 de la Ley contiene una norma de importante trascendencia registral, según la cual: “ *En lo sucesivo no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si*

no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título”.

A modo de conclusión de este apartado sobre la "referencia catastral" cabe indicar que parte de la doctrina considera que se trata de una figura harto enigmática pues de su regulación no se desprende con claridad su naturaleza. Se plantea la duda de si se trata de un mero número de identificación catastral⁵⁶⁵ o de una descripción física de los inmuebles⁵⁶⁶. Ante las dificultades interpretativas que plantea la letra de la Ley 13/1996 y, teniendo en cuenta que la finalidad de sus preceptos es *"comparar la documentación referida a bienes inmuebles manejada por las distintas Administraciones Públicas"* ⁵⁶⁷, algunos autores entienden que la "Referencia Catastral" no es más que el establecimiento de una obligación formal en virtud de la cual en cualquier acto jurídico relativo a los bienes inmuebles ha de darse noticia de su situación catastral⁵⁶⁸. Con la introducción de la referencia catastral se consigue una mayor coordinación entre los datos

⁵⁶⁵ El número de identificación catastral (el "NIC") sería, respecto a los bienes inmuebles, una figura similar al número de identificación fiscal (NIF) utilizado para las personas.

⁵⁶⁶ ROZAS VALDÉS, José Andrés, "Impuesto sobre bienes inmuebles", en *Medidas fiscales para 1997*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 597 comenta: "[...] lo primero que se echa en falta al analizar este nuevo concepto, Referencia Catastral, es que no sabemos lo que es: no se define. Se explicita cuándo, dónde, por quién y cómo se habrá de hacer constar; se establece un régimen sancionador para el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con su aportación y unos prolijos deberes de comunicación para quienes ejercen funciones públicas relativas a los inmuebles. Pero no se define qué cosa sea la tal llamada Referencia Catastral. Se supone, parece obvio, que no es sino el número asignado a un determinado inmueble por las autoridades catastrales a los efectos de su identificación y valoración. Pero esta deducción tan sólo es eso: una suposición que admite prueba en contrario." En efecto, también cabe entender que se trata de un documento descriptivo, pues en algunos preceptos de la Ley, como en el art. 46.2, se utiliza la expresión "datos descriptivos del documento catastral" como sinónimo de "referencia catastral".

⁵⁶⁷ Ver la Exposición de Motivos de la Ley.

⁵⁶⁸ Así ROZAS VALDÉS, José Andrés, op.cit., pág. 598.

catastrales y los registrales y así una identificación precisa de los bienes inmuebles a efectos tributarios. Sin embargo algunos autores estiman que la medida resulta insuficiente a nivel general al no lograr resolver el problema de la desconexión entre la realidad registral y la extraregistral⁵⁶⁹.

2) El R.D. 1867/1998, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario

Las novedades introducidas por la Ley 13/1996 han requerido una modificación del Reglamento Hipotecario que se ha realizado a través del Real Decreto 1867/1998. En la Exposición de Motivos de este Real Decreto se establece:

“Como consecuencia de la reforma introducida en la Ley 13/1996, y siguiendo la línea de la necesaria coordinación entre la realidad física y la jurídico-registral, ha sido necesario adaptar la normativa reglamentaria relativa a las circunstancias descriptivas de las fincas, admitiendo la posibilidad de aportación de planos de identificación, considerando la descripción perimetral de la finca como el medio preferente de identificación y previendo la constancia registral de las referencias catastrales (artículo 51, reglas 1ª, 2ª, 3ª y 4ª). Al mismo tiempo se ha adaptado a la reforma legal la materia atinente a la inmatriculación de fincas y excesos de cabida, buscando al mismo tiempo la mejor coordinación del artículo 298 del Reglamento con el 205 de la Ley Hipotecaria.”

⁵⁶⁹ En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, Eduardo José, *Relaciones Catastro-Registro*, op.cit., señala en la pág. 1390: “la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social, por la que se modifica la Ley de Haciendas Locales, establece una relación más que una coordinación entre Registro y Catastro. Aunque se habla de coordinación, más bien del texto legal se deduce una cooperación a efectos exclusivamente fiscales (...). También cabe citar una de las conclusiones de su artículo, op.cit., pág.1403: “ Además de ser un principio jurídico, es una demanda social la coordinación Catastro-Registro y no sólo una colaboración fiscal.”

En este sentido, el art. 51 del Reglamento Hipotecario establece, respecto a las inscripciones extensas del art. 9 LH, unas detalladas reglas para lograr una exacta descripción de la finca objeto del derecho inscrito. Por su parte, el art. 298 RH exige, de conformidad con las disposiciones de la Ley 13/1996, que en el título público de adquisición con el que se pretenda la inmatriculación de una finca no inscrita, conste la referencia catastral de dicha finca. También se establece que al título debe acompañarse certificación catastral descriptiva y gráfica, de tales fincas, en términos totalmente coincidentes con la descripción de éstas en el título, de las que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente.

3) El art. 21 de la Ley del Suelo 6/1998

Otro de los problemas que se plantean en cuanto a la concordancia de los datos registrales con la realidad física, es la desconexión existente entre la publicidad urbanística y la registral. Para solucionar esta cuestión En la Ley del Suelo de 1998 se introduce un precepto clave: el art. 21. Esta norma, relativa a la *transmisión de fincas y deberes urbanísticos*, establece en su primer párrafo:

“1. La transmisión de fincas no modificará la situación del titular de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral,

siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real”.

Con este artículo la LS/98 pretende reforzar la publicidad de las limitaciones urbanísticas de una finca en proceso de urbanización a través del Registro de la Propiedad, de forma que estas limitaciones no se conviertan en unas cargas ocultas que generen inseguridad en el tráfico inmobiliario.

En los casos de transmisión de fincas, la actual ley del suelo mantiene el principio de subrogación forzosa en los deberes urbanísticos que había establecido el TRLS/92, si bien subordina esta subrogación al cumplimiento de unos determinados requisitos de publicidad registral. Así pues, el adquirente de una finca se subroga en las cargas y deberes urbanísticos del anterior propietario y en los compromisos que éste hubiera contraído con la Administración urbanística competente, siempre y cuando tales compromisos *hayan sido objeto de inscripción registral y se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real* ⁵⁷⁰. Con esta exigencia se pretende que el efecto subrogatorio se despliegue tan sólo respecto a aquellas limitaciones o cargas urbanísticas que sean públicas, eso es que puedan ser conocidas por terceros. Las cargas urbanísticas que se derivan de la ley o de los actos de ejecución del planeamiento tienen publicidad por estos medios, por contra las limitaciones urbanísticas nacidas de los acuerdos entre los particulares y la Administración, tan sólo pueden producir efectos contra terceros si son inscritas en el Registro.

La inscripción registral de los compromisos exigida en la LS/98 como requisito del efecto subrogatorio resulta imprescindible para evitar que los mismos devengan en cargas ocultas. Este tipo de cargas perturban inevitablemente el tráfico jurídico privado sobre los

inmuebles y encarecen por lo tanto, en la proporción de incremento de riesgo que representa cualquier carga oculta, el crédito territorial en el sector inmobiliario, que precisamente, dada la demanda existente de vivienda se haya especialmente necesitado de recursos financieros abundantes y del menor coste posible⁵⁷¹.

En el art. 21 se prevén, aparte de los condicionantes registrales para la eficacia del principio subrogatorio, otro tipo de medidas tendentes a otorgar una mayor información urbanística al adquirente de inmuebles. Así se exige que, en el caso de que se transmitan terrenos no susceptibles de edificación o con edificaciones fuera de ordenación según el planeamiento aplicable, esta condición se haga constar en el título de transmisión. En el caso de transmisión de terrenos en proceso de urbanización se han de referenciar los compromisos aún pendientes que el propietario hubiere asumido en orden a la misma. Finalmente, en el supuesto de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular, debe hacerse constar en el título la fecha de aprobación del planeamiento correspondiente y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes⁵⁷².

El art. 21 LS/98 prevé también un régimen sancionador para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de información y

⁵⁷¹ DÍAZ FRAILE, Juan María, *Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997*, RCDI, n°642, septiembre-octubre, 1997, pág. 1819.

⁵⁷² art. 21.2 LS/98: *En las enajenaciones de terrenos, deberá hacerse constar en el correspondiente título:*

a) *Si se tratare de terrenos no susceptibles de edificación o con edificaciones fuera de ordenación de conformidad con el planeamiento aplicable, su expresa situación a estos efectos.*

b) *Si se tratare de terrenos en proceso de urbanización, los compromisos aún pendientes que el propietario hubiere asumido en orden a la misma.*

c) *En el supuesto de terrenos de urbanizaciones de iniciativa particular, la fecha de aprobación del planeamiento correspondiente y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes.*

publicidad citadas. En este tipo de incumplimiento, no sólo no se produce el efecto subrogatorio respecto del adquirente o terceros poseedores posteriores, sino que además se reconoce al adquirente la facultad de rescindir el contrato en el plazo de un año desde su otorgamiento, así como la acción de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados⁵⁷³.

II) LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

La obra nueva supone en cualquier caso la alteración física de un terreno. Por obra nueva ha de entenderse no sólo los edificios sino cualquier obra que transforme las circunstancias materiales de la finca. Así, también son susceptibles de ingreso en el Registro de la Propiedad las variaciones del subsuelo de un edificio, como es el caso de los aparcamientos subterráneos o la instalación en el subsuelo de equipamientos comerciales o de ocio⁵⁷⁴.

Cuando se edifica sobre un solar ya inmatriculado, se produce entonces una *discordancia sobrevenida* entre los datos de hecho que constan en el folio registral y la realidad. La Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario contemplan la posibilidad de hacer constar la obra en el Registro a través de varios mecanismos que responden al nombre genérico de *declaraciones de obra nueva*.

⁵⁷³ art. 21.3 LS/98: “La infracción de cualquiera de las anteriores disposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, facultará al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de un año a contar desde la fecha de su otorgamiento y para exigir indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado.”

⁵⁷⁴ HERNÁNDEZ DE MARCO, Saturio, FERNÁNDEZ VERDUGO, Maria, *El art. 37.2 del R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: la declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad*, ADC, Tomo XLVI, Fasc. III, julio-septiembre, 1993, pág. 1404.

Tanto el art. 208 de la Ley hipotecaria como el art. 308 del Reglamento, relativos a la declaración de obra nueva, se ubican en el Título VI, cuya rúbrica es: *De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica*. Con estas normas se persigue por lo tanto garantizar la concordancia entre la realidad registral y la realidad extraregistral de forma que aparezca en el Registro la modificación de la finca como consecuencia de su edificación.

No obstante, cabe indicar que la declaración de obra nueva tiene una reglamentación que no se limita a la Ley y al Reglamento hipotecario. Así, a título de ejemplo, cabe citar como normas reguladoras los arts. 45 a 55 del Real Decreto 1093/1997, el art. 22 de la Ley del Suelo de 1998 o el art. 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999.

1) Naturaleza

La declaración de obra nueva es el título encaminado a hacer constar la existencia de la edificación en el Registro. Su naturaleza jurídica es controvertida. Para algunos se trata de una *constancia registral de puro hecho*, que no implica cambio jurídico ni tiene valor negocial⁵⁷⁵. Para otros, la declaración de obra nueva no es un mera descripción de las circunstancias físicas de la finca desprovista de trascendencia jurídica, sino un *negocio jurídico de individualización*, un título declarativo del dominio de la edificación y, como tal, inscribible, al

⁵⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco en *Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª edición, José María Bosch editor, Barcelona, 1984, Reimpresión de 1991, pág. 79, consideran la declaración de obra nueva como una mera narración fáctica, no constitutiva de inscripción sino tan sólo de inmatriculación. Citan la STS de 3 de octubre de 1979 que consideró que en el supuesto de escritura no negocial, la declaración de obra nueva "no comporta acto o negocio jurídico alguno, ni, por tanto, una verdadera expresión de voluntad con tal alcance, sino una simple narración fáctica".

amparo del art. 2 LH⁵⁷⁶. En este sentido, la declaración de obra nueva puede definirse como una declaración de voluntad productora de efectos jurídicos. Se trata en definitiva de un negocio jurídico unilateral de modificación registral, por el que el dueño o dueños de la obra declaran su voluntad de que aquélla ingrese en el Registro⁵⁷⁷.

Desde el punto de vista de la teoría registral, se trata de una modalidad de *inmatriculación* y no de una inscripción, pues la declaración de voluntad va dirigida a la identificación física de la finca⁵⁷⁸.

Por otra parte, cabe señalar que la declaración de obra nueva a parte de ser una institución registral inmatriculadora, se ha utilizado, en algunas disposiciones normativas, como instrumento de control de la legalidad urbanística. Así por ejemplo el art. 37 del TRLS/92, equivalente al art. 25 de la Ley del Suelo 8/1990, de 25 de junio, vinculó la declaración de obra nueva al cumplimiento de la legalidad urbanística. Con estas normas se pretendía evitar que tuvieran acceso al Registro edificaciones sin licencia e incumplidoras del ordenamiento urbanístico, y, de este modo, poner fin a los múltiples fraudes

⁵⁷⁶ En este sentido se pronuncian Rafael RAMOS FOLQUÉS, *"La regulación jurídico-registral de la edificación"*, R.C.D.I., nº318-319, noviembre-diciembre 1954, págs. 837 y ss. y Carlos HERNÁNDEZ CRESPO *"La accesión invertida"*, op.cit., págs. 739 y ss. ARNAIZ EGUREN, Rafael, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, pág. 567, señala *"desde el punto de vista civil, la obra nueva se entiende en dos sentidos. Como un hecho que determina la adquisición originaria por accesión de lo edificado por el dueño del suelo, conforme a lo dispuesto en los artículos 353 y 358 y siguientes del Código Civil, o como un negocio jurídico unilateral en el que dicho propietario manifiesta su voluntad de que el objeto del derecho adquirido conste en el Registro."*

⁵⁷⁷ CARRASCO PERERA, Angel, junto con otros autores, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op.cit., pág. 13.

⁵⁷⁸ La *inmatriculación* corresponde a la identificación fáctica de la finca como objeto de derechos, mientras que la *inscripción* se refiere a la determinación de los derechos que recaen sobre la finca. No obstante, como señala LACRUZ BERDEJO en *Derecho Inmobiliario Registral*, op.cit., págs.66 y 67, es ésta una diversificación teórica y formal que no aparece en la Ley Hipotecaria.

inmobiliarios que se realizaron en España en la década de los ochenta⁵⁷⁹.

2) Legitimación para otorgar la escritura de declaración de obra nueva

El legitimado para otorgar la escritura de declaración de obra nueva es el dueño del terreno, eso es, el titular de la finca registral. Se plantea entonces el problema del condominio sobre el suelo que el art. 208 LH no contempla, ¿puede uno sólo de los condueños otorgar la escritura de declaración de obra nueva? Parte de la doctrina y algunas RDGRN niegan esta posibilidad pues estiman aplicable en estos supuestos el art. 397 C.c. , que prohíbe que uno de los condueños realice alteraciones en la cosa común sin el consentimiento de los demás. Es necesario por lo tanto que todos y cada uno de los condueños otorguen conjuntamente la escritura⁵⁸⁰. Por contra, otros

⁵⁷⁹ ARNAIZ EGUREN, Rafael, *Aspectos civiles y registrales de la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, RCDI, noviembre-diciembre 1991, nº607, págs. 2157 a 2206.

⁵⁸⁰ CAMY SANCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. IV, Centro de Estudios Hipotecarios, Pamplona, 1971, pág. 308.

En cuanto a la jurisprudencia registral cabe citar la RDGRN de 11 de febrero de 1969 que, rectificando la de 19 de diciembre de 1917, exigió la concurrencia de todos los comuneros en la escritura de declaración de obra nueva. En el mismo sentido, la RDGRN de 17 de marzo de 1969, siguiendo a la de 20 de febrero de 1969, señalaba: *"Considerando que tal como se declaró en la expresada Resolución en base al artículo 397 del Código Civil que exige el consentimiento de todos los comuneros para hacer alteraciones en la cosa común y, además, a que la construcción de un edificio puede originar modificaciones sustantivas en la titularidad dominical del solar como resulta en los casos de los artículos 361 y 1.404 del Código Civil, o cuando los copropietarios no concurren a los gastos de edificación en la misma proporción en que son dueños del solar, aconsejan decidir que unánimemente comparezcan todos los condueños en la escritura en la que se describe la obra realizada para que resulten claramente determinados los derechos que a cada titular corresponden y puedan los libros registrales publicarlos para conocimiento de los interesados y terceros."*

autores entienden que un comunero puede declarar por sí sólo la obra⁵⁸¹.

Por contra, no parece estar legitimado para otorgar escritura pública el constructor pues la doctrina concibe la declaración de obra nueva como *"el acto formal por el que el titular de una finca registral determinada manifiesta estar construyendo o haber construido por sí, o en virtud de contrato de obras concertado con un tercero, un edificio concreto, con expresión de sus circunstancias descriptivas"*.⁵⁸² En efecto, en la actualidad el Derecho español no admite que el edificio pueda constituir una finca registral propia⁵⁸³. Por ello el constructor dueño de la edificación no puede otorgar la escritura de declaración de obra nueva pues no es el titular registral de la finca.

En el supuesto de construcción en suelo ajeno, el sujeto legitimado para otorgar la escritura de declaración de obra nueva es por lo tanto el *dominus soli*, como titular registral de la finca inscrita. Es a él a quien corresponde hacer constar esa modificación física del inmueble.

3) Requisitos de la declaración de obra nueva

Para determinar los requisitos de la declaración de obra nueva será necesario analizar las diversas normas reguladoras de la materia.

⁵⁸¹ CARRASCO PERERA, Angel, junto con otros autores, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op.cit., pág. 13.

⁵⁸² ARNAIZ EGUREN, Rafael, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, op.cit., pág. 567.

⁵⁸³ Por este motivo, señala CARRASCO PERERA, Angel, junto con otros autores, *Deerecho de la construcción y la vivienda*, op.cit., pág. 14, que la declaración de obra nueva no constituye técnicamente una *segregación* de la finca de origen. Eso es, con la declaración de obra nueva no se originan dos fincas registrales distintas, no se prooduce una modificación jurídica del título o derecho sobre el inmueble, sino una modificación exclusivamente física del inmueble.

3.1) Conforme a la normativa hipotecaria

La legislación anterior a la Ley de 30 de diciembre de 1944 no determinaba la clase de títulos que habían de presentarse para hacer constar en el Registro las nuevas edificaciones realizadas en una finca. Según la antigua Jurisprudencia de la Dirección General, no era necesaria la inscripción, porque lo edificado era cosa accesoria del suelo, e inscrito éste, se había de considerar inscrito aquello. Si el dueño aunque no tuviera necesidad, quería que constase en el Registro la nueva construcción, podía inscribirlo presentando documento auténtico en que se acreditara la edificación⁵⁸⁴.

De la legislación hipotecaria vigente se derivan cuatro procedimientos para hacer constar las construcciones nuevas en el folio registral de la finca en la que se levantan⁵⁸⁵. En primer lugar, la descripción ocasional de la obra nueva en los títulos que contengan un negocio jurídico relativo al inmueble. En segundo lugar, la descripción de la obra nueva en un título referente al inmueble, en el que se limite a hacerse constar la obra nueva. En tercer lugar, el otorgamiento de escritura pública descriptiva de la obra en la que el contratista se

⁵⁸⁴ Resulta sorprendente leer la opinión de determinados autores de la época reacios a exigir requisitos para la constancia de las edificaciones en el Registro, al considerar que se trata de un dato de mero hecho. Así cabe citar las palabras de RIBELLES ORTIZ, V., *Declaraciones de obra nueva y su inscripción en el Registro*, RCDI, nº 212, enero 1946, pág. 4: *"La presunción registral de exactitud ampara únicamente los datos jurídicos, no los datos de hecho del Registro, tales como los relativos a la extensión y la situación de una finca. (...) Las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de un modo inexacto o incompleto no producen inexactitud de éste en sentido técnico: no les alcanza la fe pública del Registro. (...) En su consecuencia, si el Registro no garantiza la existencia de la finca en la realidad de hecho, ni de sus características materiales tal como se describe en las inscripciones, no hay por qué exigir requisitos, garantías ni pruebas para acreditar dicha existencia en las escrituras de declaración de obra nueva para su inscripción en el Registro."*

⁵⁸⁵ CARRASCO PERERA, Angel, junto con otros autores, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op.cit., pág. 11.

declare reintegrado del precio de la obra. Finalmente, también se puede instrumentar la declaración de obra nueva mediante escritura pública descriptiva de la obra a la que se acompañe certificado del arquitecto director de la obra o arquitecto municipal acreditativo de que la construcción está al menos comenzada.

Según el art. 208 LH, *“Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal.”*

En el mismo sentido, el art. 308 RH señala: *“Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas, podrá efectuarse:*

1º Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora.

2º Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva, en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado del Arquitecto municipal acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida.”

Estas dos normas son sustancialmente idénticas, si bien existen ligeras diferencias. Así, por ejemplo la Ley Hipotecaria exige que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe *por el propietario* mientras que el Reglamento elude esta referencia al

propietario. Por otra parte, el Reglamento Hipotecario determina que el certificado del Arquitecto ha de acreditar que *la construcción está comenzada o concluida*, extremo que silencia la LH.

De los preceptos citados se desprende que la declaración de obra nueva consiste esencialmente en una descripción física del inmueble. Esta descripción se contiene en una escritura pública, ya sea como negocio jurídico independiente, ya sea como mención en otro tipo de negocio jurídico sobre el inmueble. Así por ejemplo, se considera cumplido el requisito de la declaración de obra nueva si en una escritura de permuta de solar por pisos futuros se describe el edificio futuro, o cuando en la escritura de división horizontal se describe el edificio en los términos del art. 8.4º LH⁵⁸⁶.

En el supuesto de construcción en suelo ajeno, la declaración de obra nueva ha de ser realizada en principio por el dueño del terreno. Esta declaración podrá hacerla a través de un negocio específico de declaración de la obra o con ocasión de alguno de los negocios jurídicos que realice por aplicación de los arts. 361 y siguientes del Código Civil.

Si el constructor obró de buena fe, el propietario debe optar entre adquirir la obra pagando una indemnización al constructor o bien ceder el terreno al constructor a cambio de un precio. El otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva por el propietario puede ser interpretado como una elección tácita de la alternativa de la adquisición de lo edificado. Si por contra decide ceder el terreno y esa cesión se instrumenta en escritura pública en la que se describe el edificio construido, ese documento público puede acceder al Registro como declaración de obra nueva. También puede darse el caso que el constructor devenga el propietario del conjunto del inmueble a raíz de

⁵⁸⁶ CARRASCO PERERA, Angel, junto con otros autores, *Derecho de la construcción y la vivienda*, op.cit., pág. 15.

este negocio de cesión del terreno pero que prefiera declarar la obra mediante un negocio específico de declaración.

Si el constructor obró de mala fe, el art. 362 C.c. permite al propietario adquirir la obra sin pagar indemnización. El propietario podrá por lo tanto declarar la obra nueva. Si por contra prefiere exigir la demolición del edificio a costa del edificante, conforme al art. 363 C.c., entonces no será necesario declarar la obra pues la constancia registral no se ajustará a la realidad física del inmueble.

Una de las críticas que se han levantado respecto a los arts. 208 LH y 308 RH es que no determinan expresamente la posibilidad de realizar declaraciones de obras nuevas meramente proyectadas.

También se ha criticado que estas normas erigen la declaración de obra nueva como una institución registral completamente desvinculada del ordenamiento urbanístico. En efecto, a tenor de estos artículos, una edificación sin licencia o disconforme con la legalidad urbanística tiene acceso al Registro mediante la declaración de obra nueva⁵⁸⁷.

3.2) Conforme a la normativa urbanística

3.2.1) El art. 37 del TRLS/92

La Ley 8/1990 y posteriormente el TRLS/92 , en su art. 37, vincularon la declaración de obra nueva al cumplimiento de la legalidad urbanística. En efecto, con anterioridad a esta disposición, las edificaciones, independientemente de si tenían o no licencia y de si

⁵⁸⁷ CORVINOS BASECA, Pedro, *La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n° 165, noviembre 1998, págs. 1262.

cumplían o no el ordenamiento urbanístico, accedían al Registro mediante la declaración de obra nueva, de conformidad con lo regulado en la legislación hipotecaria. Con esta normativa urbanística se configuraba la declaración de obra nueva no sólo como institución registral inmatriculadora, sino también como instrumento auxiliar de la disciplina urbanística.

Según el art. 37.2 TRLS/92: *"Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras."*

El art. 37 del Texto Refundido resolvió las principales críticas que se levantaban contra la legislación hipotecaria. Por una parte abría la posibilidad de inscribir obras dotadas de proyecto y de licencia aunque no se hubieran realizado operaciones materiales de construcción. Por otra parte, impedía que la declaración de obra nueva se realizara al margen de la legalidad urbanística.

El art. 37 planteaba sin embargo otros interrogantes. Uno de ellos estaba relacionado con la concepción del derecho de propiedad sobre lo edificado y su vinculación con la declaración de obra nueva. Otro, era el

relativo a los requisitos necesarios para obtener la inscripción de la escritura de declaración.

a) Adquisición de la propiedad de lo edificado

El TRLS/92 reguló la declaración de obra nueva en su art. 37 dentro del Título relativo al régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Como se sabe el Texto Refundido, en consonancia con la Ley 8/1990, concibió la propiedad inmobiliaria como un conjunto de facultades urbanísticas que se adquieren gradual y sucesivamente. En este sistema, el derecho a la edificación, eso es, la *incorporación de la edificación al patrimonio* del titular, se supedita al cumplimiento de los requisitos urbanísticos: construcción de la obra conforme a licencia legal y dentro del plazo señalada por ésta⁵⁸⁸.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, nadie ponía en duda que el dominio sobre lo edificado en un terreno se adquiría por accesión, independientemente de si la edificación se ajustaba o no al ordenamiento urbanístico. A partir de la Ley 8/1990 se planteó la cuestión de determinar la relación entre la normativa civil e hipotecaria sobre adquisición del dominio y la normativa urbanística.

⁵⁸⁸ Esta conclusión se deriva de lo establecido en los arts. 37.1, 40 y Disposición Transitoria Quinta del Texto Refundido de 1992. Dice el **art. 37.1**: "Adquisición del derecho a la edificación. -1. El derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística."

art. 40. Licencia ilegal y expropiación o venta forzosa.- 1: " La edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno. La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia."

Disposición Transitoria Quinta. Edificaciones existentes. 1 " Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular."

Un sector de la doctrina⁵⁸⁹ consideró que la Ley 8/1990, posteriormente incorporada al RDL 1/1992, había derogado en cierto modo el régimen de la accesión respecto a las edificaciones y consecuentemente la regulación de la obra nueva en la legislación hipotecaria. El dominio sobre lo edificado, a la luz de las nuevas disposiciones, se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1) . Por ello el art. 37.2 exige para autorizar e inscribir la declaración de obra nueva que se acredite el otorgamiento de la licencia y que se expida una certificación por técnico competente.

Al adoptar esta tesis, la corriente doctrinal mencionada otorgaba a la figura de la licencia de edificación una trascendencia extraordinaria. Ésta dejaba de ser un mero acto declarativo de carácter reglado para convertirse en un acto constitutivo, creador de un derecho⁵⁹⁰. Más que una autorización, la licencia correspondía a un acto cuasiconcesional y por ello ha de acreditarse su existencia ante el Notario y el Registrador.

Otros autores, sin embargo, consideraron que la nueva normativa urbanística resultaba intrascendente en el orden civil⁵⁹¹. Para

⁵⁸⁹ FUERTES, Mercedes, *Urbanismo y publicidad registral*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995. PAREJO GAMIR, R., *Perspectivas notariales de la nueva Ley del Suelo*, en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991, págs. 169 a 214.

⁵⁹⁰ En contra de este interpretación del acto de la licencia cabe citar las palabras de CARRASCO PERERA, Angel, en *Comentario a la STS de 5 de junio de 1986*, CCJC, nº11, abril-agosto, 1986, pág. 3711, "por la misma razón que una licencia administrativa no es un título de adquisición de derechos civiles en el sentido del artículo 609 CC, ni una limitación de situaciones dominicales activas en el sentido del artículo 348 CC, tampoco las normas civiles son susceptibles de servir de criterio para el control de legalidad de una licencia (STS, Sala 4ª, 14/V/1986)."

⁵⁹¹ En este sentido se manifestaba CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, *Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo*, RCDI, nº604, mayo-junio 1991, págs. 953 a 955. LLOVERA SAEZ, Francisco Javier, en *Manual de Derecho de la Edificación*, Instituto de Economía Pública y Cooperativa, Barcelona, 1989, pág. 195, "el derecho del propietario a edificar sobre su terreno, no lo concede la Administración. El propietario

compatibilizar la normativa civil e hipotecaria vigente con la regulación urbanística, interpretaron que en el art. 37 del Texto Refundido de 1992 había de distinguirse dos aspectos: en primer lugar el régimen de adquisición de la propiedad respecto a lo edificado, y en segundo lugar, los requisitos exigidos para la inscripción de la obra nueva en el Registro.

Respecto al primer punto, la legislación urbanística no ha afectado al régimen civil produciéndose la adquisición del dominio por las reglas del Código Civil sobre la accesión. Cabe citar, en este sentido, la interpretación que realiza el Registrador ARNAIZ EGUREN⁵⁹² del art. 37.1. distinguiendo dos nociones distintas: *adquisición* e *incorporación* al patrimonio. La primera, de carácter puramente civil, actúa en la esfera jurídica y supone la ampliación del objeto de la relación jurídica dominical a la obra edificada como consecuencia de la accesión. La adquisición del derecho de propiedad no está condicionada por los requisitos urbanísticos. Por contra la *incorporación* ha de entenderse como un resultado económico. De este modo la falta de licencia afecta a la *valoración del activo patrimonial del edificante, pero no a la inexistencia del derecho de propiedad.*

b) Requisitos del art. 37.2 TRLS/1992

El art. 37 del TRLS/92 distingue, en cuanto a los requisitos urbanísticos de la declaración de obra nueva, entre la obra terminada y la comenzada. En ambos casos se exige acreditar el otorgamiento de la licencia de edificación. Si la obra está concluida, se exige además la

ya lo poseía. La licencia es, simplemente, el reconocimiento de ese derecho, y un requisito previo para ejercerlo."

⁵⁹² ARNAIZ EGUREN, Rafael, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, op.cit., págs. 569 y 570. También mantiene la opinión de que la Ley 8/1990 no ha alterado el sistema civil de adquisición en *Aspectos civiles y registrales de la obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, op.cit., pág. 2189.

expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto para el que se concedió la licencia. En el caso de que la obra esté en construcción, la certificación del técnico competente debe acreditar que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia⁵⁹³. Posteriormente, el propietario debe hacere constar la finalización de la obra mediante acta notarial que incorporará la certificación de que la obra ha finalizado y que es conforme con el proyecto aprobado⁵⁹⁴.

Por lo que respecta a la licencia de obras, los Notarios y Registradores, según el art. 37.2 TRLS/92, controlan la conformidad de la declaración de obra nueva a la licencia obtenida, pero no deben controlar la legalidad de la licencia misma. Por otra parte, cabe señalar, que puede darse el caso de que el declarante de la obra nueva no se corresponda con el solicitante de la licencia de obras. En efecto, los Reglamentos de Servicios de las Corporaciones Locales consignan como una de las circunstancias propias de las licencias que éstas se otorgan “salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”⁵⁹⁵, por lo que

⁵⁹³ PRETEL SERRANO, Juan José, *La intervención del “técnico competente” del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, RCDI, nº607, noviembre-diciembre, 1991, pág. 2214, señala que la distinción entre el régimen jurídico de la obra concluida y la comenzada no tiene plena justificación. en definitiva *“la intervención del técnico lo es para dictaminar (palabra más exacta que la de certificar) que la descripción que el particular realiza de la edificación que va a construir coincide con el proyecto aprobado (supuesto de obra nueva en construcción) o que coincide con el proyecto aprobado y con la construcción realizada (supuesto de obra ya realizada).”*

⁵⁹⁴ Señala ARNAIZ EGUREN, Rafael, *Aspectos civiles y registrales de la obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, RCDI, nº 607, noviembre-diciembre 1991, pág. 2183, que la constatación registral de la conclusión de la obra previamente inscrita exige simplemente el acta notarial y no escritura pública, a diferencia de la declaración de obra nueva. CARRASCO PERERA, Angel, junto con otros autores, *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, op.cit., pág. 21, indica que no se trata de un acta de presencia ni de notoriedad, sino de protocolización (art. 211 Reglamento Notarial).

⁵⁹⁵ Así por ejemplo el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (Decreto 179/1995, de 13 de junio, DOGC junio de 1995, nº 2066). art. 73.1: *Les autoritzacions o llicències s'entenen atorgades, salvat el dret de propietat i sens*

es perfectamente legítimo que quien no sea propietario pueda pedir una licencia para terreno ajeno⁵⁹⁶. Por este motivo es posible que la construcción en suelo ajeno de los artículos 361 y siguientes del Código civil cumpla los requisitos de la legalidad urbanística (licencia y certificación) y que por lo tanto pueda ser declarada en el Registro de la Propiedad.

En cuanto a la certificación del *técnico competente*, el precepto legal no especifica qué tipo de titulación se requiere⁵⁹⁷. Ante el silencio legal se entiende que puede emitir certificación tanto el arquitecto que dirigió la obra, como el arquitecto proyectista, como incluso un arquitecto que no hubiera intervenido en el proceso de edificación⁵⁹⁸. También se ha admitido como técnico competente, el técnico municipal especialmente habilitado al efecto, o que por razón de su cargo tenga encomendadas funciones de control de legalidad urbanística ⁵⁹⁹.

perjudici del de tercer, i no serà necessari acreditar la titularitat davant l'administració per sol·licitar les, tret que l'atorgament pugui afectar la protecció i la garantia dels béns de titularitat pública."

⁵⁹⁶ LASO MARTÍNEZ, José Luis, *La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, RCDI, n°601, noviembre-diciembre, 1990, pág. 534.

⁵⁹⁷ PRETEL SERRANO, Juan José, *La intervención del "técnico competente" del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, op.cit., pág. 2218, señala que con esta norma el legislador ha querido eludir el problema de los conflictos de competencias entre los distintos Colegios Profesionales.

⁵⁹⁸ Por contra LASO MARTÍNEZ, José Luis, *La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, op.cit., pág. 531, considera que la determinación del técnico competente no puede estar desligada del que haya tenido a su cargo la responsabilidad de la ejecución de las obras, tanto porque éste es el que tiene un conocimiento efectivo de ellas, como por la necesidad de que quede predeterminada jurídicamente la legitimación inequívoca para certificar.

⁵⁹⁹ Así lo estima PRETEL SERRANO, Juan José, op.cit., pág. 2219. La misma opinión se mantiene en la RDGRN de 26 de febrero de 1996.

A modo de conclusión de este epígrafe puede señalarse que la finalidad de los requisitos, introducidos por la Ley 8/1990 y posteriormente recogidos en el art. 37.2 TRLS/92, para la autorización e inscripción de declaraciones de obra nueva era garantizar la colaboración de notarios y registradores en el cumplimiento de la legalidad urbanística⁶⁰⁰. De este modo se impedía el acceso al Registro de edificaciones ilegales o contrarias al planeamiento, sin que ello afectara a la propiedad que se hubiera podido adquirir sobre ellas conforme a las normas civiles.

3.2.2.) La Ley catalana 24/1991 de la vivienda

Las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en materia de vivienda. Con base en esta competencia muchas CCAA han reglamentado determinados aspectos de la declaración de obra nueva, como son sus requisitos y sus consecuencias urbanísticas. Así, por ejemplo, la Generalitat de Cataluña promulgó la Ley 24/1991 de la Vivienda, cuyo art. 14 reproduce prácticamente las disposiciones del art. 37 del TRLS/92:

Garantías para la inscripción. 1.- La descripción del inmueble en las escrituras públicas de declaración de obra nueva y de división horizontal se ajustará a los datos de la licencia.

2.- Los notarios y los registradores de la propiedad exigirán, para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de nueva obra y de división horizontal, que se acompañe la licencia de edificación y una certificación emitida por el técnico competente acreditativa de la

⁶⁰⁰ LASO MARTÍNEZ, José Luis, *La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, op.cit., pág. 526, "Con la exigencia de la licencia y la certificación tanto para inscribir las obras nuevas en construcción como las ya terminadas, el Registro de la Propiedad asume un papel central en el fortalecimiento de la legalidad urbanística, ya que todo el proceso urbanístico desemboca como punto final de llegada en la construcción."

finalización de la obra conforme al proyecto constructivo y las modificaciones del mismo debidamente aprobadas.

Tanto la licencia como las certificaciones antes citadas serán testimoniadas en las escrituras correspondientes.

3.- La declaración de modificación de la nueva obra cumplirá los requisitos que exige el apartado 2.

Como puede apreciarse, este artículo coincide en líneas generales con la disposición estatal. Sin embargo amplía el contenido del artículo 37.2 del TRLS/92 al ámbito del negocio de constitución de régimen de propiedad horizontal sobre el edificio construido.

3.2.3) El Real Decreto 1093/1997

Para complementar las disposiciones del TRLS/92 en materia registral se dictó el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

La doctrina ha criticado la inoportunidad de este Real Decreto⁶⁰¹ pues se promulgó con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que declaró inconstitucionales muchos de los artículos del TRLS/92⁶⁰², y con anterioridad a la

⁶⁰¹ GARCÍA MAS, Francisco Javier, *Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)*, RCDI, n°645, marzo-abril, 1998, pág. 318 y ss. , CORVINOS BASECA, Pedro, *La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n°165, noviembre, 1998, pág. 1281.

⁶⁰² No obstante la inconstitucionalidad no afectó a los preceptos del TRLS/92 que regulaban la obra nueva, eso es el art. 37 y la disposición Transitoria Quinta 1.

publicación de la nueva ley del suelo de 1998, en la que se elimina el sistema de adquisición gradual de las facultades urbanísticas que instauró la Ley 8/1990 y el TRLS/92. Para salvar su inadecuación temporal, en el Preámbulo del Real Decreto se pone de relieve que su contenido incide esencialmente en el ámbito registral, con independencia de las vicisitudes de la legislación urbanística⁶⁰³. Sin embargo, hubiera sido preferible que esta regulación reglamentaria se dictara tras la aprobación de la Ley 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones.

Uno de los objetivos principales de este Real Decreto es coordinar el Registro de la Propiedad con las acciones urbanísticas, para conseguir así una mayor adecuación de la realidad registral con al extrarregistral. Señala el Preámbulo del Real Decreto:

“La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelve en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante, si la acción urbanística y en sí misma provoca una alteración de las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez, es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser eficaz colaboradora a la actuación urbanística.”

⁶⁰³ Preámbulo del R.D. 1093/1997, de 4 de julio: “Así, aunque los preceptos que integran este Real Decreto se refieren a materias urbanísticas su contenido es exclusivamente registral, por lo que en cuanto a normas hipotecarias jurídico-privadas están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo. En tal sentido se ha procurado en el presente Real Decreto evitar las referencias concretas a la legislación urbanística, toda vez que la competencia para su elaboración está atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, salvo en las materias expresamente reservadas al Estado.”

En el Capítulo VI del Real Decreto, arts. 45 a 55, se establece una reglamentación de la declaración de obra nueva, que complementa el art. 37.2 del TRLS/92. En el Real Decreto se explicita el significado de los dos requisitos esenciales que establecía el art. 37.2 TRLS/92: la licencia y la certificación del técnico competente. En cuanto a la licencia de obras, en el art. 48.2 del Real Decreto se contempla el supuesto de la licencia concedida por silencio administrativo, conforme a las disposiciones de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por su parte, el art. 45 determina los requisitos descriptivos de la obra que deben constar en los títulos inscribibles: el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y si en el proyecto aprobado se especifica el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sean susceptible de aprovechamiento independiente. Estima la doctrina que todos estos datos descriptivos son los que ha de contener a su vez la certificación del técnico, tanto en las obras nuevas en construcción como en las construidas⁶⁰⁴.

El art. 50 especifica quién puede ser considerado como *técnico competente*, adoptando un criterio amplio. En primer lugar, puede considerarse como tal al técnico que hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación. En segundo lugar, al que tuviere encomendada la dirección de la obra. También se atribuye el carácter de técnico competente a cualquier técnico que mediante certificación de su colegio profesional respectivo, acredite que tiene

⁶⁰⁴ GARCÍA MAS, Francisco Javier, *Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)*, op.cit., pág. 323.

facultades suficientes. Finalmente, se considera competente al técnico municipal del Ayuntamiento que tenga encomendada esta función.

En cuanto a las obras en construcción, el art. 37 TRLS/92 exigía que con posterioridad a la declaración de este tipo de obras, el propietario hiciera constar la finalización de la obra en el Registro mediante acta notarial. Este punto es desarrollado por el art. 47 del Real Decreto. El art. 47.2 establece que además del titular registral pueden requerir este otorgamiento del acta aquellos que hubieran declarado la obra nueva en construcción, aun cuando hubiesen transmitido a un tercero el dominio en todo o en parte⁶⁰⁵. También están legitimados, en el caso de que la finca pertenezca a varios titulares *pro indiviso*, la mayoría de los partícipes, el Presidente de la Junta de Propietarios, si el edificio se hubiese constituido en régimen de propiedad horizontal o cualquiera de los cónyuges si el inmueble estuviese atribuido a su sociedad conyugal.

Como puede apreciarse en los artículos analizados del Real Decreto 1093/1997 la declaración de obra nueva se configura, al igual que en el art. 37.2 del TRLS/92, como un instrumento de control de la legalidad urbanística, exigiéndose aportar la licencia de obras y la certificación del técnico competente. No obstante ese control puede no realizarse sobre determinadas edificaciones si se cumplen los requisitos establecidos por el art. 52 del Real Decreto⁶⁰⁶. De este modo parece ser

⁶⁰⁵ Resulta lógico, en efecto, que el promotor o constructor, aunque hayan transmitido el dominio en todo o en parte, puedan estar legitimados para instar este acta.

⁶⁰⁶ art. 52 Real Decreto 1093/1997: *“Podrán inscribirse por el Registrador de la Propiedad las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas en las que concurren los siguientes requisitos:*

a) Que se pruebe por certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial, la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título

b) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante.

posible, a la luz de la disposición reglamentaria, que puedan tener acceso al Registro edificaciones ilegales, sin licencia o que no se ajustan a sus determinaciones, si han transcurrido los plazos de que dispone la Administración para adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística.

Esta posibilidad abierta por el Real Decreto podría fundamentarse en la postura que adopta respecto a la adquisición de las edificaciones. La norma reglamentaria zanja la polémica suscitada por el texto del TRLS/92 respecto a esta cuestión. Según se desprende del art. 45 del Real Decreto, éstas se adquieren conforme al régimen civil de la accesión⁶⁰⁷. La normativa urbanística no interfiere en la adquisición patrimonial de la obra. Tan sólo tiene incidencia a efectos de inscripción registral y de adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística. Este planteamiento ha sido criticado por parte de la doctrina que sostiene la necesaria interdependencia de las normas civiles y las urbanísticas⁶⁰⁸.

c) Que no conste en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.”

⁶⁰⁷ art. 45 Real Decreto 1093/1997: *“Inscripción de obras nuevas.- Los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. (...)”*

⁶⁰⁸ CORVINOS BASECA, Pedro, *La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística*, op.cit., pág. 1285, *“Así es difícil de mantener que se ha adquirido el dominio sobre una edificación construida en un terreno clasificado como suelo urbano urbanizable sin plan parcial aprobado, en el que no existan parcelas con los servicios necesarios para soportar la edificación. Piénsese también en una edificación construida en un suelo no urbanizable de especial protección, en el que esté prohibido expresamente cualquier uso constructivo. Evidentemente que existe la edificación pero no puede afirmarse que se haya adquirido el dominio sobre lo edificado. En estos casos, al no haberse adquirido el dominio no podrá practicarse la inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad. El hecho de que la Administración pueda demoler lo edificado sin indemnizar, en aquellos casos en que se incumplan los deberes y cargas impuestas por el ordenamiento urbanístico, refuerza el argumento de que el mero hecho de la construcción no determina la adquisición de lo edificado.”*

3.2.4) La Ley 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones

La Disposición Derogatoria Unica de la Ley del Suelo de 1998 derogó, entre otros muchos artículos, el art. 37 del TRLS/92. Así pues queda derogado el controvertido sistema de adquisición gradual de las facultades urbanísticas, y el derecho a edificar forma parte del contenido “natural” de la propiedad urbana (art. 13 LS/98). Con el nuevo texto legal desaparece el art. 37.1 del TRLS/92 y la polémica que suscitó respecto a si la adquisición de las edificaciones dependía de la licencia y el cumplimiento de las normas urbanísticas⁶⁰⁹.

Sin embargo, respecto a la declaración de obra nueva, la LS/98 acoge literalmente las disposiciones del art. 37.2 del Texto Refundido, en su art. 22:

“Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir , respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalizacióno de la obra conoforme al proyecto objeto de la misma.

Para autorizar e inscribir escritura de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación, expedida por técnico competente de quue la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada.

Tanto la licencia como las mencionadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.”

Por otra parte, según la Disposición derogatoria única de la LS/98, queda vigente la Disposición Transitoria Quinta 1 del TRLS/92:

“Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular. “

Del régimen legal actual de la declaración de obra nueva pueden sentarse las siguientes conclusiones. En la nueva ley del suelo, se mantiene la finalidad de colaboración de los notarios y registradores de la propiedad en el control de la legalidad urbanística, exigiéndose para la inscripción de la obra nueva el aportar la licencia de edificación y el certificado del técnico competente. Este control de legalidad urbanística es tan sólo exceptuado, conforme a la Disposición Transitoria Quinta 1 del TRLS/92, en el caso de edificaciones preexistentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990. Así pues, en la actualidad, el régimen excepcional establecido en el art. 52 del RD. 1093/1997 respecto al acceso al Registro de edificaciones que no cumplen los requisitos urbanísticos ha quedado sin cobertura legal, pudiéndose considerar como un precepto reglamentario *contra legem*⁶¹⁰.

3.2.5) La Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación

⁶⁰⁹ art. 37.1 TRLS/92: *“El derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística.”*

⁶¹⁰ Así lo estima también CORVINOS BASECA, Pedro, *La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística*, op.cit., pág. 1298.

La reciente Ley de Ordenación de la Edificación, establece en su art. 20, un nuevo requisito para la autorización y la inscripción en el Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de declaración de obra nueva de las edificaciones incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley⁶¹¹. Para poder inscribir la escritura de la declaración de obra nueva, se exige que se acredite y testimonie la constitución de las garantías relacionadas en el art. 19 LOE: la garantía anual, la garantía trianual y la garantía decenal.

La primera es un seguro que garantiza durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de la ejecución que afecten a elementos de terminación de las obras. La segunda, garantiza durante tres años el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad. Finalmente, la tercera garantía, asegura durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a los elementos estructurales del edificio y que comprometan directamente su resistencia mecánica y su estabilidad.

Según el art. 19.2 LOE, el constructor tiene la obligación de ser el tomador del seguro anual, y el promotor el de los seguros trianual y decenal. Sin embargo, el promotor puede pactar con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél. Los sujetos asegurados por estos seguros son el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo.

⁶¹¹ art. 20 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: *Requisitos para la escrituración e inscripción.*- 1.- *No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19.*"

En el texto de la nueva ley no se distingue entre declaración de obra terminada o declaración de obra en construcción. Ello significa que en ambos casos habrá de acreditarse la suscripción del contrato de seguro, con independencia del momento en el que éste despliegue sus efectos en función de si la obra está o no concluida⁶¹².

Con el art. 20 de la LOE, la declaración de obra nuevo no constituye tan sólo un instrumento de control de la legalidad urbanística, como se desprende del art. 22 de la LS/92, o del antiguo art. 37.2 del TRLS/92, sino también un medio de control de la seguridad y de la calidad en la edificación.

⁶¹² GARCÍA CONESA, Antonio, *La posición de Notarios y Registradores frente a la declaración de obra nueva*, Materiales de la Jornada sobre Incidencias de la Ley de Ordenación de la edificación en la promoción construcción, APCE, 9 de febrero de 2000: *“Donde la ley no distingue no lo debe hacer el jurista. (...) Es decir el art. 20.1 de la LOE utiliza la expresión “declaración de obra nueva”, sin distinguir entre obra terminada o en construcción. Por consiguiente, cabe entender que incluye a ambas, ya que si únicamente hubiera querido incluir así lo hubiera dispuesto expresamente. “*

CAPÍTULO 9

LA CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA

I- CONCEPTO

Se entiende por *construcción extralimitada* aquella edificación que sobrepasando los linderos de la finca propia invade la ajena. El conflicto de intereses se plantea entre un constructor, propietario de un terreno, y el propietario del terreno vecino. La propia definición pone de relieve la conexión de este supuesto con las normas sobre construcción en suelo ajeno y con las relativas a las relaciones de vecindad.

1) Diferencias con la construcción en suelo ajeno

De la descripción del supuesto de hecho que se ha establecido *supra*, se deriva que existe una diferencia física entre esta figura y la *construcción en suelo ajeno* regulada en los arts. 361 y ss. del Código Civil, puesto que en ésta la edificación se levanta totalmente en terreno ajeno⁶¹³. Por otra parte se aprecia una diferencia subjetiva: en la construcción extralimitada el promotor-constructor es propietario del fundo vecino, mientras que en la construcción en suelo ajeno de los arts. 361 y ss. C.c. el promotor-constructor no tiene forzosamente una relación jurídica con el terreno adyacente.

Existe también una diferencia en cuanto a la naturaleza jurídica de los dos actos. En la construcción en suelo ajeno ilegítima el constructor carece de todo título que le legitime para construir en ese terreno. En la construcción extralimitada, en cambio, el constructor ostenta el *ius aedificandi* sobre un terreno. Sin embargo, se extralimita en ese derecho e invade el terreno vecino. Podría plantearse, por lo

⁶¹³ El supuesto de la "construcción en suelo ajeno" no exige que la edificación ocupe la totalidad del terreno ajeno.

tanto, la posibilidad de configurar la construcción extralimitada como un supuesto de *abuso de derecho* del art. 7.2 C.c.⁶¹⁴

Sin embargo, tal y como se apuntó al establecerse la clasificación construcción en suelo ajeno/ construcción extralimitada en el Capítulo 2, existe una similitud esencial entre los dos supuestos: ambos implican una vulneración del derecho de propiedad de un tercero que ve usurpada una parte de su *monopolio de explotación*, y en este sentido ambos constituyen un acto ilícito.

2) Diferencia con la accesión invertida

Resulta importante, en este prolegómeno, incidir en el concepto y en la distinción de dos figuras jurídicas: la accesión invertida y la construcción extralimitada. En efecto, "*Construcción extralimitada*" y "*Accesión invertida*" no son sinónimos ni instituciones homologables, tal y como parecen entender algunos autores⁶¹⁵ o determinadas sentencias ⁶¹⁶.

⁶¹⁴ art. 7.2 C.c.: *La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*"

⁶¹⁵ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Vol. 1, 7ª edición, Jose María Bosch editor, Barcelona, 1991, pág. 312: *"Como, a diferencia del caso en el que lo construido lo adquiere el dueño del terreno (por ser éste la cosa más importante), en el presente ocurre al revés, es decir, que el terreno ajeno es adquirido por el dueño de la construcción, la figura (además de construcción EXTRALIMITADA) se denomina también por jurisprudencia [...] y por la doctrina accesión invertida o inversa."* ARCOS VIEIRA, Mª Luisa, *Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil: doctrina jurisprudencial*, Aranzadi Civil, enero 1997, nº17, pág. 12: *"a través de numerosas resoluciones, el Tribunal Supremo ha venido perfilando una figura carente de regulación legal, descrita como "accesión invertida" o "construcción extralimitada"."*

⁶¹⁶ A título de ejemplo cabe citar la reciente STS de 22 de marzo de 1996 en la que en el Fundamento de Derecho Primero se declara *"[...] una larga serie de sentencias de esta Sala, desde la de 31 de mayo de 1949 hasta las más modernas de 11 de marzo de 1985, 24 de enero de 1986, 23 de julio de 1991, 3 de abril de 1992 y 11 de junio de*

La *construcción extralimitada* corresponde a una situación fáctica: el hecho de que una edificación se encuentre en parte en suelo propio, en parte en suelo ajeno. Por contra la *accesión invertida* consiste en un mecanismo jurídico que permite solventar el conflicto de intereses creado en el supuesto de construcción extralimitada mediante la atribución de la propiedad del terreno invadido al constructor a cambio del pago de una indemnización, invitiéndose así el principio *superficie solo cedit*. Es cierto que existe una íntima conexión entre la construcción extralimitada y la accesión invertida, si bien tienen distinta naturaleza.

Se plantea la pregunta de si la relación *construcción extralimitada/ accesión invertida* es invariable o no: ¿todos los supuestos de construcciones extralimitadas se resuelven gracias al mecanismo de la accesión invertida? e, inversamente, ¿puede la accesión invertida aplicarse a supuestos distintos al de la construcción extralimitada?

El primer interrogante tiene una respuesta negativa. La accesión invertida no es aplicable a toda construcción extralimitada pues aquélla es concebida como un *beneficio* concedido al constructor de buena fe. En este sentido, la jurisprudencia ha elaborado un cuadro de estrictos requisitos que han de concurrir en la construcción extralimitada para que ésta goce de la accesión invertida: la buena fe en el constructor, el carácter indivisible de la construcción y que el valor del edificio sea superior al del suelo invadido⁶¹⁷. Si afirmamos, por lo tanto, que no

1992, han precisado los requisitos que deben concurrir par que se de la figura de la **accesión invertida o construcción extralimitada** [...]. Sobre esta Sentencia ver el Comentario de Chantal MOLL DE ALBA LACUVE en CCJC, nº 42, septiembre-octubre 1996, págs. 891 y ss.

⁶¹⁷ En cuanto a los requisitos cabe citar a título de ejemplo las SSTs de 26 de febrero de 1971, 15 de junio de 1981, 28 de mayo de 1985, 11 de junio de 1992 o 22 de marzo de 1996.

toda extralimitación en la construcción se resuelve gracias a la inversión del principio *superficies solo cedit*, será necesario reflexionar sobre las posibles soluciones jurídicas a estos supuestos no amparados por la accesión invertida.

Respecto a la cuestión de si la accesión invertida puede aplicarse a supuestos distintos al de la construcción extralimitada, puede darse una respuesta afirmativa. Por una parte se ha señalado que en el propio art. 361 c.c., relativo a las construcciones asentadas totalmente en suelo ajeno, también se da la figura de la accesión invertida cuando el propietario del terreno opta por ceder éste a cambio de un precio. Por otra parte, respecto a la extensión del ámbito de aplicación de la accesión invertida, también se ha planteado la posibilidad de adquirir derechos reales distintos al de propiedad mediante este mecanismo. Tal es el caso, por ejemplo, en las denominadas *extralimitaciones en las zonas de influencia dominical*, en las que la construcción se levanta enteramente sobre terreno propio del constructor pero infringiendo el régimen legal de las servidumbres, particularmente las distancias mínimas entre construcciones establecido en la normativa sobre servidumbre de luces y vistas (arts. 582 y 585 C.c.)⁶¹⁸.

II- LA CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1) La doctrina jurisprudencial de la accesión invertida

⁶¹⁸ Sobre el particular, ver SSTs de 10 de diciembre de 1980, 3 de abril de 1992. En contra de esta posibilidad se manifiesta la STS de 7 de noviembre de 1995. Para un análisis de estas sentencias, y otras sobre la materia, ver, ARCOS VIEIRA, M^a Luisa, *Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil: doctrina jurisprudencial*, Aranzadi Civil, enero 1997, n°17, págs. 11 a 31.

La doctrina y la jurisprudencia española han entendido, generalmente que la "*Construcción extralimitada*", a diferencia de la "*Construcción en suelo ajeno*", no se encuentra regulada como tal en nuestro ordenamiento civil y constituye por lo tanto una laguna legal⁶¹⁹. El artículo 361 C.c., cuyo supuesto de hecho contempla la construcción totalmente levantada en suelo ajeno, resulta en principio inaplicable..

En España la introducción de la *construcción extralimitada* como figura diferenciada de la *construcción en suelo ajeno* y con una solución propia se debe a la jurisprudencia. En este punto, resulta imprescindible comentar la famosa sentencia de 31 de mayo de 1949⁶²⁰, considerada como la precursora en aplicar la accesión invertida como solución al supuesto de la construcción extralimitada⁶²¹.

1.1) Los hechos de la STS de 31 de mayo de 1949

Los hechos básicos de este caso que enfrentó a *Arteaga y Echagüe* contra *Meermans de Page* fueron los siguientes. Don Humberto

⁶¹⁹ Ver, entre otros, DE LA PLAZA, Manuel: *Construcciones sobre suelo ajeno*, RDP, junio 1947, págs. 439 y ss.; LATOUR BRONTONS, Juan: *La construcción extralimitada*, RDP, marzo 1966, pág. 262; BONET BONET, Francisco: *Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho Positivo*, RGLJ, julio-agosto 1971, pág. 118; DÍEZ PICAZO, Luis, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pág. 277, "*La construcción extralimitada, es decir, de la construcción que se asienta en parte sobre terreno ajeno y en parte sobre terreno propio, constituye en nuestro Derecho Positivo una auténtica laguna legal, que hace inaplicable el precepto general del artículo 361 del C.c., pensado para una construcción totalmente levantada en terreno ajeno*".

⁶²⁰ R.A.: 721; Col. Leg. nº 90, pág. 1090.

⁶²¹ En realidad, la STS de 31 de mayo de 1949 no fue la primera en idear esta solución al supuesto de la construcción extralimitada, ya la STS de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho a hacer suyo el suelo invadido por lo edificado con extralimitación mediante el pago de su precio.

Meermans de Smet, dueño en pleno dominio de una finca denominada "Los Mártires" y de otra llamada "Museo de los Mártires" vendió a su sobrino Don Humberto Meermans de Page, una parcela segregada de la finca "Los Mártires", parcela que se encontraba totalmente enclavada dentro del perímetro de la finca matriz. Con conocimiento y aquiescencia del vendedor, el comprador, eso es, el sobrino D. Humberto Meermans de Page, construyó en parte sobre la parcela comprada, pero en parte importante también sobre la finca matriz "Los Mártires" un hotel que por su situación, finalidad y arquitectura era materialmente indivisible. También construyó sobre terreno de la finca de su tío algunos accesorios del hotel, como el garaje, el campo de tenis y una caseta para los jugadores. Posteriormente, D. Humberto Meermans de Smet vendió a D. Joaquín Arteaga y Echagüe, duque del Infantado, las dos fincas contiguas denominadas "Los Mártires" y "Museo de los Mártires", haciendo constar en la escritura de venta que sobre el terreno de las expresadas fincas había construido su sobrino "parte de un edificio destinado al hotel de viajeros y algunas otras edificaciones, por tolerancia del exponente y de buena fe". El duque del Infantado formuló demanda pidiendo en ella, entre otros extremos, que se declarase su derecho a adquirir todo lo edificado sobre el suelo de su propiedad. El demandado, por su parte, formuló reconvención pidiendo que se declarase que el hotel, con sus anexos y accesorios, le pertenecían íntegramente a él.

1.2) Razonamiento jurídico

El Tribunal Supremo declaró respecto a la edificación elevada en parte en terreno propio en parte en terreno ajeno, que este supuesto no podía resolverse a través de las normas que estatuye el Código Civil en sus artículos 361 y siguientes, inspirados en la regla "*superficies solo*

cedit", al faltar la base necesaria para su aplicación: que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado.

El Alto Tribunal reconoció, por lo tanto, que en el ordenamiento jurídico español existía una laguna legal en materia de construcción extralimitada y trató de suplirla recurriendo a la costumbre y a los principios generales de derecho.

En el Considerando 6º de la STS de 31 de mayo de 1949, se analizan distintas soluciones al conflicto de intereses creado. En primer lugar se enuncia la posibilidad de otorgar al dueño de cada porción de terreno lo edificado sobre la misma indemnizando al constructor de buena fe. Sin embargo esta solución es rechazada de plano pues resulta inviable al formar las dos porciones de terreno con el edificio un todo indivisible. En segundo lugar se propone establecer una copropiedad o un derecho de superficie. Esta alternativa es también descartada al no ser conciliable, según declara la sentencia, con el efecto de la accesión que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas.

Finalmente el Tribunal Supremo decide recurrir al principio "*accessorium sequitur principale*", rector de la accesión en el Código Civil, según el cual lo accesorio cede a lo principal. No obstante el Tribunal aplica este principio de forma novedosa dado que, a diferencia de la interpretación decimonónica según la cual lo principal es el suelo y lo accesorio lo edificado, entiende que puede atribuirse la calidad de principal "*al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe*". Esta inversión de la relación de accesoriedad permite al Tribunal Supremo deducir que el edificante tiene derecho a adquirir la parte de terreno ajeno invadido por la construcción pagando su precio al propietario.

Con base en esta línea argumental de la STS de 1949, sentencias posteriores dieron el nombre de *accesión invertida* a la solución consistente en otorgar la porción de terreno invadido al constructor a cambio del pago de su precio al propietario del suelo.

1.3) Comentarios críticos a la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida

La creación jurisprudencial de la “accesión invertida” se fundamenta en una argumentación jurídica que ha sido hartamente criticada por la doctrina científica. Algunos autores entienden que el procedimiento de solución que construye la Sentencia de 1949 está previamente determinado por el resultado que se quiere conseguir: evitar la aplicación de la acción negatoria y los altos costes de la demolición⁶²². La jurisprudencia considera que las construcciones extralimitadas no están previstas en los arts. 361 y siguientes del Código Civil para evitar, de este modo, sus consecuencias jurídicas. Al declarar que existe en esta materia una laguna legal se acude al principio *accessorium sequitur principale*, reinterpretándolo y tomando en consideración la valoración económica del suelo y del edificio⁶²³.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la introducción de la accesión invertida en nuestro ordenamiento jurídico obedecería, no tanto a razones estrictamente jurídicas, sino más bien de índole económica, social e ideológica. Con la teoría jurisprudencial se trata de

⁶²² En especial, ver CARRASCO PERERA, Angel, *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, RDP, diciembre 1996, pág. 893

⁶²³ CARRASCO PERERA, Angel, *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, op.cit., pág. 900: “la construcción jurisprudencial de la regla de la accesión invertida corresponde a una manipulación de los supuestos de hechos de las normas (se afirma que determinado caso no se incluye en el supuesto de hecho de la norma que se trata de evitar), siendo éste un proceso de selección normativa incontrolable.”

primar el fenómeno constructivo, con base en la carestía de los materiales, evitando destrucciones de inmuebles. En definitiva, la accesión invertida implica la introducción en nuestro sistema del principio *de la construcción*, que aplican los ordenamientos germánicos, en virtud del cual, a la hora de atribuir derechos, se toma en consideración el trabajo realizado y no sólo la propiedad de la tierra ⁶²⁴.

1.4) De los principios generales del Derecho y el poder creador de la jurisprudencia

Llegados a este punto, conviene reflexionar sobre la función de los principios generales del derecho a la hora de crear nuevas categorías jurídicas y el papel desempeñado por la jurisprudencia en esta materia.

La diferencia entre normas o reglas de derecho y principios es un tema que ha interesado particularmente a los teóricos del Derecho, motivados por la superación del positivismo jurídico⁶²⁵. Los principios ofrecen diversas ventajas a quien ha de interpretar y aplicar el Derecho, que por contra no dan las normas jurídicas. Entre estas ventajas, cabe destacar la generalidad y la relatividad de los principios.

⁶²⁴ Esta función político-social de la accesión invertida ha sido admitida por el propio Tribunal Supremo en diversas sentencias como las de 10 de diciembre de 1980 o de 29 de julio de 1994.

⁶²⁵ Sobre el particular, ver, DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 1977, trad. de Guastavino, 2ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 73 a 80; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1986, trad. de Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 1995. En la doctrina española, critican la distinción entre reglas y principios autores como PRIETO SANCHIS, Luis, en, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, y en *Diez argumentos a propósito de los principios*, "Jueces para la Democracia", nº26, 1996, págs. 41 a 49, o CARRASCO PERERA, Angel, *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, op.cit., págs. 899 y ss.

Los principios, a diferencia de las normas, carecen de determinación fáctica, y, por lo tanto, resultan aplicables a distintos supuestos⁶²⁶. De este modo, el principio *accessorium sequitur principale*, que inspira la regulación de la construcción en suelo ajeno, puede aplicarse a otros supuestos, como el de la construcción extralimitada. Este tipo de construcción, aunque no aparezca como supuesto de hecho de unas normas concretas - los arts. 361 y siguientes del Código Civil- puede regirse por sus mismos principios rectores.

Por otra parte, los principios se caracterizan por la noción de “peso” o “importancia”: ante una colisión de principios, es preferido aquél que el intérprete del derecho considere que tiene mayor peso según las circunstancias del caso concreto. Así, en el supuesto de la construcción extralimitada pueden verse enfrentados el principio *superficies solo cedit* con el principio que prohíbe la destrucción innecesaria de la riqueza. Con la doctrina de la accesión invertida, el intérprete prima el segundo principio. La relatividad que se predica de los principios justifica que el de *superficies solo cedit* no tenga un carácter absoluto e inquebrantable, puede *invertirse*, como es el caso de la accesión invertida, o incluso derogarse, tal y como sucede en los supuestos de propiedad *dividida* o *separada*.

Sin duda alguna, los Tribunales al recurrir a la teoría de los principios generales para solucionar determinados conflictos de intereses, potencian su función creadora del Derecho⁶²⁷. En este

⁶²⁶ Esta línea de razonamiento es la adoptada por MOLL DE ALBA, Chantal, *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 202, para demostrar que la prohibición del pacto comisorio, concebido como un principio general del derecho, no se limita al supuesto de las garantías reales (art. 1.859 C.c.) sino que afecta a todas las manifestaciones del pacto comisorio (resolución del contrato de compraventa, el comiso en los censos, etc.)

⁶²⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, *Diez argumentos a propósito de los principios*, op.cit., pág. 42: “Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa.”

sentido, la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida constituye uno de los paradigmas del poder creativo de los aplicadores del derecho. Este poder resulta útil si de este modo pueden colmarse lagunas legales y solucionarse supuestos de la vida moderna que, a menudo, pese a la *inflación normativa* de la que somos víctimas no encuentran acomodo legal. No obstante cabe señalar que este poder creativo de los Jueces no debe desvincularse de la ley, los principios no preexisten al ordenamiento, sino que se derivan de éste. Es necesario por lo tanto que se arbitren mecanismos de control que impidan que los principios puedan ser aplicados *contra legem*. Tal y como establece el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento, se debe recurrir a los principios en defecto de ley.

2) Otras posibles soluciones en el derecho positivo español

A la vista de lo expuesto anteriormente, es necesario plantearse si la construcción extralimitada carece efectivamente de solución legal en España. ¿Constituye la construcción extralimitada una verdadera laguna legal?⁶²⁸,

En realidad el problema de las construcciones que se extralimitan en el fundo ajeno tiene diversas posibles soluciones. En primer lugar, los arts. 361 y siguientes del Código civil adoptan un concepto amplio de edificación que podría incluir el supuesto de las construcciones extralimitadas. Es cierto que algunas de las consecuencias jurídicas previstas en estos preceptos pueden resultar inviables, pero es una cuestión que debe determinarse *ad casum*. Cabe recordar además que

⁶²⁸ CARRASCO PERERA, Angel, *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, op.cit., pág. 892, estima que la laguna legal no es tal y que lo es sólo de *valoración*, eso es, decidida por el juzgador en función de precomprensiones sobre valores.

en el caso de buena fe en la construcción en suelo ajeno, el art. 361 C.c. contiene una disposición que coincide con el contenido del § 915 del BGB alemán, relativo a las construcciones extralimitadas: la potestad del *dominus soli* de imponer la compra forzosa del terreno invadido al constructor. Así pues, si el BGB resuelve el problema de las construcciones extralimitadas con un mecanismo contemplado en el ordenamiento español para las construcciones en suelo ajeno en general, entendemos que esta solución será la aplicable en España a las construcciones extralimitadas de buena fe.

Si la construcción extralimitada se ha realizado de mala fe, puede ser considerada como una inmisión, una perturbación⁶²⁹. Al propietario invadido puede por lo tanto protegerse contra ésta mediante la acción negatoria. Esta acción tiene por objeto la protección de la libertad del dominio de los bienes inmuebles y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a la perturbación⁶³⁰. Ese retorno al *statu quo ante*, en el supuesto de la construcción extralimitada, conllevará la destrucción de la obra a costa del edificante, tal y como establece el art. 363 C.c.

Precisamente el Tribunal Supremo, al elaborar la doctrina de la accesión invertida, ha querido evitar los altos costes de reposición que implica esta acción destructora, alegando para ello una supuesta laguna legal⁶³¹. Es cierto que la demolición es costosa y supone la destrucción de una riqueza ya creada. Por este motivo la doctrina

⁶²⁹ Así, la STS de 1 de octubre de 1984 consideró la construcción extralimitada como una perturbación jurídica. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 31, también la considera como tal.

⁶³⁰ El art. 2.1 de la moderna Ley catalana 2/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad, establece: *L'acció negatòria té per objecte la protecció de la llibertat del domini dels immobles i el restabliment de la cosa a l'estat anterior a una pertorbació jurídica o material*.

⁶³¹ En este sentido, ver CARRASCO PERERA, Angel, *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, op.cit., pág. 892 y ss.

clásica ya se mostró contraria a la demolición en los casos de construcción extralimitada⁶³². Sin embargo, los buenos propósitos del intérprete no han de ocultar la realidad. No se ha de olvidar la naturaleza jurídica de la construcción extralimitada: se trata de un acto ilícito que provoca una lesión a un derecho dominical. Es posible, por lo tanto, que proceda la restitución *in natura*, tal y como establece el art. 592 C.c. respecto a las plantaciones extralimitadas⁶³³.

Existen diversos mecanismos para evitar el resultado final de la destrucción sin violar la letra ni el espíritu de la ley. Así, el derecho civil catalán, en su Ley 13/1990, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad, prevé la posibilidad de que determinadas inmisiones deban ser toleradas por el propietario cuando su cesación implique un gasto económico desproporcionado. En tal caso, el propietario afectado tiene derecho a una indemnización por los daños producidos en el pasado y a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los daños que se puedan producir en el futuro⁶³⁴.

⁶³² Así por ejemplo en Cataluña, MARQUILLES, Jaume, *Commentaria super Usatici Barchinone*, Barchinonis J., Luschmer, 1505, folio nº396, señalaba la diversidad de régimen jurídico entre la construcción totalmente en suelo ajeno, y la elevada en parte en suelo propio, en parte en suelo ajeno: *"distingue aut tu totaliter hedifices in solo mio: tuc propria aucte poto destruere. Aut hedifices in solo tuo diq. post transit in solo mio, tunc aucte propria non potere destruere"*.

⁶³³ art. 592 C.c.: *Si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinoos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y, si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.*

⁶³⁴ art. 3 Ley catalana 13/1990: 3. *Igualment, ha de tolerar les immissions que produeixen perjudicis substancials (...) si la cessació comporta una despesa desproporcionada econòmicament. Tanmateix, pot adoptar les mesures procedents per tal d'atenuar els danys a càrrec del propietari veí.*

4. *En aquest cas, el propietari afectat té dret a la indemnització pels danys produïts en el passat i a una compensació econòmica, fixada de comú acord o judicialment, pels que es puguin produir en el futur si aquestes immissions afecten exageradament el producte del predi o l'ús normal d'aquest, segons el costum local.*

La mejor solución para evitar la destrucción de lo construido es que el propietario del terreno invadido y el constructor extralimitante lleguen a un acuerdo y se aplique así el principio de autonomía de la voluntad. El acuerdo puede consistir en otorgar al *dominus soli* una fuerte compensación económica o bien en constituir un título que legitime la construcción extralimitada. Así, por ejemplo, cabe pensar que las partes puedan pactar *a posteriori* la constitución de un derecho de superficie o bien la cesión del terreno invadido por uno de los pisos que forman o formarán parte del edificio. Esta última posibilidad, la cesión de solar por piso futuro⁶³⁵, ha conocido en la práctica un considerable éxito como instrumento para el desarrollo urbanístico y como medio de coparticipación del dueño del solar con el constructor en el proceso de edificación⁶³⁶. En la actualidad dispone de un régimen reglamentario desde la Reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998. En el art. 13 del actual RH se regulan las cesiones de suelo por obra futura, si bien con carácter dispositivo, de forma que los contratantes pueden configurar con otro alcance, incluso puramente obligacional, los derechos y obligaciones derivados del contrato. Este convenio de cambio de suelo por vuelo resulta harto interesante como solución alternativa al problema de las construcciones extralimitadas. En efecto mediante esta figura se obtiene el mismo resultado que el producido por la accesión invertida: la adquisición por parte del constructor extralimitante de la franja de terreno invadida mediante una compensación económica al propietario.

El acuerdo indemnizatorio puede ser voluntario o forzado al existir una sentencia de demolición de lo construido. En Francia, por ejemplo, los jueces ante los casos de construcción extralimitada decretan la

⁶³⁵ MUÑOZ DE DIOS, Gerardo: *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1987

⁶³⁶ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia, *El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario*, RCDI, n^o642, septiembre- octubre 1997, págs. 1667 a 1710.

demolición de la obra. Esa es la decisión judicial, dictada conforme al Derecho, aunque ello no signifique que finalmente sea ejecutada. Las partes, en efecto, ante esta drástica resolución, deciden, por lo general negociar: el propietario no exigirá la demolición si obtiene del constructor la cuantía dineraria que desea por el daño que se le ha cometido. Si el constructor no acepta los términos de la negociación, entonces, se ejecuta la sentencia. En cualquier caso, el fallo judicial dictando la demolición ha permitido al *dominus soli*, que en definitiva es el damnificado, situarse en una posición de fuerza negociadora. De este modo indirecto la justicia francesa consigue un doble objetivo: por una parte evitar la destrucción de riqueza y por otra, obtener que el extralimitante pague una compensación económica importante al propietario por el ilícito cometido⁶³⁷.

A modo de conclusión de este epígrafe sobre la regulación de la construcción extralimitada en el derecho español, que no existe, respecto a esta materia, ninguna laguna legal. Este supuesto de hecho tiene diversas soluciones jurídicas. Algunas de ellas, como la demolición, pueden implicar un alto coste económico. Sin embargo para evitar este resultado no era necesario elaborar la compleja teoría jurisprudencial de la accesión invertida. En primer lugar, porque se sustenta en un razonamiento jurídico casi sofisticado. En segundo lugar porque la accesión invertida es una solución prevista en el ordenamiento en el art. 361 C.c., en los casos de construcción en suelo ajeno de buena fe, como alternativa jurídica del *dominus soli*. Finalmente, porque la atribución del terreno al constructor es un

⁶³⁷ DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens*, op.cit. págs. 626 y ss., señala que la Cour de Cassation ha llegado a ordenar la destrucción de un muro por invadir 11 centímetros del fundo vecino, e incluso por una extralimitación de 0,43 centímetros. En el caso de que haya habido buena fe por el constructor, entonces se entiende que el propietario invadido deviene propietario de la parte de construcción que se extralimita. En cualquier caso, DEMOLOMBE indica que el constructor no puede exigir al propietario invadido que le ceda la porción de terreno pues se trataría de una suerte de expropiación forzosa, por causa de utilidad privada: "*le propriétaire constructeur qui a, de son côté, la partie principale de la maison, ne pourra pas exiger*

remedio que no puede ser impuesto por los Tribunales, al constituir una potestad del propietario del terreno según establece el art. 361, o bien, una solución pactada entre las partes.

III- LA CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA EN EL DERECHO COMPARADO

En algunos Códigos europeos se ha otorgado a la figura de la construcción extralimitada una normativa propia y específica, diferenciada de la construcción en suelo ajeno. A continuación y sin pretender ser exhaustivos, se analizarán, algunos preceptos de los Códigos civiles alemán, suizo, venezolano, italiano y portugués, que tratan específicamente el supuesto de la construcción extralimitada.

1) El BGB alemán

El BGB alemán regula el problema de la *Überbau* (construcción saliente o extralimitada), también conocido como *Grenzüberbau* (construcción sobre los límites), en sus párrafos 912 a 916⁶³⁸, incluidos en las normas reguladoras de las relaciones de vecindad. La normativa alemana se distancia del *principio superficies solo cedit*, y parece regida

que le propriétaire voisin lui cède la partie de cette même maison, que se trouve sur son sol; car ce serait là une sorte d'expropriation, pour cause d'utilité privée".

638 Para el análisis de los preceptos del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) se ha utilizado la edición de C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1989. También se ha consultado para el comentario de los distintos párrafos la obra de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Tercer tomo "Derecho de Cosas", Volumen primero, traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Primera edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971, así como el apéndice de esta obra, la traducción al castellano del BGB por Carlos MELON INFANTE, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1955.

por el que podría denominarse *principio de la construcción*⁶³⁹: el propietario del terreno debe tolerar la construcción que invade parcialmente su terreno si la actuación del constructor no ha sido culposa.

1.1) El deber de tolerar la construcción

Según el § 912, 1: *“Si el propietario de una finca, en la construcción de un edificio, ha edificado sobre los linderos sin que le sea imputable dolo o culpa grave, el vecino ha de tolerar la construcción saliente, a no ser que haya formulado oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación.”*⁶⁴⁰

Así pues, el BGB establece el deber de tolerar la construcción extralimitada del vecino cuando se dan los siguientes requisitos:

- Que la construcción haya traspasado los linderos de la finca vecina. No importa en qué medida se haya *extralimitado* el constructor, siendo aplicables los §§ 912 a 916 incluso cuando la mayor parte de la edificación se levanta en la finca invadida.
- Que el constructor sea propietario de la finca de cuyos límites pase la construcción. Al propietario se equiparan el titular del derecho de superficie y el enfiteuta.
- Que el constructor no haya incurrido ni en dolo ni en culpa lata.

⁶³⁹ RAMOS GONZÁLEZ, J.M, *La accesión invertida y el derecho de superficie*, RJC, 1977, págs. 353 y ss.

⁶⁴⁰ **912. (Überbau; Duldungspflicht).** (1) Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Überbau zu dulden, es sei denn, daß er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat.

- Que el vecino invadido no haya protestado. En efecto el deber de tolerar la construcción excesiva es una consecuencia del propio silencio. No tiene semejante deber el que protesta oportunamente, eso es, antes de la extralimitación o inmediatamente después. Así pues, si el vecino calla pasa a asumir el deber de tolerancia que desde entonces afecta al “contenido de la propiedad “ de la finca invadida. Correlativamente, se amplía el contenido normal de la propiedad de la finca invasora, incluyéndose el derecho a que subsista la construcción extralimitada.

1.2) La indemnización pecuniaria al propietario

El deber de tolerancia del vecino se compensa con un derecho a una indemnización pecuniaria.

El párrafo 912.2 establece: *“El vecino ha de ser indemnizado mediante una renta en dinero. Para -señalar- la cuantía de la renta es decisivo el tiempo de la extralimitación.”*⁶⁴¹

El propietario de la finca invadida puede exigir al propietario de la finca invasora el pago, por anualidades anticipadas, de una renta en metálico cuyo importe se calcula en función del tiempo de la extralimitación. En este sentido han de entenderse los párrafos 912.2 y 913⁶⁴².

⁶⁴¹ **912** (2) Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend.

⁶⁴² **913.** “La renta por la construcción saliente ha de satisfacerse a quien en cada momento sea propietario de la finca vecina por quien en cada momento sea propietario de la otra finca.
La renta ha de satisfacerse anualmente por adelantado”.

913. (Zahlung der Überbaurente). (1) Die Rente für den Überbau ist dem jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks von dem jeweiligen Eigentümer des anderen Grundstücks zu entrichten.
(2) Die Rente ist jährlich im voraus zu entrichten.

El régimen y naturaleza jurídica de este derecho a la renta viene determinado en el párrafo 914:

914. *El derecho a la renta es preferente a todos los derechos que existan sobre la finca gravada, incluso a los anteriores - a él-. Se extingue con la desaparición de la construcción saliente.*

El derecho no se inscribe en el Registro. Para la renuncia al derecho, así como para la fijación de la cuantía de la renta por contrato, es necesaria la inscripción.

En lo demás, se aplican las disposiciones que valen para una carga real existente en beneficio de quien en cada momento sea propietario de una finca.⁶⁴³

El derecho a la renta en la construcción extralimitada se asemeja a una carga subjetivamente real que afecta a la finca invasora y que impone al propietario de ésta el deber de responder personalmente de las rentas que vencen durante el tiempo de su propiedad. El derecho a la renta es preferente frente a todos los demás derechos constituídos sobre la finca invasora, incluso frente a los más antiguos, extinguiéndose al derribarse la construcción extralimitada.

Se considera que la renta forma parte de la propiedad de la finca, por ello no necesita estar inscrita como tal en el Registro. Por contra, sí es necesaria la inscripción cuando se modifica el contenido del derecho a la renta, o se fija su importe, o se suprime en méritos de renuncia unilateral.

⁶⁴³ **914. (Rang, Eintragung und Erlöschen der Rente)** (1) Das Recht auf die Rente geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vor. Es erlischt mit der Beseitigung des überbaues.

(2) Das Recht wird nicht in das Grundbuch eingetragen. Zum Verzicht auf das Recht sowie zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag ist die Eintragung erforderlich.

(3) Im übrigen finden die Vorschriften Anwendung, die für eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten.

1.3) Equiparación con el superficiario y el titular de una servidumbre

El párrafo 916 estima que las normas relativas al deber de tolerar la construcción extralimitada y al derecho a la renta pecuniaria, son aplicables a los titulares de un derecho de superficie o de una servidumbre que hayan visto conculcado su derecho por la extralimitación de la construcción⁶⁴⁴.

1.4) La propiedad del terreno: su posible transmisión

De la regulación del BGB se desprende que, para el Derecho alemán, el vecino invadido sigue siendo propietario del terreno. El legislador germánico, para solucionar el problema de las construcciones extralimitadas, no ha recurrido a la accesión, ni tampoco ha considerado necesario el otorgar a un único titular la propiedad del terreno y del edificio.

En la situación descrita por los párrafos 912 a 914, el suelo pertenece a un sujeto y el edificio a otro, estableciéndose la obligación del pago de un canon o renta como compensación por la invasión del terreno. Se presupone, por lo tanto, la PROPIEDAD SEPARADA, la división vertical del dominio, sin limitación temporal.

⁶⁴⁴ **916.** Si por la construcción saliente es menoscabado un derecho de superficie o una servidumbre sobre la finca vecina, se aplican oportunamente en beneficio del titular las disposiciones de los parágrafos 912 a 914.⁶⁴⁴

916. (Beeinträchtigung von Erbbaurecht oder Dienstbarkeit). Wird durch den Überbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt, so finden zugunsten des Berechtigten die Vorschriften der §§ 912 bis 914 entsprechende Anwendung.

Por ello el párrafo 915 otorga al titular de la finca invadida la posibilidad de obligar al invasor a adquirir la franja de terreno ocupada mediante el pago de su valor. El BGB asimila esta transmisión a una compraventa, intercambio de cosa por precio, y establece la aplicabilidad de la normativa propia a este contrato.

915. *El titular de la renta puede exigir en todo momento que el obligado a la misma, a cambio de la transmisión de la propiedad de la parte invadida de la finca, le indemnice el valor que esta parte tenía al tiempo de la extralimitación. Si hace uso de esta facultad, se determinan los derechos y obligaciones de ambas partes según las disposiciones sobre la compraventa.*

La renta ha de seguirse satisfaciendo por el tiempo- que medie- hasta la transmisión de la propiedad⁶⁴⁵.

1.5) Análisis comparativo con el Derecho español.

El Derecho español no menciona la construcción extralimitada. Sin embargo la regulación de la construcción en suelo ajeno en los arts. 361 y ss. C.c. recuerda en algún punto la legislación alemana. Concretamente la posibilidad que ofrece el párrafo 915 BGB al propietario de forzar al constructor a comprarle el terreno es semejante a la que ofrece el art. 361 C.c. Cabe lamentar, sin embargo, que el Código civil español no establezca de forma tan explícita como el alemán la aplicabilidad de las reglas de la compraventa.

Existen, por otra parte importantes diferencias entre los dos sistemas. La opción del propietario del terreno en el Derecho español es

⁶⁴⁵ **915. (Abkauf)** (1) Der Rentenberechtigte kann jederzeit verlangen, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teile des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen beider Teile nach den Vorschriften über den Kauf.

(2) Für die Zeit bis zur Übertragung des Eigentums ist die Rente fortzuentrichten.

o bien quedarse con la edificación o bien ceder su terreno a cambio de precio. En cualquiera de los dos supuestos la propiedad del edificio y del suelo pertenece a un sólo sujeto y no se menciona el posible pago de un canon. El sistema alemán, por contra, establece como regla general la separación de la propiedad del terreno y de la construcción y como posibilidad excepcional la compra forzosa del terreno por el constructor.

2) El Código Civil suizo

El Código Civil suizo, trata del “*empiètement*”, eso es, de la extralimitación en su art. 674:

art. 674. Constructions empiétant sur le fonds d'autrui.

1. Les constructions et autres ouvrages qui empiètent sur le fonds voisin restent partie intégrante de l'autre fonds, lorsque le propriétaire de celui-ci est au bénéfice d'un droit réel.

2. Ces empiètements peuvent être inscrits comme servitudes au registre foncier.

3. Lorsque le propriétaire lésé, après avoir eu connaissance de l'empiètement, ne s'y est pas opposé en temps utile, l'auteur des constructions et autres ouvrages peut demander, s'il est de bonne foi et si les circonstances le permettent, que l'empiètement à titre de droit réel ou la surface usurpée lui soient attribués contre paiement d'une indemnité équitable⁶⁴⁶.

El Código helvético en su art. 674.1 también establece la posible adquisición por el constructor de la franja de terreno ocupado mediante el pago de una indemnización. Para ello es necesario:

1- Que la construcción se haya hecho de buena fe

⁶⁴⁶ *Code Civil Suisse*, Ed. Chapalay + Mottier, Genève, 1988.

2- Que no haya habido oposición por el propietario *en tiempo útil*⁶⁴⁷

3-Que las circunstancias lo permitan

Cabe destacar de la regulación suiza, que es el propio constructor quien puede pedir la atribución del terreno, no dependiendo de la voluntad del propietario del suelo invadido.

3) El Código civil de Venezuela

El art. 559 del Código civil venezolano está dedicado al supuesto de las construcciones extralimitadas. El artículo se encuentra ubicado tras los arts. 557 y 558, relativos a la construcción en suelo ajeno.

Según el art. 559: *“Si en la construcción de un edificio se ocupare de buena fe una parte del fundo contiguo, y la construcción se hubiere hecho con conocimiento y sin oposición del vecino, el edificio y el área podrán declararse propiedad del constructor, quien, en todo caso, quedará obligado a pagar al propietario del suelo el valor de la superficie ocupada, y, además, los daños y perjuicios.*

De no haber habido conocimiento por parte del vecino, el constructor, fuera del pago de los daños y perjuicios, está en la obligación de pagar a aquél el duplo del valor de la superficie ocupada.”

El Código de Venezuela prevé por lo tanto la posible adquisición por el constructor del conjunto formado por el edificio y el suelo invadido, exigiéndose como requisitos los siguientes:

⁶⁴⁷ En este sentido, resulta más preciso el Código Italiano al establecer el término de los tres meses tras el inicio de la edificación.

- 1- Ocupación parcial del fundo contiguo
- 2- La buena fe del constructor
- 3- La falta de oposición del propietario vecino.

La contraprestación que el constructor debe pagar al *dominus soli* depende del criterio del *conocimiento* de la obra por el propietario. Si el propietario tenía conocimiento de la construcción del edificio y no se opuso, el constructor debe pagar el valor del terreno ocupado junto con una indemnización por daños y perjuicios. Si por contra, el propietario no tenía conocimiento de la construcción, el edificante debe pagar el doble del valor de la superficie ocupada así como la indemnización de daños y perjuicios.

4) El Código Civil italiano

El *Codice Civile* italiano de 1942 también regula expresamente la construcción extralimitada en su artículo art. 938:

Occupazione di porzione di fondo attiguo.- "Se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni." ⁶⁴⁸

⁶⁴⁸ *Codice Civile*, Il Foro Italiano, Roma 1994

El Derecho italiano idea una solución judicial para el conflicto de la construcción extralimitada que consiste en la atribución al constructor de la parte de terreno invadido. Se trata, en definitiva, de lo que la jurisprudencia española ha denominado la *accesión invertida*. Sin embargo establece unas pautas legales para que el intérprete de la ley no juzgue a su libre albedrío. Para proceder a esta atribución es necesario:

- 1- Que se ocupe una parte del fundo vecino
- 2- Que la ocupación se realice de buena fe
- 3- Que el propietario no se haya opuesto en los tres meses siguientes al inicio de la construcción.

El Código italiano otorga a los jueces una válvula de escape al señalar que la autoridad judicial atribuirá la propiedad del terreno si se dan esos requisitos y considerando las circunstancias del caso.

Por otra parte el *Codice* determina con precisión la cuantía a pagar al propietario, sin distinguir, como hace el Código de Venezuela entre el caso de que tuviera conocimiento o no de la obra. En cualquier caso, si se cumplen los requisitos del art. 938, el constructor debe pagar el doble del valor de la superficie ocupada, y , por otra parte el resarcimiento de los daños.

5) El Código Civil portugués

El Código Civil portugués de 1966 dedica al supuesto de la construcción extralimitada su artículo 1343.º:

(*Prolongamento de edificio por terreno alheio*). 1. Quando na construção de um edifício em terreno próprio se ocupe, de boa fé, uma parcela de terreno alheio, o construtor pode adquirir a propriedade do

terreno ocupado, se tiverem decorrido três meses a contar do início de ocupação, sem oposição do proprietário, pagando o valor do terreno e reparando o prejuízo causado, designadamente o resultante da depreciação eventual do terreno restante. 2. É aplicável o disposto no número anterior relativamente a qualquer direito real de terceiro sobre o terreno ocupado." ⁶⁴⁹.

El Código portugués también opta por la solución que equivale a la *accesión invertida* en la terminología de la doctrina española cuando se dan los siguientes requisitos:

- 1- Construcción en suelo propio que se extralimita en el suelo ajeno
- 2- Construcción de buena fe
- 3- Falta de oposición del propietario en los tres meses siguientes al inicio de la ocupación⁶⁵⁰.

Por lo que respecta a la contraprestación del constructor, éste ha de pagar el valor de la porción de terreno ocupada⁶⁵¹ así como la indemnización por daños y perjuicios. Para el cálculo de esta indemnización se toma en consideración la depreciación del terreno no invadido como consecuencia de la invasión sufrida.

6) Síntesis

El análisis de la regulación *ad hoc* de las construcciones extralimitadas en determinados ordenamientos muestra que la

⁶⁴⁹ *Código Civil*, Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, 8ª Edição, Coimbra, 1986

⁶⁵⁰ El Código portugués adopta el mismo término temporal que el italiano.

⁶⁵¹ El Código portugués no sigue en este punto al italiano que exige se pague el doble del valor de la superficie ocupada.

solución más común a estos supuestos consiste en la adquisición de la franja de terreno invadida por el constructor extralimitante. El BGB prevé sin embargo una solución previa: el propietario conserva la propiedad del suelo pero tiene el deber de tolerar la construcción a cambio de una renta pecuniaria (§ 912 BGB). Si concurren las condiciones para que exista este deber de tolerancia, el propietario puede en todo momento exigir al constructor la compra del terreno invadido (§ 915 BGB).

Para que pueda darse la adquisición del suelo por el constructor se exige, en todas las regulaciones estudiadas, dos requisitos esenciales: la buena fe del constructor⁶⁵² y la falta de oposición del propietario. Algunos ordenamientos determinan un límite temporal a la falta de oposición. Así, el art. 938 del Código civil italiano y el art. 1343 del Código portugués exigen que no se haya producido oposición en los tres meses siguientes al inicio de la construcción. El § 912 hace referencia a la falta de oposición *antes o inmediatamente después* de la extralimitación. Por su parte el Código civil suizo, en su art. 674.3, con una expresión más equívoca, alude a la falta de oposición *en tiempo útil*.

Por lo que respecta a la adquisición del terreno por el constructor se observan tres posibles mecanismos adquisitivos. En el BGB alemán se otorga al propietario del terreno la potestad de imponer al constructor la compra forzosa de la superficie invadida⁶⁵³. En otros Códigos se alude por contra a la adjudicación judicial del terreno al constructor. El art. 938 del Código civil italiano, por ejemplo, así lo establece expresamente. El art. 559 del Código de Venezuela también parece decantarse por este mecanismo, al utilizar la expresión “*podrán*

⁶⁵² El § 912 del BGB alemán no hace referencia expresa a la buena fe sino a la falta de dolo o culpa lata.

⁶⁵³ Este mecanismo recuerda sin duda al establecido en el art. 361 C.c. para los supuestos de construcción en suelo ajeno: obligar al constructor a adquirir el terreno a cambio del pago de un precio.

declararse propiedad del constructor". Finalmente, otros ordenamientos conciben la adquisición del terreno por el constructor como una potestad de éste (v.gr. art. 674.3 Código civil suizo, art. 1343 Código civil portugués).

La compensación económica que el constructor debe satisfacer al propietario por razón de la adquisición del terreno, también varía según las regulaciones. En Suiza, el constructor debe pagar una *indemnización equitativa*. En Alemania, se exige el pago del valor de la parte invadida del terreno al tiempo de la extralimitación. En Portugal se adopta el mismo criterio pero además se alude expresamente a la obligación de resarcir los daños y perjuicios. En Venezuela, la compensación económica varía según el conocimiento de la obra por el propietario. Si el propietario tenía conocimiento del edificio, el constructor debe satisfacer el valor del terreno y una indemnización por daños y perjuicios. Si por contra ignoraba la construcción, el constructor debe pagar, además de la indemnización por daños, el doble del valor del terreno. Finalmente, en Italia, con un criterio más estricto, exige, en todo caso, que el constructor pague el doble valor de la superficie ocupada más los daños y perjuicios⁶⁵⁴.

IV- LA ACCESIÓN INVERTIDA

⁶⁵⁴ La solución italiana puede parecer excesivamente dura para el constructor al imponerse una compensación económica tan elevada. Sin embargo no ha de olvidarse que el constructor, aunque haya obrado de buena fe, se ha extralimitado, ha cometido un acto antijurídico por una falta de diligencia. La dureza de la solución italiana se justifica también por el sistema de atribución judicial del terreno. No es el propietario el que opta por ceder el terreno, sino que es la autoridad judicial la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, atribuye el terreno al constructor. El carácter expropiatorio del mecanismo de adquisición es especialmente marcado en la regulación italiana.

Con el nombre de *accesión invertida* se alude a aquél mecanismo que permite al constructor adquirir el terreno ajeno sobre el que se levanta su edificación. Este mecanismo está previsto en algunas disposiciones del Código Civil, sin embargo la expresión *accesión invertida* ha sido acuñada por la Jurisprudencia como solución al problema de las construcciones extralimitadas.

1) Críticas a la expresión *accesión invertida*

El Código Civil no menciona a la *accesión invertida* en ninguno de sus preceptos. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia utilizan esta expresión para referirse a la adquisición del terreno por el constructor.

Con esta expresión se quiere relacionar este modo de adquisición con la accesión inmobiliaria de los artículos 358 y siguientes del Código Civil. El constructor adquiere el terreno ocupado por accesión, de forma automática⁶⁵⁵, pero *invirtiéndose* su principio rector. Así pues, la “accesión invertida”, no es más que la “inversión de la accesión”, o más bien, para ser exactos, la inversión del principio *superficies solo cedit* establecido en el art. 358 C.c.⁶⁵⁶. En los casos de accesión invertida, el clásico principio *superficies solo cedit* queda derogado por el de *solum superficie cedit* el vuelo atrae al suelo, el edificio se convierte en el elemento principal⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ Según LÓPEZ VILAS, Ramón, *Comentario a los arts. 353 y siguientes del Código civil*, en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I Madrid, 1991, pág. 1009, la accesión invertida funciona como la accesión “normal” del art. 358 C.c. y por lo tanto la adquisición del suelo se realiza automáticamente

⁶⁵⁶ GARCÍA GRANERO, José, en *Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges*, RDP, año XXXIV, n°396, marzo 1950, pág. 205, denomina a la accesión invertida como la “antiaccesión”.

⁶⁵⁷ LÓPEZ VILAS, Ramón: “Comentario al art. 358 del Código Civil”, op.cit., pág. 1009.

Esta “metáfora jurídica” resulta gráfica pero no se ajusta a la concepción que se mantiene en este estudio de la accesión. La accesión no es un modo de adquirir sino un atributo del derecho de propiedad. Si la propiedad se concibe a su vez como un *monopolio de explotación* económica del bien, la accesión ha de entenderse como un atributo del *monopolio de explotación* del bien. Siguiendo esta teoría, la edificación revierte en favor del sujeto que ostenta el monopolio de explotación y lo ejerce, ya sea el propietario del terreno o un tercero.

Si se aplica esta teoría al caso de la construcción extralimitada puede hacerse el siguiente análisis. Un sujeto, propietario de un terreno, ejerce su monopolio de explotación sobre el mismo construyendo, pero invade parte del terreno del vecino, usurpando a éste una parte de su monopolio de explotación inmobiliaria. El constructor, por accesión, deviene propietario de todo lo edificado, tanto en terreno propio como en el ajeno, si bien habrá de indemnizar al propietario del fundo vecino por la porción del monopolio de explotación usurpado. En cualquier caso, el vecino invadido sigue siendo propietario de su terreno. Se produce por lo tanto una disociación de la titularidad dominical del suelo y del edificio: el vecino invadido es propietario del terreno y el constructor del edificio⁶⁵⁸.

Por lo tanto, en el caso de extralimitación en la construcción, la aplicación de la teoría de la accesión conduce a una dualidad de propiedades pero no a la adquisición de la franja de terreno invadido. ¿Cómo lograr la atribución de la propiedad del suelo al constructor? Este resultado, en nuestra opinión, no puede fundamentarse de modo alguno en la accesión. Sería preferible, por lo tanto, no utilizar la expresión *accesión invertida* para describir este fenómeno pues presta a

⁶⁵⁸ Sobre la posible disociación jurídica del inmueble, véase el Capítulo 3. Respecto a la naturaleza de la accesión como atributo del monopolio de explotación, véase el Capítulo 4. La accesión, así concebida, no impide la separación de la propiedad, sino que incluso la fundamenta.

confusión. El mecanismo atributivo de la propiedad de la parte del suelo invadido sólo puede fundamentarse en el principio de autonomía de la voluntad: son las partes en conflicto las que han de negociar y llegar a un acuerdo económico para la traslación de la propiedad del terreno⁶⁵⁹.

Así pues, con base en el razonamiento expuesto, el propietario del terreno tiene derecho a solicitar una indemnización de daños y perjuicios por el ilícito cometido por el constructor al apropiarse del monopolio de explotación de una parte de su terreno. En cierto modo el *dominus soli* ha sido expropiado de su dominio útil y ha de ser compensado por ello. Por otra parte el propietario del suelo puede, voluntariamente, negociar la cesión del terreno mediante el pago de un precio en dinero. De esta forma las expectativas económicas del propietario del terreno - que son, en la práctica, lo más importante- se ven plenamente satisfechas: por una parte la indemnización, por otra el pago del valor del terreno.

2) La adquisición del terreno ajeno por el constructor en el Código civil

Es necesario resaltar que la accesión invertida no es exactamente una creación jurisprudencial. Su resultado, eso es, la adquisición del terreno ajeno por el constructor, está previsto en diversos artículos.

Respecto a la admisibilidad de la adquisición del terreno por el constructor en nuestro derecho, cabe recordar, en efecto, que el principio *superficies solo cedit* recogido en el art. 358 C.c. no tiene un valor inquebrantable. La presunción según la cual lo edificado en un terreno pertenece al dueño del mismo no tiene un carácter absoluto, tal

⁶⁵⁹ Esta solución se podría enmarcar en el Análisis Económico del Derecho pues se basa en uno de sus instrumentos: la *bargaining theory*.

y como se deriva de la interpretación conjunta del art. 358 C.c. y del art. 359 C.c., a la luz del artículo concordante francés el 553 del *Code*⁶⁶⁰.

2.1) En el art. 361 C.c.

El art. 361 del Código Civil parece contemplar, tácitamente, la mal llamada *accesión invertida* al permitir que el constructor pueda adquirir el terreno a cambio del pago de su precio. Sin embargo, en el supuesto del Código Civil este fenómeno sólo puede darse cuando el propietario del suelo haya legitimado esa adquisición mediante la declaración de voluntad prevista en el art. 361 C.c. Así, los requisitos exigidos para que se dé la accesión invertida en el supuesto de construcción en suelo ajeno son los establecidos por el propio precepto civil: la buena fe del constructor, la manifestación del propietario del suelo en favor de esta opción y el pago del precio. La accesión invertida en el art. 361 C.c. está supeditada a la voluntad del *dominus soli*⁶⁶¹.

La posibilidad de ceder el terreno al constructor a cambio de un precio es también ofrecida cuando la construcción se realizó de mala fe y el propietario no se opuso a ella, tal y como prescribe el art. 364 por remisión a la regulación de los supuestos de buena fe.

Cabe resaltar que el art. 361 C.c. establece esta posibilidad como una decisión libre que puede adoptar el propietario del terreno. Tan sólo él puede decidir la solución final. Recuérdese que en la regulación de la construcción en suelo ajeno se otorga una gran importancia al elemento

⁶⁶⁰ Sobre esta interpretación ver los capítulos 3 y 4 de esta Tesis.

⁶⁶¹ Por contra, según la doctrina la doctrina jurisprudencial respecto a las construcciones extralimitadas, la accesión invertida puede aplicarse independientemente de la voluntad del propietario, configurándose por lo tanto como un derecho del constructor.

volitivo, dado que el *dominus soli* tiene, en cualquiera de los supuestos posibles, la facultad de optar entre dos alternativas. No existen por lo tanto soluciones impuestas, sino posibilidades propuestas.

En la construcción en suelo ajeno, regida por el principio volitivo, puede plantearse que las partes pacten libremente el desenlace del conflicto o incluso que el constructor pretenda alguna de las alternativas ofrecidas por la ley con el acuerdo del propietario. Con esta interpretación de la ley, la adquisición onerosa del terreno por parte del constructor, también llamada *accesión invertida*, tiene siempre un respaldo legal y puede obtenerse por tres vías: por la voluntad del *dominus soli*, por la voluntad de ambas partes o por la voluntad del constructor ratificada *a posteriori* por el *dominus*. El único supuesto de accesión invertida que parece no tener cabida en la letra del art. 361 C.c. es aquél en que el constructor pretende adquirir el terreno pagando su precio pero con la oposición del propietario por dos motivos. En primer lugar porque este acto de oposición denota que no existe un acuerdo de voluntades. En segundo lugar, porque en tal caso, queda demostrada la mala fe del constructor, conforme a la definición establecida en el art. 364.2 C.c.

2.2) En el derogado art. 1404.2 C.c.

También se encontraba un ejemplo de *accesión invertida* en el hoy derogado artículo 1404.2 C.c. que regulaba la edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges. El art. 1404.2 fue, mientras estuvo vigente, la excepción más fuerte al principio *superficies solo cedit* del art. 358 C.c. Según el art. 1404 C.c., se consideraban bienes gananciales no sólo “*las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer*” (párrafo primero del artículo), sino también “*los edificios construidos*

durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca." El propietario del suelo por lo tanto no adquiría la propiedad del edificio y había de conformarse con un mero derecho de crédito.

Esta norma, contraria a los precedentes del Derecho romano, a los del Derecho histórico español y a la práctica totalidad del Derecho comparado, constituía una particularidad de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio derogó este artículo y lo sustituyó por el 1359.1 en el que se aplica de nuevo el principio "*superficies solo cedit*" : el edificio adquiere la naturaleza del bien sobre el que se asienta⁶⁶².

El origen del derogado art. 1404.2 C.c. se haya en el art. 1325 del Proyecto de Código Civil de 1851:

"Las impensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges por anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer son gananciales.

Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quien pertenecía."

GARCÍA GOYENA en el comentario a este artículo resalta su carácter excepcional puesto que rompe con el principio *inaedificata solo cedunt* consignado en el Proyecto, con el derecho histórico⁶⁶³ y con la

⁶⁶² art. 1359.1 C.c.. "*Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.*"

⁶⁶³ Ninguno de los textos normativos históricos de nuestro derecho establecía esta regla. Tan sólo el Fuero Real en la ley 3ª, tit. IV, Lib. III acogía, según GARCÍA GRANERO, op.cit., pág. 200, una especie de accesión invertida respecto a las

práctica jurídica. El fundamento de esta norma es, según el insigne comentarista, el interés público: promover la edificación. En efecto, con esta regulación se evitaba, por ejemplo, que un marido se abstuviera de edificar con dinero propio en un solar dotal, al saber que el edificio nunca sería de su propiedad⁶⁶⁴.

3) El problema procesal de la accesión invertida en las construcciones extralimitadas

La accesión invertida, tal como ha sido configurada por la Jurisprudencia para solucionar las construcciones extralimitadas, no deja de ser una figura problemática. Al haberse desarrollado como institución de creación jurisprudencial, aunque en realidad pueda tener un respaldo legal, los particulares no suelen alegar la accesión invertida, aunque su resultado sea el que efectivamente persigan.

En los casos de construcción extralimitada el propietario del terreno desea o bien la demolición de lo edificado junto con una indemnización de daños y perjuicios, o bien la cesión del terreno invadido al constructor a cambio del pago de su valor y de una indemnización. Esta última opción correspondería a la aplicación de la accesión invertida. Sin embargo, el *dominus soli*, aun deseando ese final, no suele invocar esta figura directa y explícitamente en su escrito

plantaciones pues disponia que la plantación realizada por uno de los cónyuges en terreno privativo de uno de ellos, se partía por mitad entre ambos esposos y se indemnizaba al cónyuge propietario el valor del terreno.

⁶⁶⁴ GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, edición facsímil, Tomo III, Madrid, 1852, pág. 332, Ed.Base, Barcelona, 1973.

de demanda⁶⁶⁵, y recurre a otros mecanismos jurídicos. Así, resulta habitual en estos caso que se interponga una acción reivindicatoria solicitando la demolición y subsidiariamente una fuerte compensación económica esperando que sea el propio Tribunal que aplique la doctrina de la accesión invertida⁶⁶⁶.

Este modo de operar en el proceso parece ir en contra del principio de congruencia de las sentencias. No habiendo sido alegada la doctrina de la accesión invertida por ninguno de los litigantes ¿puede el juzgador apreciarla de oficio sin incurrir en incongruencia?

La Jurisprudencia mayoritaria entiende que sí es posible aplicando una concepción flexible del principio de congruencia⁶⁶⁷. En esta línea jurisprudencial, cabe destacar algunos razonamientos utilizados. En la STS 8 febrero 1994 se establece, ante una acción declarativa de propiedad de la actora y una reconvención en el mismo sentido llevada a cabo por la demandada, que no hay incongruencia en la aplicación por la Audiencia Provincial de la doctrina de la accesión invertida ya que tal solución *“no puede por menos de reputarse incluida, dentro de la más amplia pretensión dominical actuada por la demandante principal sin que quepa, por lo que a la contraparte hace, examinar el tema de*

⁶⁶⁵ Existen, sin embargo, algunos casos excepcionales que Pilar ALVAREZ OLALLA recoge en *“La accesión invertida. Líneas Jurisprudenciales”*, Aranzadi Civil, febrero 1997, n°19, págs. 16 y 17 . Así en la STS 11 diciembre 1978 (RJ 1978/4357) , en la que los propietarios del terreno invadido pidieron directamente la aplicación del art. 361 C.c. optando porque la invasora les pagara el precio del terreno invadido. En la STS 12 diciembre 1995 (RJ 1995/9601) la dueña de la parcela invadida solicita directamente la aplicación de la accesión invertida. En la SAP de Córdoba de 29 enero 1992 (AC 1992/113) el actor reclama el valor del terreno invadido mediante una acción personal, si bien, en la nota para la vista alega la accesión invertida.

⁶⁶⁶ Tal es el caso, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la STS de 2 de octubre de 1999. El propietario del terreno solicitaba en el suplico de su demanda, en primer lugar la restitución de la parte de la finca invadida por la construcción de los demandados, y, subsidiariamente, para el supuesto de ser imposible la restitución, el valor correspondiente.

⁶⁶⁷ Entre otras, las SSTS de 11 diciembre 1978, 12 noviembre 1985, 11 marzo 1985.

ajuste de lo así decidido a lo postulado por ella en la reconvención"⁶⁶⁸. Por su parte, la STS de 2 de octubre de 1999, en su Fundamento de Derecho Primero, niega la incongruencia procesal cuando habiendo solicitado el actor en el suplico de su demanda que subsidiariamente se le pague el valor de la parte del fundo invadido, el Tribunal aplica la doctrina de la accesión invertida: *"no hay lugar tampoco para acusar de incongruencia a la sentencia recurrida, pues existe en su fallo perfecta adecuación a la súplica de la demanda, que es lo que exige la congruencia. Si en ésta se solicitaba la restitución de parte de la finca de los actores invadida por la construcción de los demandados, y, subsidiariamente, para el supuesto de ser imposible la restitución, el valor correspondiente, no ofrece duda que si la Audiencia deniega la petición principal por aplicación al caso de la doctrina de la accesión invertida y acoge la subsidiaria, no se ve por ninguna parte la incongruencia."*

Existen algunas sentencias, sin embargo, en las que se considera que no cabe apreciar de oficio la accesión invertida si no ha sido solicitada por las partes. En este sentido pueden citarse la STS de 28 de mayo 1985 o la STS de 1 de octubre de 1991 .

Esta postura cuenta también con el refrendo de una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 222/1994, de 18 de julio. Se trataba de un caso de construcción extralimitada, en el que el demandante ejercitó acción reivindicatoria. La acción fue desestimada tanto por el Juzgado como por la Audiencia por entender que resultaba aplicable la doctrina de la accesión invertida. Sin embargo las sentencias no aplicaron de oficio esta figura, al no haber sido alegada por el actor, y le remitieron al proceso correspondiente en el que solicitase su aplicación. El actor recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando

⁶⁶⁸ Sobre estas sentencias y otras que defienden la falta de incongruencia, ver ALVAREZ OLALLA, Pilar, *"La accesión invertida. Líneas Jurisprudenciales"*, op.cit., pág. 18.

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva de la sentencia de la Audiencia pues, al no aplicar la solución que correspondía, la accesión invertida, dejaba imprejuizado el fondo del asunto. El Tribunal Constitucional denegó el amparo defendiendo el contenido de la sentencia recurrida. Entiende el “Guardián de la Constitución” que la Audiencia no podía, tal como hubiera querido el recurrente, alterar el objeto del proceso y, de oficio, modificar la acción ejercitada, resolviendo sobre la misma, pues precisamente entonces sí se hubiera producido incongruencia⁶⁶⁹.

4) Requisitos para aplicar la “accesión invertida” a las construcciones extralimitadas

La creación de la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida obedece a la necesidad de resolver el conflicto de intereses creado por las construcciones extralimitadas desde una triple perspectiva. Por una parte, desde un punto de vista ético, valorándose la buena o mala fe del constructor. Por otra parte, desde una perspectiva económica, tomándose en consideración el valor de cada bien. Finalmente, desde un punto de vista social, tratando de conservar las obras socialmente

⁶⁶⁹ Declara el TC en el Fundamento Jurídico 3º. “si el órgano jurisdiccional estimó que se trataba de un supuesto de accesión invertida o “construcción extralimitada” y, consiguientemente, que no era procedente la acción reivindicatoria ejercitada por el recurrente, la conclusión a la que había llegado la Audiencia Provincial no le permitía en modo alguno alterar el objeto del proceso y, de oficio, modificar la acción ejercitada, resolviendo sobre la misma. Pues en tal caso es indudable que la resolución judicial habría incurrido precisamente en la incongruencia omisiva que ahora se denuncia, al haberse dictado “sin oportunidad de debate, ni defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi” (SSTC 161/1993 y 122/1994). Y se habría producido, pues, una vulneración del principio de contradicción, por haber modificado de oficio el órgano jurisdiccional los términos en los que discurrió la controversia procesal en el presente caso. En definitiva, ha de estimarse que el fallo de la resolución judicial aquí impugnada se ajustó estrictamente a los términos del debate al desestimar la acción reivindicatoria ejercitada, sin entrar a resolver sobre el supuesto de accesión invertida que condujo a la desestimación de la demanda; y, por tanto, que dicho fallo es enteramente congruente con el objeto del proceso. Por lo que no ha existido en modo alguno la vulneración del art. 24.1 CE denunciada por el demandante de amparo”

útiles. En consecuencia, no puede aplicarse el beneficio de la accesión invertida a toda construcción extralimitada. Esta habrá de cumplir requisitos de tipo físico, ético, económico y social. En definitiva, se trata de evitar que la accesión invertida se convierta en un mecanismo expropiatorio por pura utilidad individual.

4.1) Requisito físico

4.1.1.) Tipo de construcción

La construcción extralimitada que puede gozar del beneficio jurisprudencial de la accesión invertida ha de ser un *edificio*. Es éste un concepto más limitado que el de *edificación* pues no incluye las obras de mejora o de reparación⁶⁷⁰. Como ejemplo de esta concepción restringida de construcción extralimitada cabe citar la STS de 22 de marzo de 1996 en la que el Tribunal Supremo rechazó la aplicación de la accesión invertida por tratarse de una *obra de adaptación* de un terreno para el cerramiento de una finca y no ser una *obra de nueva planta*⁶⁷¹. Por contra en los arts. 361 y siguientes del Código civil, sobre

⁶⁷⁰ La doctrina española también mantuvo el concepto estricto de edificio a la hora de interpretar el supuesto de hecho del hoy derogado 1.404.2 C.c. que, como se ha señalado anteriormente, aplicaba la accesión invertida. GARCÍA GRANERO, José, “Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges”, Revista de Derecho Privado, Marzo, 1950, pág. 210, “no basta que sean edificaciones; es necesario, además que estén construidas de nueva planta y que constituyan una obra independiente y principal”. SERRANO ALONSO, Eduardo, “La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 Código Civil”, Revista de Derecho Privado, julio-agosto, 1981, pág. 685, “De las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 1900, 21 de septiembre de 1911 y 29 de marzo de 1934 se desprende que el edificio construido ha de serlo totalmente, de forma que quedarían fuera del juego del artículo 1.404.2 tanto las edificaciones que sean ampliaciones o reparaciones de otras ya existentes, como las que se han construido sobre un edificio ya iniciado por otro titular.”

⁶⁷¹ Sobre esta sentencia ver el Comentario de MOLL DE ALBA, Chantal, en CCJC, nº42, octubre-diciembre, 1996, págs. 891 a 898.

construcción en suelo ajeno, el concepto de edificación es más amplio, e incluye las reparaciones⁶⁷².

La razón para adoptar este criterio estricto es que la accesión invertida, tal como ha sido ideada por la jurisprudencia, es un beneficio que se otorga al constructor para no destruir la importante inversión inmobiliaria realizada. Así la construcción que se extralimita en el fundo ajeno ha de tener una entidad suficiente para poder legitimar la apropiación de la parte de terreno invadida.

Se considera construcción extralimitada, a efectos de aplicación de la accesión invertida, la construcción que rebasa el fundo propio para invadir el predio limítrofe. Si por contra, la construcción se levanta totalmente en el fundo ajeno, sin que se proyecte desde el terreno propio, son aplicables los arts. 361 y siguientes del Código civil.

4.1.2) Extensión de la extralimitación

La extensión de la extralimitación es una cuestión debatida. Así, por ejemplo, la STS de 24 de enero de 1986 estima que cabe aplicar la accesión invertida si la extralimitación ocupa la totalidad del fundo vecino, mientras que la STS de 23 de octubre de 1973 sostuvo el criterio contrario: sólo cabe aplicar la accesión invertida si la invasión del terreno ajeno es parcial. Por su parte, la STS de 11 de marzo de 1985 consideró que no procede la accesión invertida si se han invadido casi dos terceras partes del fundo ajeno. En realidad el dato de la superficie ocupada no habría de ser tan relevante. Lo importante para que haya

⁶⁷² En los artículos del Código se utiliza expresiones tan genéricas como “el que edifica”, “la obra”. Sobre el concepto amplio de edificación en el Código Civil ver el Capítulo I.

extralimitación es que la edificación se proyecte desde el fundo propio hacia el ajeno⁶⁷³.

4.1.3) Extralimitación en las zonas de influencia dominical

Se ha planteado la posibilidad de aplicar la accesión invertida a supuestos de *extralimitaciones no físicas*. En estos casos el constructor no invade materialmente el fundo ajeno pero se extralimita en el ejercicio de su *facultas aedificandi*. El supuesto más paradigmático de esta tipología es el de las construcciones que no respetan el régimen de distancias mínimas entre fincas de los arts. 581 y siguientes del Código civil, y que por lo tanto infringen servidumbres legales. Se produce entonces una extralimitación en las llamadas *zonas de influencia dominical*. Respecto a la resolución de este tipo de supuestos existen diversas tendencias jurisprudenciales. Algunas sentencias han considerado que cabe aplicar la doctrina de la accesión invertida, alegando el argumento analógico, de forma que el extralimitante pueda adquirir la franja de terreno colindante y cumplir así las distancias exigidas por el art. 582 C.c. pagando la indemnización oportuna⁶⁷⁴. Otras rechazan esta posibilidad pues consideran que se crearía un modo “extra legem” de adquirir y extinguir derechos de servidumbre⁶⁷⁵.

⁶⁷³ Así lo estima CARRASCO PERERA, Angel, *Comentario a la STS de 11 de marzo de 1985*, CCJC, abril-agosto, 1985, págs. 2513 y ss.

⁶⁷⁴ STS de 10 de diciembre de 1980. El Tribunal Supremo considera en esta sentencia que resulta indiferente a efectos de aplicación de la “accesión invertida” que la extralimitación consista en la invasión del suelo ajeno, o, como en el presente caso, de su vuelo, al proyectarse sobre las facultades dominicales. En este sentido, también se pronuncia la STS de 3 de abril de 1992, según la cual “*La invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo al tener proyección sobre las facultades dominicales, como lo puede ser los voladizos.*”

⁶⁷⁵ SSTs de 1 de octubre de 1984, 26 de octubre de 1984, 22 de noviembre de 1989, 7 de noviembre de 1995. Sobre esta última sentencia ver el Comentario de

Finalmente, algunas decisiones judiciales estiman aplicable el régimen de la acción negatoria de servidumbre⁶⁷⁶. Así pues, el Tribunal Supremo no mantiene un criterio unificado para la resolución de los casos en los que puede apreciarse una interferencia entre la esfera de aplicación de la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida y la de la normativa del Código en materia de servidumbres. Tan sólo parece haber unanimidad en entender que la accesión invertida no es un medio hábil para adquirir servidumbres, aunque sí puede serlo para adquirir la propiedad de la franja de terreno que permita cumplir con el régimen de distancias⁶⁷⁷.

Cabe señalar que cuando el Tribunal Supremo niega la aplicación de la accesión invertida a las extralimitaciones en las “zonas de influencia” dominical no deja de incurrir en cierta contradicción. En efecto este tipo de extralimitaciones se resuelven de forma severa, exigiéndose su demolición, mientras que las invasiones físicas y materiales pueden beneficiarse de la accesión invertida, conservándose la edificación. Por este motivo se ha llegado a decir que cuanto mayor es la extralimitación menor es la sanción⁶⁷⁸.

No obstante, como ha señalado algún autor, la no aplicación de la doctrina de la accesión invertida no debe asociarse por principio a la

FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M^a Teresa, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1996, págs. 579 a 590.

⁶⁷⁶ STS de 25 de octubre de 1974, 4 de octubre de 1982, 10 de enero de 1983, 25 de enero de 1983, 9 de febrero de 1993.

⁶⁷⁷ ARCOS VIEIRA, M^a Luisa, *Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil: doctrina jurisprudencial*, op. cit., pág. 19.

⁶⁷⁸ CARRASCO PERERA, Angel, *La accesión invertida: un modelo de argumentación jurídica*, op.cit., pág. 897. Por este motivo, el autor sostiene que en estos casos de extralimitación en las “zonas de influencia” dominical podría aplicarse la accesión invertida (pág. 909).

consecuencia más drástica de derribo de edificio⁶⁷⁹. La edificación levantada en suelo propio pero infringiendo la normativa de distancias mínimas, no constituye una laguna legal, y por lo tanto no parece justificado el acudir a una teoría meramente jurisprudencial. Existen en el ordenamiento para estos supuestos unos mecanismos de reacción específicos. Así por ejemplo, cabe interponer la acción negatoria, que no siempre conllevará la destrucción de lo edificado sino que puede conducir al cerramiento de los huecos ilegales. También caben soluciones alternativas, como la reducción de los huecos a las dimensiones del art. 581 c.c.⁶⁸⁰, el levantamiento de un muro que impida las vistas⁶⁸¹ o el cerramiento de los huecos con material translúcido⁶⁸². Resulta por lo tanto injustificado e incluso ilícito tratar de ampliar el ámbito objetivo de la accesión invertida.

4.1.4) La plantación extralimitada

Por lo que respecta a las *plantaciones extralimitadas*, el Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación de la accesión invertida⁶⁸³. El que planta no puede devenir titular del fundo ajeno ocupado. Recuérdese

⁶⁷⁹ ARCOS VIEIRA, M^a Luisa, *Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil: doctrina jurisprudencial*, op.cit., pág. 25.

⁶⁸⁰ STS de 19 de diciembre de 1988.

⁶⁸¹ STS de 12 de diciembre de 1986.

⁶⁸² STS de 3 de abril de 1992. Sobre un caso distinto, la STS de 16 de septiembre de 1997 afirma que el empleo de material traslúcido en las paredes o muros a efectos de toma de luz no implica vulneración de las limitaciones establecidas en los arts. 581 y siguientes pues estos artículos tienden a evitar la violación de la intimidad en las relaciones de vecindad. Por ello la construcción debe reunir dos requisitos mínimos: "1) Que el material traslúcido sea sólido y resistente (es decir, con un índice de fractura que impida su conceptualización como frágil). 2) que, no obstante, ppermitir el paso de la luz el material no facilite la visión de formas nítidas sino, en todo caso, de luces y de sombras informes."

⁶⁸³ En este sentido ver, STS 22 de marzo de 1996, Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

que el fundamento de la teoría jurisprudencial de la accesión invertida es evitar el alto coste económico que supone la demolición⁶⁸⁴. En los supuestos de plantaciones extralimitadas, en cambio, falta el requisito de la indivisibilidad y por lo tanto la vuelta al *statu quo ante* no produce ninguna destrucción de riqueza. La aplicación de la accesión invertida no está justificada. Por otra parte cabe recordar que las plantaciones extralimitadas pueden subsumirse en el supuesto de hecho del art. 592 C.c.

4.2) Requisito ético: la buena fe del constructor

Todas las sentencias sobre accesión invertida exigen la buena fe del constructor⁶⁸⁵. Este no puede adquirir la porción de terreno ajeno invadido si no ha obrado de buena fe. Algunas sentencias⁶⁸⁶ equiparan la buena fe en la construcción extralimitada con la buena fe posesoria del art. 433 C.c.: ignorar que en el título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide. Esta asimilación de la buena fe en la construcción con la buena fe subjetiva no resulta del todo acertada. Sería preferible utilizar un concepto de buena fe más estricto, como el que se ha defendido a lo largo de esta tesis doctoral. La buena fe se proclama respecto a actos antijurídicos realizados sin ser conscientes de esa antijuridicidad. La buena fe corresponde por lo tanto con un estado psicológico, la ignorancia de la ajenidad del terreno, pero también con un determinado comportamiento. La ignorancia de la ajenidad del terreno debe basarse en un *error excusable* al haberse cumplido el

⁶⁸⁴ CARRASCO PERERA, Angel, *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, op.cit., pág.909.

⁶⁸⁵ El requisito jurisprudencial de la buena fe equivaldría a la falta de culpa o dolo en el Derecho alemán.

⁶⁸⁶ Véase, por ejemplo la STS de 24 de noviembre de 1984.

deber medio de diligencia. Será de buena fe el constructor que ha realizado las averiguaciones pertinentes respecto a la titularidad del terreno antes de iniciar la construcción.

Una de las cuestiones que cabe plantearse en esta materia, es si la falta de oposición del propietario a la obra constituye un elemento estructural de la buena fe. El Tribunal Supremo suele negar la aplicación de la accesión invertida a los supuestos en los que el propietario del terreno se ha opuesto a la construcción. De la lectura de algunas sentencias parece desprenderse que la jurisprudencia entiende la buena fe como sinónimo de falta de oposición a la obra⁶⁸⁷. Si el propietario se ha opuesto no cabe apreciar la buena fe en el constructor. La oposición tempestiva del *dominus soli* enerva la buena fe del constructor⁶⁸⁸. En este sentido, algunos Códigos como el portugués o el italiano han determinado el término temporal de esta oposición en tres meses desde que se inició la construcción⁶⁸⁹.

Existe por lo tanto un requisito adicional para aplicar la accesión invertida: la falta de oposición del dueño del terreno. Es curioso ver como el régimen jurisprudencial de la accesión invertida, confluye con el régimen de la construcción en suelo ajeno en el Código civil. En realidad la falta de oposición del propietario equivale a la definición de *mala fe del dominus soli* establecida en el art. 364.2 C.c.: “*Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.*” A la luz de estas definiciones, si la falta de oposición es un elemento estructural de la

⁶⁸⁷ STS de 11 de marzo de 1985, STS de 23 de julio de 1991

⁶⁸⁸ LAUROBA LACASA, Elena, *Comentario a la STS de 12 de diciembre de 1995*, CCJC, N°41, abril-agosto, 1996, pág. 632, afirma como principio general “*que la falta de oposición no garantiza la existencia de buena fe, pero la oposición sí impide que exista.*”

⁶⁸⁹ art. 1.343 del Código civil portugués y art. 938 del Código civil italiano.

buena fe del constructor, entonces siempre que el constructor sea de buena fe, el propietario actuará de mala fe.

4.3) Requisito económico

La Jurisprudencia exige para aplicar la accesión invertida, que el valor de la construcción sea superior al del suelo. Se introduce aquí un criterio de valoración económica de los bienes para redefinir la relación de accesoriedad/principalidad. En realidad este criterio también lo contempla el Código Civil en algunos de sus preceptos. Así, por ejemplo, el art. 376 establece: *“Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección.”* Seguidamente, señala el art. 377 C.c.: *“Si no puede determinarse por la regla del artículo anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de más valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen.”*

Para determinar esa relación de accesoriedad en la construcción extralimitada es necesario fijar los términos de la relación. ¿Cuáles son los valores a comparar? La Sentencia de 31 de mayo de 1949 se refería a la *“mayor importancia y valor del edificio unido al suelo del edificante respecto a la parte de terreno invadido”*. En sentencias posteriores este requisito es expresado con otra fórmula *“que lo edificado y el terreno formen un todo indivisible por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno invadido.”*⁶⁹⁰. En otras sentencias se hace referencia a la aplicación de la accesión invertida cuando *“el valor del suelo es muy inferior al del edificio”*⁶⁹¹. En principio, la solución más justa es que se valore sólo la parte del edificio

⁶⁹⁰ STS de 11 de marzo de 1985, 23 de julio de 1991.

⁶⁹¹ STS de 26 de febrero de 1971, STS de 24 de noviembre de 1984.

asentada en el terreno ajeno, y sólo la franja de suelo invadido. Si se valorara la totalidad del edificio se llegaría a situaciones injustas. El propietario del fundo podría perder su porción de terreno invadida por el elevado coste de las obras realizadas en el fundo vecino. Por otra parte, quizás el constructor edificó en terreno propio una mansión y en el terreno ajeno tan sólo un cobertizo de escaso valor⁶⁹².

Por otra parte, para fijar la relación de accesoriedad es preciso tomar en cuenta tres criterios: la plusvalía generada por la urbanización, la porción de terreno invadido y el provecho residual que al propietario le reste con terreno propio libre de edificación⁶⁹³.

4.4) Requisito social

La teoría jurisprudencial de la accesión invertida tiene un fundamento esencialmente económico: evitar los altos costes de la reposición y la destrucción de riqueza que implica la demolición. No obstante este fundamento no basta para justificar el resultado de la accesión invertida. La adjudicación de la franja de terreno a un sujeto que ha cometido un ilícito debe tener una justificación que no sea meramente económica sino también social. La accesión invertida supone una vulneración del derecho de propiedad, pudiéndose convertirse en un mecanismo expropiatorio. Por este motivo necesita, aunque no lo exija la jurisprudencia, basarse en un interés general.

En los países democráticos, el derecho a la propiedad constituye un derecho fundamental que goza de una especial protección por parte

⁶⁹² GARCÍA GARCÍA, Manuel, *Construcción extralimitada de buena fe. Principio de equidad.*(Comentario a la STS de 26 de febrero de 1971), RCDI, marzo-abril, 1971, págs. 918-919.

⁶⁹³ CARRASCO PERERA, Angel, *Comentario a la STS de 11 de marzo de 1985*, op.cit.

del ordenamiento jurídico⁶⁹⁴. Así, la Constitución española declara en su artículo 33:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
- 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”*

Interesa particularmente, por su relación con el tema de este estudio, el párrafo tercero del art. 33 de la Constitución. Exigir que toda lesión del derecho de propiedad se fundamente en una utilidad pública o en un interés social implica que la accesión invertida, al “expropiar” de su derecho dominical al propietario del suelo, habrá de tener una justificación pública o social. A la luz de la Constitución española de 1978 aparece pues un nuevo requisito para la aplicación de la figura de la accesión invertida, que, curiosamente, no ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia.

Este requisito, respecto a la privación de la propiedad, aparece también recogido en la normativa comunitaria. Así, en el art. 9 de la Resolución del 12 de abril de 1989 del Parlamento Europeo por la que

⁶⁹⁴ En el sistema constitucional español el Derecho a la propiedad no corresponde sin embargo a lo que técnicamente se denomina derecho fundamental. En efecto no está incluido en la Sección Primera, *“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*, del Capítulo II del Título Primero de la Norma Fundamental, sino en la Sección Segunda *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”* y por lo tanto, en caso de ser vulnerado, no cabe tutelarlos a través del procedimiento preferente y sumario previsto en la Ley 62/78, ni tampoco a través del recurso de amparo (art. 53.2 CE). Por otra parte, la regulación del derecho de propiedad ha de hacerse por ley ordinaria en cuanto a su contenido esencial (art. 53.1 CE), pero no es necesaria una ley orgánica (art. 81.1 CE).

se aprueba la “Declaración de derechos y libertades fundamentales” se establece:

“(Derecho a la propiedad). Se garantiza el derecho a la propiedad. Nadie podrá ser privado de su propiedad, excepto por causa de utilidad pública considerada necesaria, y en el caso y las condiciones previstas por una ley y mediante indemnización.”

Se confirma por lo tanto que la limitación del derecho a la propiedad sólo procede por utilidad pública, exigiéndose además el respeto a la ley y el pago de una indemnización⁶⁹⁵.

La construcción extralimitada puede solventarse por el mecanismo de la accesión invertida si tiene un interés para la sociedad porque la obra genera un beneficio general, como por ejemplo es el caso de las viviendas, los hospitales, los centros culturales o de ocio, etc. En definitiva la aplicación de la accesión invertida a las construcciones extralimitadas está justificada si la destrucción de la obra implica una pérdida para la sociedad.

5) La indemnización al dominus soli.

Si la accesión invertida resulta aplicable porque la construcción extralimitada cumple todos los requisitos analizados, la indemnización al dueño del suelo debe cubrir el valor de la franja de terreno invadida y los daños ocasionados. La indemnización se determina en fase de

⁶⁹⁵ Respecto a esta norma comunitaria ver la obra de CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M^a, *La protección inmobiliaria del consumidor en la comunidad europea*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 337.

ejecución de sentencia teniendo en cuenta el valor actual del bien⁶⁹⁶. Para fijar la indemnización por daños ha de valorarse todo el quebranto y menoscabo económico producido por la segregación del terreno⁶⁹⁷.

Si bien algunas sentencias prestan a confusión al llamar indemnización al importe debido por el constructor, es necesario distinguir dos conceptos. Por una parte, el valor del terreno que el constructor debe pagar al propietario para adquirirlo, y por otra, la indemnización por daños y perjuicios generada por incurrir responsabilidad extracontractual. Por lo que respecta al primer concepto, el valor del terreno, en España, teniendo en consideración que la adquisición del terreno por el constructor opera a menudo por adjudicación judicial y que no se basa en una declaración de voluntad del *dominus soli* en favor de la cesión del terreno, sería preferible un sistema de compensación económica similar al italiano. El art. 938 de su *Codice Civile*, en el que se establece un sistema de atribución judicial del terreno, el constructor debe pagar el doble del valor de la superficie invadida (*aesitimatío dupli*) y además resarcir los daños causados. De este modo, el carácter expropiatorio de la adquisición queda compensado. Tan sólo se justifica limitar el importe debido al mero valor del terreno cuando la cesión del terreno se produce como consecuencia del ejercicio de una potestad del *dominus soli*.

La responsabilidad extracontractual se genera con independencia de la aplicabilidad o no de la accesión invertida. Respecto a esta indemnización por daños, cabe señalar que la jurisprudencia es

⁶⁹⁶ STS de 24 de noviembre de 1984, STS de 12 de diciembre de 1995 "los metros de solar ocupados se han de valorar a precios actuales".

⁶⁹⁷ STS de 26 de febrero de 1971. Según esta sentencia el fundamento de esta valoración radica en el principio de equidad y así lo confirma GARCÍA GARCÍA, Manuel en su comentario a esta sentencia, op.cit., pág.919. La STS de 12 de diciembre de 1995 señala: "A dicha suma (valor del solar) ha de añadirse el perjuicio inherente a la minusvaloración que la privación de metros haya producido en el solar residual tras la enajenación de la parte invadida."

reticente a cubrir el lucro cesante⁶⁹⁸. No se valoran las expectativas edificatorias del *dominus soli*. Así la STS de 12 de diciembre de 1995, señalaba: *“No cabe tener en cuenta otros perjuicios derivados de la construcción y apoyados en las expectativas negociables de la posible edificación porque no cabe tener como perjuicios efectivos expectativas más o menos posibles de negocio.”*

⁶⁹⁸ En este mismo sentido vid. STS de 16 de junio de 1980, y más recientemente la STS de 2 de octubre de 1999.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-

La construcción en suelo ajeno debe relacionarse con todas las incidencias que se derivan del fenómeno edificatorio en su configuración técnica y legislativa actual. Las disposiciones del Código civil sobre la materia deben complementarse con las modernas leyes inmobiliarias hoy vigentes en España que afectan al suelo, a la construcción, así como a sus agentes. De este modo, el régimen de la construcción en suelo ajeno puede venir determinado no sólo por los preceptos decimonónicos sino también por normas como las urbanísticas, las de la Ley de Propiedad Horizontal o las de la reciente Ley de ordenación de la edificación.

SEGUNDA

La construcción en suelo ajeno puede constituir un acto ilegítimo o no. En efecto, existen supuestos de edificación en terreno no propio en los que el constructor ostenta legítimamente el *ius aedificandi*. El caso más paradigmático de este tipo de supuestos es el derecho de superficie, que cuenta, tras la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, con un régimen detallado y en sintonía con la normativa urbanística. A parte del superficiario, existen también en nuestro ordenamiento otros sujetos que pueden estar legitimados para construir en el terreno ajeno, como por ejemplo el titular del derecho de vuelo o sobreelevación, el enfiteuta, el usufructuario o incluso el arrendatario.

TERCERA.-

Al existir construcciones en suelo ajeno *legítimas* cabe cuestionarse sobre la titularidad de las construcciones. ¿Las edificaciones levantadas pertenecen al propietario o al constructor? El legislador y la doctrina española han sido tradicionalmente reacios a admitir la posibilidad en ordenamiento español de una *propiedad separada* del edificio respecto a la del suelo. En este sentido, la reciente Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, al derogar el sistema elaborado por la Ley del Suelo de 1990 y el Texto Refundido de 1992 de adquisición gradual de las facultades urbanísticas, y entre ellas del derecho a la edificación, ha puesto de relieve la inherencia del *ius aedificandi* respecto a la propiedad del suelo.

No obstante, en la legislación civil existen diversos indicios que muestran que la *disociación jurídica* de la propiedad inmobiliaria es posible en nuestro ordenamiento. En primer lugar, el derecho de superficie, tal como está regulado actualmente en el art. 16.1 RH, otorga al superficiario la facultad de construir en un terreno ajeno, haciéndose dueño del edificio mientras esté vigente el derecho. La duración máxima del derecho de superficie concedido por los Ayuntamientos es de 75 años, y de 99 años en el convenido entre particulares. Además se permite la prórroga de la situación superficiaria por otro plazo no superior al legal. Así pues, la norma permite la propiedad separada del edificio con una duración máxima de 198 años. Otro de los argumentos legales en favor de la disociación jurídica del inmueble es el art. 110.1 LH que niega la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones. También cabe decir que la accesión concebida como un atributo de la propiedad útil, no constituye un obstáculo para la propiedad separada sino al contrario un posible fundamento técnico. La propiedad de lo edificado corresponde al titular del dominio útil, de las facultades edificatorias eso es, al que ha trabajado, al constructor.

Con esta interpretación se da un paso más en la evolución fluctuante del derecho de propiedad, que tanto ha mutado a lo largo de la Historia. Las ventajas del *desmembramiento* de la propiedad inmobiliaria son múltiples. Entre ellas cabe citar, el ser un instrumento de fomento de la construcción y el permitir la mejor explotación de los recursos y el mayor reparto de la riqueza.

CUARTA.-

La regulación de la construcción en suelo ajeno ilegítima en los arts. 361 y siguientes del Código civil no corresponde a la institución de la accesión en su concepción histórica. Las notas características de la accesión son esencialmente dos: el automatismo y el principio *superficies solo cedit*, según el cual lo edificado pertenece en cualquier caso al propietario del suelo.

En los arts. 361 y siguientes del Código Civil no se dan siempre estas dos características. Por una parte, en el régimen de la construcción en suelo ajeno, no opera el automatismo propio de la accesión: los desplazamientos patrimoniales que pueden acaecer dependen exclusivamente de la declaración de voluntad del *dominus soli*. Por otra parte, el art. 361 C.c. tampoco se inspira en el principio *superficies solo cedit*, supuesto fundamento de la accesión inmobiliaria, puesto que se permite la adquisición del terreno ocupado por el constructor a través de una compra impuesta por el *dominus soli*.

QUINTA.-

Uno de los criterios esenciales en la regulación de la construcción en suelo ajeno ilegítima es el de la buena fe, que, sin embargo, no aparece definido. El concepto de buena fe en los arts. 361 y siguientes del Código civil no se corresponde únicamente con el concepto de buena fe posesoria de los arts. 433 y 1950 C.c. Para que el constructor obre de buena fe, no basta con ignorar la ajenidad del terreno. En efecto, en esta Tesis se defiende, partiendo de las raíces históricas, un concepto genérico de buena fe, aplicable tanto a las situaciones reales como a las obligacionales. En este sentido, la buena fe no es un mero estado psicológico sino que exige un determinado comportamiento. Se añade por lo tanto al elemento *cognoscitivo* de la buena fe un elemento que llamamos *fenomenológico*.

Si se relaciona la buena fe en la construcción con este concepto genérico de buena fe, es necesario que el constructor haya tenido un comportamiento ético. El error que ha cometido respecto a la titularidad del terreno no puede ser de cualquier tipo, sino que ha de ser *excusable*, eso es, el constructor tiene que haber prestado una diligencia media. De otro modo la buena fe no puede amparar el acto antijurídico de construir en suelo ajeno.

SEXTA.-

El criterio relevante para determinar el régimen jurídico aplicable a la construcción en suelo ajeno es la buena o mala fe del constructor. Por contra, la buena o mala fe del propietario del terreno no tiene incidencia alguna. La que el Código llama "*mala fe*" del *dominus soli* en el art. 364 no es tal y en cualquier caso no tiene correspondencia con el concepto de mala fe en la construcción. La denominada *mala fe del propietario* del terreno consiste en una serie de conductas que el art.

364.2 C.c. determina explícitamente: ver la obra, conocerla y no oponerse a ella. La aplicación de la interpretación *a contrario* conduciría a una afirmación absurda y contradictoria: la buena fe del propietario consiste en la ignorancia de la construcción y en la existencia de un acto de oposición. Así pues, cabe afirmar que la mal llamada *mala fe* del propietario no tiene contrario, y constituye un criterio autónomo. Por ello resulta incorrecto considerar que en el art. 361 C.c. se regula la construcción en suelo ajeno cuando *ambos sujetos* actúan de buena fe. En realidad para la aplicación de este artículo sólo importa la buena fe del constructor, con independencia de la buena o mala fe del propietario.

La virtualidad del art. 364 C.c. radica únicamente en permitir la preclusión de las severas acciones de los arts. 362 y 363 C.c., y por lo tanto la aplicación del art. 361 C.c., más favorable al constructor, cuando el propietario conociendo la obra no se opone a ella pues supone ir contra sus propios actos.

SÉPTIMA.-

La regulación de la construcción en suelo ajeno en el Código civil adolece de diversos defectos. Tal y como se ha concluido anteriormente, la utilización del término *mala fe del propietario* para definir las conductas descritas en el art. 364 C.c. resulta incorrecta. El art. 364 C.c. no regula la mala fe del propietario sino que introduce simplemente un criterio normativo que puede hacer variar el régimen normalmente aplicable a la construcción de mala fe, arts. 362 y 363 C.c., aplicándose por contra el art. 361 C.c..

Así pues no existen dos parámetros éticos reguladores de cuya combinación se deriven cuatro supuestos de hecho: constructor de buena fe/ propietario de buena fe; constructor de buena fe/propietario

de mala fe; constructor de mala fe/ propietario de buena fe; constructor de mala fe/propietario de mala fe. Tan sólo cabe tomar en consideración la buena o mala fe del constructor, y por lo tanto sólo existen dos supuestos de hecho: construcción de buena fe (art. 361 C.c.) o construcción de mala fe (art. 362 y 363 C.c.). Así pues no puede considerarse que el supuesto en el que el constructor actúa de mala fe y el propietario de buena fe constituya una laguna legal, en tal caso se aplicarán los arts. 362 y 363 C.c.

Otra de los puntos criticables en la regulación de la construcción en suelo ajeno en el Código Civil, es la remisión que el art. 361 C.c. establece a los arts. 453 y 454 C.c. para fijar la llamada “indemnización” al constructor de buena fe. Estos preceptos regulan la liquidación de estados posesorios con base en la histórica trilogía de gastos: necesarios, útiles y voluptuarios. En consecuencia, para determinar la indemnización al constructor es necesario averiguar qué tipo de gastos se han realizado en la construcción. Este sistema resulta complejo y entraña sin duda inseguridad jurídica. Los criterios para determinar la compensación económica a pagar al constructor habrían de fijarse en el propia regulación de la construcción en suelo ajeno, tal y como se establecía en los arts. 676, 680 y 681 del Proyecto de Código civil de 1836, y como prescribe actualmente el artículo 555 del Código civil francés.

OCTAVA.-

Entre la regulación de la construcción en suelo ajeno de buena fe y la de la construcción de mala fe existe un evidente paralelismo. En ambos supuestos, el Código otorga al *dominus soli* la posibilidad de optar entre dos alternativas jurídicas. Si el constructor obró de buena fe, según el art. 361 C.c., el propietario puede optar entre adquirir la obra pagando una indemnización al constructor o forzar a éste a comprarle el terreno. Si por contra, el constructor actuó de mala fe, *el dominus soli* puede decidir o bien la adquisición de la obra sin pagar indemnización (art. 362 C.c.), o bien la destrucción de la obra a costa del edificante (art. 363 C.c.). Como puede apreciarse, en cualquiera de los dos supuestos, la solución al conflicto de intereses depende de la *declaración de voluntad* del propietario del terreno en favor de una alternativa u otra. Esta característica, aleja la regulación de la construcción en suelo ajeno del régimen de la accesión en sentido clásico, y por contra la acerca a la teoría del negocio jurídico. En efecto, cabe concluir, a la vista del particular régimen legal español, que en los arts. 361 y siguientes del Código civil las diversas transmisiones patrimoniales que pueden tener lugar operan siempre en virtud de un negocio jurídico unilateral previo: la declaración de voluntad del *dominus*.

NOVENA.-

La actual regulación de la construcción en suelo ajeno en la Compilación catalana necesitaría ser revisada. En primer lugar determinándose con claridad la relación entre construcción en suelo ajeno y accesión, determinación que pasa, ineludiblemente, por la modernización de este último concepto. Por otra parte, habría de concretarse el significado de la buena fe en la construcción, pues como muestra la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña, no sólo consiste en un estado psicológico o cognoscitivo del constructor sino que exige también un determinado comportamiento por parte del propietario del terreno. Se aprecia por lo tanto también en el ámbito del derecho civil catalán una evolución de la tradicional buena fe subjetiva, históricamente propia de los derechos reales, hacia un concepto de buena fe más objetivo, relativo a las conductas, que en el Derecho Romano se predicaba esencialmente en el derecho de obligaciones. La buena fe en la actualidad habría de identificarse con una simbiosis de ambos conceptos.

DÉCIMA.-

El origen de muchas construcciones en suelo ajeno ilícitas puede radicar en la descoordinación entre la realidad registral y la realidad física. Por este motivo es preciso poner de relieve el esfuerzo del legislador español por adecuar las inscripciones tabulares a la realidad extraregistral. En este sentido cabe citar, la intención de coordinar Registro y Catastro, con la introducción de la referencia catastral en 1996 y la reciente modificación del art. 51 del Reglamento Hipotecario sobre descripción física del inmueble.

Por otra parte, con las modificaciones introducidas en la regulación de la declaración de obra nueva a través de las normas urbanísticas en aras de una mayor coordinación entre la realidad registral y la urbanística, la declaración de obra nueva se ha tratado de configurar como un instrumento de control de la legalidad urbanística. Más recientemente, con la Ley de Ordenación de la Edificación, la institución registral de la declaración de obra nueva se convierte incluso en un medio de control de la seguridad en la edificación.

UNDÉCIMA.-

La construcción extralimitada, eso es aquélla que se levanta en fundo propio pero invadiendo el predio vecino, no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento. Con base en esta supuesta laguna legal, la jurisprudencia ha *creado*, como solución propia de las construcciones extralimitadas, la figura de la *accesión invertida* que permite otorgar al constructor la propiedad del terreno invadido. Para que este resultado tenga lugar es necesario, por una parte, que se cumplan una serie de requisitos físicos, éticos y económicos, y por otra parte, que el constructor pague al propietario una indemnización económica.

La teoría jurisprudencial de la accesión invertida es criticable por varias razones.

En primer lugar porque la expresión es incorrecta desde el punto de vista técnico: no se trata de una *inversión* de la accesión, sino, en todo caso, de uno de sus tradicionales principios rectores: *superficies solo cedit*.

En segundo lugar, porque se fundamenta en una laguna legal inexistente. Las construcciones extralimitadas podrían regirse por los arts. 361 y siguientes del Código civil sobre construcción en suelo ajeno. El resultado al que conduce la compleja e injustificada teoría jurisprudencial de la *accesión invertida* puede obtenerse por la sencilla aplicación del art. 361 C.c. Si el constructor extralimitante ha obrado de buena fe el propietario del terreno puede optar entre adquirir la parte de la obra que invada su terreno, salvo que la construcción en su totalidad tenga carácter indivisible, o bien puede forzar al constructor a comprarle la franja de suelo invadida. Esta última alternativa, que corresponde a la mal llamada *accesión invertida*, coincide textualmente con la solución que ofrece el BGB alemán en su § 915 a las

construcciones extralimitadas. Así pues, respecto a la construcción extralimitada de buena fe que encuentra amparo legal en el art. 361 C.c., la jurisprudencia *crea* una solución que ya ofrece el Código.

Finalmente, en cuanto a la dudosa legalidad de la atribución judicial de la parte de terreno invadido sin el consentimiento del *dominus soli*, se echa a faltar el requisito social, eso es, que la obra aporte un beneficio a la sociedad en general y no sólo una utilidad individual. En efecto, a la luz de la Constitución española no cabe concebir un mecanismo expropiatorio que prescinda de la utilidad pública o interés general.

DUODÉCIMA.-

La coincidencia casi textual entre la segunda alternativa ofrecida por el art. 361 C.c. y el § 915 del BGB constituye un indicio importante que podría mostrar la influencia de los principios germánicos en la regulación de la construcción en suelo ajeno en el derecho español y que justificaría el carácter novedoso del art. 361 C.c. respecto a la tradición histórica. La posibilidad ofrecida por el art. 361 del Código Civil al propietario del terreno de forzar al constructor a adquirir el suelo ocupado constituye una particularidad del ordenamiento español, no prevista en otros como el catalán o el francés, ni tampoco en los precedentes históricos del precepto como pueden ser la Ley XLI, del Título XXVIII de la Partida Tercera o el párrafo 30 del Título I del Libro II de las Instituciones de Justiniano. El art. 361 C.c. se presenta como una conjunción de dos principios de origen diverso : el principio romanista *superficies solo cedit*, según el cual el propietario del terreno adquiere todo lo que se le incorpore, y el principio germánico del *trabajo*, según el cual la propiedad puede revertir en favor del que ha dedicado su esfuerzo en la construcción. Cabe matizar sin embargo que el precepto español, fiel a la tradición romanista, sitúa al *dominus soli*

en una posición preferente, pues, en todo caso, es él quien decide el destino de los bienes.

TRECEAVA.-

La *accesión invertida*, eso es, la atribución del terreno al edificante, es una de las soluciones posibles al problema de la construcción extralimitada pero no la única. Existen otras vías alternativas de resolución del conflicto que se contemplan en los Códigos extranjeros y que podrían aplicarse bien por acuerdo de las partes, bien mediante una nueva interpretación de las normas existentes o bien por la creación de una regulación *ad-hoc*. Así, por ejemplo, cabría plantearse la posible separación del dominio del edificio y del suelo y el pago de un canon por el constructor al propietario, tal y como establece el Derecho alemán, o bien la constitución de una servidumbre predial, siguiendo el modelo helvético.

APÉNDICES

CUADRO SINÓPTICO

LA REGULACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO EN LOS ARTS. 361 A 365 CC

I) EN FUNCIÓN DEL PARÁMETRO ÉTICO

1) Construcción de buena fe (art. 361 C.c.)

Alternativas del propietario del terreno:

- Adquisición onerosa de la obra
- Cesión onerosa del terreno

2) Construcción de mala fe (arts. 362 y 363 C.c.)

Alternativas del propietario del terreno.

- Adquisición gratuita de la obra
- Demolición a costa del constructor

3) Construcción de mala fe faltando oposición del propietario (art. 364 C.c.)

- Adquisición onerosa de la obra
- Cesión onerosa del terreno

II) EN FUNCIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS MATERIALES

Construcción en suelo ajeno con materiales ajenos (art. 365 C.c.) :
responsabilidad subsidiaria frente al dueño de los materiales del propietario del terreno, salvo que opte por la demolición *ex art.* 363 C.c.

JURISPRUDENCIA CITADA

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS

ACCESIÓN

*** Principio *superficies solo cedit***

RDGRN de 19 de mayo de 1952

ACCESIÓN INVERTIDA

*** Sobre la apreciación de oficio de la “accesión invertida” (posible incongruencia procesal)**

STS de 11 de diciembre de 1978

STS de 12 de noviembre de 1985

STS de 11 de marzo de 1985

STS de 28 de mayo de 1985

STS de 1 de octubre de 1991

STS de 8 de febrero de 1994

STC 222/1994, de 18 de julio

STS 12 de diciembre de 1995

STS de 2 de octubre de 1999

*** Requisitos de la “accesión invertida”**

STS de 31 de mayo de 1949

STS de 26 de febrero de 1971

STS de 23 de octubre de 1973

STS de 15 de junio de 1981
STS de 24 de noviembre de 1984
STS de 11 de marzo de 1985
STS de 28 de mayo de 1985
STS de 24 de enero de 1986
STS de 23 de julio de 1991
STS de 3 de abril de 1992
STS de 11 de junio de 1992
STS de 22 de marzo de 1996

*** Indemnización al propietario del terreno en la “accesión invertida”**

STS de 16 de junio de 1980
STS de 12 de diciembre de 1995
STS de 2 de octubre de 1999

*** Extralimitación en las “zonas de influencia dominical” y accesión invertida**

STS de 25 de octubre de 1974
STS de 4 de octubre de 1982
STS de 10 de diciembre de 1980
STS de 10 de enero de 1983
STS de 25 de enero de 1983
STS de 3 de abril de 1992
STS de 9 de febrero de 1993
STS de 7 de noviembre de 1995

CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO

*** Ambito del art. 361 C.c.**

STS de 15 de octubre de 1962

STS de 13 de diciembre de 1985

*** Concepto de buena fe**

STS de 2 de enero de 1928

STS de 15 de octubre de 1962

STS de 24 de marzo de 1983

STS de 24 de noviembre de 1984

STS de 11 de junio de 1985

STS de 4 de julio de 1985

STS de 12 de noviembre de 1985

STS de 23 de julio de 1991

*** Acción reivindicatoria y construcción en suelo ajeno**

STS de 2 de diciembre de 1960

STS de 23 de marzo de 1943

STS de 17 de diciembre de 1957

STS de 11 de junio de 1985

STS de 16 de octubre de 1990

STS de 19 de diciembre de 1990

STS de 3 de abril de 1992

STS de 16 de junio de 1998

STS de 18 de mayo de 1999

*** Articulación procesal de los derechos derivados del art._361 C.c.**

STS de 21 de mayo de 1928

STS de 15 de octubre de 1962

STS de 31 de diciembre de 1987

*** La construcción en suelo ajeno en el Derecho civil catalán (art. 278 de la Compilación)**

STSJC de 22 de julio de 1991

STS de 13 de diciembre de 1985

STSJC de 1 de marzo de 1993

STSJC de 10 de mayo de 1993

STSJC de 29 de septiembre de 1993

STSJC de 6 de abril de 1998

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

*** Legitimación**

RDGRN de 19 de diciembre de 1917

RDGRN de 11 de febrero de 1969

*** Certificación del técnico competente**

RDGRN de 26 de febrero de 1996

*** DERECHO DE PROPIEDAD**

*** Derecho constitucional a la propiedad**

STC 111/1983

STC 37/1987

STC 89/1994

*** Contenido esencial del derecho**

STC 11/1981, de 8 de abril

STC 37/1987, de 26 de marzo

*** Derecho a edificar y derecho de propiedad**

STS de 30 de diciembre de 1985 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

STS de 24 de septiembre de 1996 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

*** Propiedad separada del suelo y del vuelo**

STS 14 de marzo de 1983

*** Derecho francés sobre propiedad inmobiliaria**

Cour de Cassation, Civil 1ª, de 16 de diciembre de 1873

Cour de Cassation, Civil 1ª, de 14 de noviembre de 1888

Cour de Cassation, Civil 1ª, de 27 de abril de 1891

Cour de Cassation, Civil 1^a, de 18 de diciembre de 1967

Cour de Cassation, Civil 3^a, de 9 de febrero de 1982

Cour de Cassation, Civil 3^a, de 26 de mayo de 1992

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, Civil 4^a, de 19 de marzo de 1996

Cour de Cassation, Civil 3^a, de 20 de noviembre de 1996

Cour d'appel de Paris, Expropiaciones, de 25 de septiembre de 1997

DERECHO DE SUPERFICIE Y DE VUELO

*** Derecho de superficie**

STC 61/1997, de 20 de marzo

*** Derecho de vuelo**

STS de 10 de mayo de 1999

MEJORAS (arrendamientos rústicos)

STS de 3 de diciembre de 1985

STS de 11 de junio de 1987

STS de 16 de enero de 1998

URBANISMO

*** Competencia autonómica en materia de urbanismo**

STC 61/1997, de 20 de marzo

*** Licencias**

STS de 5 de junio de 1986

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel:

- *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Vol. Segundo, decimocuarta edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. Segundo, novena edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.
- *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Vol. Primero y Segundo, séptima edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.
- *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958.

ALEXY:

- *Teoría de los derechos fundamentales*, 1986, trad. de Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALGUER, José :

- *El concepto de buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho Privado (Contribución al estudio de la norma jurídico-civil)*, R.J.C., Vol. XXXIII, año XXXIII, Barcelona, 1927, págs. 422 a 439 y 507 a 555.

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel:

- *Estudios sobre el derecho de propiedad*, Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Tomo III, Madrid, 1875.

ALONSO PÉREZ, Mariano:

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo V, vol.1º, Edersa, 1980, págs. 193 y ss.

ALVAREZ OLALLA, Pilar:

- "La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales", *Aranzadi Civil*, febrero 1997, nº19, págs. 11 a 42.

AMELL, Juan:

- junto con Guillermo M^a de BROCÁ, *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente*, o sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua jurisprudencia de los autores y de la antigua audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una introducción histórica, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1880.

AMENGUAL PONS, Pedro J.:

- *El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria*, R.C.D.I., núm. 532, año LV, mayo-junio 1979, págs. 621 a 654.

ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio:

- *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia, 1998.

ARCOS VIEIRA, M^a Luisa:

- *Accesión invertida y régimen de luces y vistas del Código Civil: doctrina jurisprudencial*, Aranzadi Civil, n^o17, enero 1997, págs. 11 a 31.

ARNAIZ EGUREN, Rafael:

- *Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, RCDI, Año LXVII, noviembre- diciembre 1991, n^o607, págs. 2157 a 2206.
- *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Ed. Marcial Pons, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1995.

AZCÁRATE, Gumersindo de:

- *Ensayo sobre el derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, 3 vols., Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1879 a 1882.

BASOZABAL ARRUE, Xabier:

- *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Prólogo de Fernando PANTALEÓN PRIETO, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

BERGEL, Jean-Louis:

- *Chronique Droit de Propriété*, en "Revue de Droit Immobilier", Janvier-Mars, 1998, págs. 65 a 67.

BERTREL, Jean Pierre:

- *L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1994, nº4 , octobre-décembre, págs. 737 a 758.

BETTI:

- *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, 1940.

BIERMANN:

- "*Superficies solo cedit*", Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, vol. 34, 1895, págs. 169 a 280.

BIRET, M. :

- *Applications au Code Civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste*, Tome Premier, Arthus Bertrand, Libraire, Paris, 1824.

BONEL Y SANCHEZ, León:

- *Código Civil español*, Tomo II, Libro II, A. López Robert impresor, Barcelona, 1890.

BONET BONET, Francisco Vicente:

- *Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho Positivo*, RGLJ, julio-agosto, 1971.

BORRELL I CALONGE, Agustín:

- *Los diferentes agentes que intervienen en el proceso de edificación*, Materiales de la Jornada Incidencias de la LOE en la promoción y construcción, organizada por la Asociación de Promotores Constructores de Edificios de Barcelona el 9 de febrero de 2000.

BRANCA:

- *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, Milán, 1958.

BRISSE SAINT-MACARY, J.:

- *De l'accession artificielle immobilière. Essai d'un fondement juridique rationnel*, Imp. de la Faculté, Bordeaux, 1929.

BROCA, Guillermo M^a:

- junto con Juan AMELL, *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente*, o sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua jurisprudencia de los autores y de la antigua audiencia del Principado; completada con las

doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una introducción histórica, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1880.

BÜRGERLICHES GESETZ BUCH,

C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1989.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M^a:

- *La protección inmobiliaria del consumidor en la comunidad europea*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.

CALABRESI, Guido:

- junto con MELAMED, Douglas: *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*, Harvard Law Review, vol. 85, marzo 1972, nº5, págs. 1089 a 1128.

CÁMARA AGUILA, María del Pilar:

- *El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual*, RCDI, nº648, septiembre-octubre 1998.

- *Derecho de superficie urbano: breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, RCDI, nº 649, noviembre-diciembre 1998, págs. 2003 a 2009.

CAMPOS HERNÁNDEZ, Manuel:

- *Construcciones extralimitadas en propiedad horizontal*, Revista General de Derecho, Año XV, nº180, septiembre 1959, págs. 801 a 809.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura:

- *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Volumen IV, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Pamplona 1971, págs. 295 a 349.
- *Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo*, R.C.D.I., año LXVII, nº604, mayo-junio 1991, págs. 951 a 1004.

CANCER, Jaume:

- *Variarum resolutionum iuris Universalis Caesarei, Pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae*, Pars. II, Cap. VI, Lugduni, 1712, folio nº129, nº7.

CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés:

- *La accesión y el Registro de la Propiedad*, RCDI, año 1952, págs. 903 a 917.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio:

- *Panorama del Derecho urbanístico autonómico*, RDU, nº172, 1999, págs. 13 a 38.

CÁRDENAS, Francisco de:

- *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Imprenta de J. Noguera, Madrid, 1873.

CARRASCO PERERA, Angel:

- *Comentario a la Sentencia de 14 de marzo de 1983*, CCJC, nº1, enero-marzo, 1983, págs. 281 a 288.

- *Comentario a la Sentencia de 1 de octubre de 1984*, Accesión invertida. Servidumbre de luces y vistas. Derecho a continuar sobre las obras paralizadas, CCJC, nº6, septiembre-diciembre 1984, pág. 1999 y ss..

- *Comentario a la Sentencia de 24 de noviembre de 1984*, CCJC, nº7, 1985.

- *Comentario a la Sentencia de 11 de marzo de 1985*, Accesión invertida, Cosa juzgada, CCJC, Nº9, abril-agosto, 1985, págs. 2513 y ss..

- *Comentario a la STS de 25 de noviembre de 1985*, CCJC, nº10.

- *Ius aedificandi y Accesión (la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Ed.Montecorvo, Madrid, 1986.

- *Comentario a la Sentencia de 5 de junio de 1986*, Competencia de la jurisdicción civil, derecho de propiedad. Limitación por Planes de Urbanismo, servidumbres legales de distancias, CCJC, nº11, abril-agosto, 1986, págs. 3707 a 3716.

- *La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica*, Revista de Derecho Privado, diciembre 1996, págs. 886 a 912.

- junto con CORDERO LOBATO, Encarna y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: *Derecho de la construcción y la vivienda*, Ed. Dilex, Madrid, 1997.

CASTÁN TOBEÑAS, José:

- *La propiedad y sus problemas actuales*, 2ªed. revisada y ampliada, Instituto Editorial Reus, 1963.

COCA PAYERAS, Miguel:

- *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988.

CODE CIVIL :

Ed. Dalloz, Paris, 1993.

CODE CIVIL SUISSE:

Ed. Chapalay + Mottier, Genève, 1988.

CODICE CIVILE:

aggiornato alla Gazzetta ufficiale 20 dicembre 1992, Società Editrice de "Il Foro Italiano", Roma 1993.

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL:

Ed. McGrawHill, 5ª edición, actualizada a septiembre de 1999, Madrid, 1999.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS:

Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, 8ª Edição, Coimbra, 1986.

CÓDIGO CIVIL DE CHILE:

con estudio preliminar del Dr. Pedro Lira Urquieta, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile y Profesor de Derecho Civil en esa Universidad y en la Universidad de Chile, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA:

con un estudio preliminar del Dr. Jose Maria MUSTAPICH, Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias jurídicas del Salvador de Buenos Aires, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAY:

con notas indicativas de las fuentes de cada uno de los artículos y de sus concordancias con los de otros Códigos extranjeros, A. Barreiro y Ramos Editor, Montevideo, 1894.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA:

Ley de Reforma Parcial del Código Civil, Copia de la Gaceta Oficial, n°2990, extraordinario de 26 de julio de 1982, Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela, 1982.

COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES:

- *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario*, Autores varios, T. I, 1985.

COMAS, Augusto:

- *La revisión del Código Civil español*, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1901, págs. 203 a 225.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- *Protección del Derecho de Propiedad*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, abril 1994.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas:

- *Law and Economics*, Scott, Foresman and Company, United States of America, 1988.

CORDERO LOBATO, Encarna

- junto con CARRASCO PERERA, Angel y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: *Derecho de la construcción y la vivienda*, Ed. Dilex, Madrid, 1997.

CORVINOS BASECA, Pedro:

- *La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, Año XXXII, nº 165, noviembre 1998, págs. 1261 a 1298.

D'ABADAL I VINYALS, Ramon; VALLS TABERNER, Ferran:

- *Usatges de Barcelona*, Imprenta de la Casa Provincial de la Caritat, Barcelona, 1913.

D'ORS, Alvaro:

- junto con HERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA GARRIDO, M. y BURILLO, J. , *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, II y III, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.

- *Derecho Privado Romano*, Octava edición revisada, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1981.

DE ANGEL YAGÚEZ, Ricardo:

- *La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno, del art. 361 C.c.*, La Ley, 1985, págs. 477 a 500.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico:

- *El negocio jurídico*, con una introducción de Juan Vallet de Goytisolo, Madrid, Ed. Civitas, 1985.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel :

- *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.
- *El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario*, RCDI, nº 650, enero-febrero 1999, págs. 27 a 59.

DE LOS MOZOS, José Luis:

- *El principio de buena fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1965.
- *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Secretaría General Técnica, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1974.

- *El derecho de Propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

DEMANTE, A.M.:

- *Cours analytique de Code Napoléon*, Tome II, Plon Frères, Libraires-éditeurs, Paris, 1853.

DEMOLOMBE, C.:

- *Traité de la distinction des biens (De la propriété; de l'usufruit; de l'usage et de l'habitation)*, Tome Premier, Durand L Hachette et Cie, Paris, 1870.

DÍAZ FRAILE, Juan María:

- *Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997*, RCDI, nº642, septiembre-octubre, 1997, págs. 1791 a 1830.

DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:

- *Los llamados contratos forzosos*, ADC, 1956, págs. 85 a 118.
- *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, cop., 1963.
- *Problemas jurídicos del Urbanismo*, Revista de Administración Pública, nº43, enero-abril, 1964.

- *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*, RCDI, nº 455, julio-agosto 1966, , págs. 829 a 861.
- *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. II, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, págs. 267 a 282.
- *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. Tercero, "Las Relaciones Jurídico-Reales, el Registro de la Propiedad, la Posesión", 4ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

DIGESTA IUSTINIANI AUGUSTI

recognouit adsumpto in operis societatem Paulo Krueger. Th. Mommsen. Vol. I, Berolini, Apud Weidmannos, MDCCCLXX.

DOMENGE AMER, Bartolomé:

- *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Ilustre Colegio Notarial de Baleares, Palma de Mallorca, 1983.

DOMINGO DE MORATÓ, Ramón:

- *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala, Tomo Primero, Valladolid, 1868.

DONELLI, Hugonis:

- *Opera Omnia. Commentariorum de Jure Civili*, Tomus Primus, cum notis Osualdi Hilligeri, Florentiae, MDCCCXL.

DURAN Y BAS, Manuel:

- *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Imprenta de la Casa de la Caridad, Barcelona, 1883.

DWORKIN, Ronald:

- *Los derechos en serio*, 1977, trad. de Guastavino, 2ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco:

- *El estatuto de la Propiedad Horizontal*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- *La Ley 38/1999, de 5 de noviembre de ordenación de la edificación*, *Economist & Jurist*, nº41, enero-febrero 2000, págs. 32 a 39.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan:

- *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

EL DIGESTO DE JUSTINIANO:

- Tomo I y II, versión castellana por A. d'Ors, F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.

ELÍAS, José Antonio:

- *Derecho Civil General y Foral de España*, o sea resumen ordenado de las leyes vigentes en los varios territorios que forman la Monarquía Española y de las Decisiones del Tribunal Supremo que establecen Jurisprudencia, con un apéndice sobre las disposiciones de Derecho Civil que rigen en las provincias de Ultramar, Tomo II, Madrid-Barcelona, 1876.

ENNECCERUS, Ludwig:

- junto con KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, Tercer Tomo, "Derecho de Cosas" por Martín WOLFF, Vol. Primero, "Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad", 1ª edición, traducción de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971.

- *Tratado de Derecho Civil*, Apéndice Código Civil Alemán (BGB), traducción de Carlos MELON INFANTE, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1955.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro:

- *La propiedad privada urbana (encuadramiento y régimen)*, Madrid, 1979.

FALCÓN, Modesto:

- *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Tomo II, Tercera Edición, Tipografía industrial-económica, Barcelona, 1888.

FEBRERO, José:

- *El Febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces*, aumentado últimamente, reformado y arreglado en su texto y notas a las leyes y decretos vigentes, Parte Primera dividida en Tres tomos, Tomo Segundo, Octava Impresión, Madrid, 1825.

FENET, P. A.:

- *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil, suivi d'une édition de ce Code à laquelle sont ajoutés les lois, décrets et ordonnances formant le complément de la législation civile de la France, et ou se trouvent indiqués, sous chaque article séparément tous les passages du recueil qui s'y rattachent*, Tomo XI, Reimpresión de la edición de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier:

- *Las posibilidades edificatorias dentro de la zona de servidumbre de protección en los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la ley de costas de 1988. Interpretación de la Disposición*

Novena, apartado segundo, del Reglamento de Costas, RDU, nº170, abril-mayo, 1999, págs. 411 a 432.

FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, María Teresa:

- *"Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7 de noviembre de 1995", RDP, julio-agosto, 1996, págs. 579 a 590.*

FERNÁNDEZ VERDUGO, María:

- junto con HERNÁNDEZ DE MARCO, Saturio: *El artículo 37.2 del RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: la declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad, A.D.C., Tomo XLVI, Fascículo III, julio-septiembre 1993.*

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde:

- *La buena fe. El principio general en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984.

FONCILLAS José María:

- *Las construcciones del usufructuario en el fundo que goza*, RCDI, nº39, año 1928, págs. 174 a 184.

FONT BOIX, Vicente:

- *El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal*, RDN, Julio-Diciembre, 1967, págs. 7 a 62.

FUERTE, Mercedes:

- *Urbanismo y publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

GARCÍA AMIGO, Manuel

- *Consideraciones a la buena fe contractual*, Actualidad civil, nº1, 3 al 9 de enero de 2000, págs. 1 a 15.

GARCÍA CONESA, Antonio:

- *La posición de notarios y registradores frente a la declaración de obra nueva*, Materiales de la Jornada *Incidencias de la LOE en la promoción y construcción*, organizada por la Asociación de Promotores Constructores de Edificios de Barcelona el 9 de febrero de 2000.

GARCÍA DEL OLMO SANTOS, Manuel:

- *Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo*, RDN, Año XVI, Núm. LXVII, enero- marzo 1970, págs. 73 a 102

GARCÍA GARCÍA, José Manuel:

- *Construcción extralimitada de buena fe. Principio de equidad* (Comentario a la STS de 26 de febrero de 1971), RCDI, marzo-abril, 1971, págs. 918-919.

GARCÍA GOYENA, Florencio:

- *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, Edición facsímil, Ed. Base, Barcelona, 1973.

GARCÍA-GRANERO FEZ, José:

- *Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges*, R.D.P., año XXXIV, nº 396, marzo, 1950, págs. 193 a 224.

GARCÍA MAS, Francisco Javier:

- *Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)*, RCDI, nº645, marzo-abril, 1998, págs. 317 y ss.

GARRIDO PALMA, Víctor:

- *¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie*, RDN, año XVI, Num LXIII, enero-marzo, 1969, págs. 89 a 164.

GAYOSO ARIAS, Ramón:

- *Casos de accesión natural*, R.D.P., año XII, nº136, enero 1925, págs. 6 a 22 y en R.D.P, nº 137, febrero 1925, págs. 49 a 55.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel.

- *El acto de administración en el Derecho Civil*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XIX, 1976, págs. 331 a 356.

GÓMEZ - ACEBO, F.:

- *La buena y mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil*, R.D.P., Tomo XXXVI, enero-diciembre 1952, págs. 101 a 127 y 192 a 237.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro:

- junto con Juan Manuel MONTALBAN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo I, Decimotercia edición, Librería de Gabriel Sanchez, Madrid, 1881.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen:

- junto con CARRASCO PERERA, Angel y CORDERO LOBATO, Encarna, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Ed. Dilex, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, Manuel:

- *La referencia catastral en los documentos inscribibles*, RCDI, nº641, julio-agosto, 1997, págs. 1365 a 1377.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo:

- *El derecho real de superficie en sus Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1948.

GORLA, Gino:

- *L'accessione nel Diritto civile italiano*, Rivista italiana per le scienze giuridiche, año 1931, págs. 87 a 162.

GRAU AVILA, Sebastián:

- “El suelo urbano en la ley 6/1998 sobre régimen del suelo y valoraciones” Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, nº163, julio-agosto 1998, págs. 971 a 983.

GUILLÉN, Raymond:

- junto con VINCENT, Jean, *Termes juridiques*, 10ª edición, Ed. Dalloz, Paris, 1995.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:

- *Accesiones inmobiliarias en Cuadernos de Derecho Judicial* "Protección del Derecho de Propiedad", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 217 a 236.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito:

- *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Tomo segundo, Quinta edición, Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1881.

HERNÁNDEZ CRESPO, Carlos:

- *La Accesión Invertida*, RCDI, Julio-Agosto 1972, nº491, págs. 729 a 765.

HERNÁNDEZ DE MARCO, Saturio:

- junto con FERNÁNDEZ VERDUGO, María, *El artículo 37.2 del RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: la declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad*, A.D.C., Tomo XLVI, Fascículo III, julio-septiembre 1993.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso:

- *El pago del tercero*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F:

- *Las Instituciones de Justiniano*, versión española, Universidad de Madrid, Madrid, 1961

HERRERO, Sabino:

- *El Código Civil español*, recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de los Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1872.

KAPLOW, Louis:

- junto con SHAVELL, Steven, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, vol. 109, febrero 1996, nº4, págs. 715 a 790.

KIPP, Theodor :

- junto con ENNECCERUS, Ludwig y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*, Tercer Tomo, "Derecho de Cosas" por Martín WOLFF, Vol. Primero, "Posesión, Derecho Inmobiliario, Propriedad", 1ª edición, traducción de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971. .

KRUEGER, Paulus:

- *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, *Institutiones*, recognovit Paulus KRUEGER, *Digesta*, recognovit Theodorus MOMMSEN, retractavit Paulus KRUEGER, Ed. Weidmann, Berlin, 1963.

- *Digesta Iustiniani Augusti*, recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero, Th. Mommsen. Vol. I, Berolini, apud Weidmannos, MDCCCLXX.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

- junto con LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte General del Derecho Civil, Vol. 3º, *El derecho subjetivo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990

- junto con SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil III*, Vol. 2º, 2ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

- junto con SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1984, Reimpresión de 1991.

LALAGUNA, Enrique:

- *Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el derecho español*, RDP, 1973, págs. 383 y ss.

LARCHER, Emile:

- *Traité théorique et pratique des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1894.

LARROUMET, Christian:

- *Droit Civil*, Tome II, "Les Biens. Droits Réels Principaux", 3ª edición, Editions Economica, Collection Droit Civil, Paris, 1997.

LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO,

cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia, Tomo II, Partida Segunda y Tercera, Tomo III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Septima, De orden y a expensas de S.M., Madrid, en la imprenta Real, 1807, ed. facsímil, Ed. Atlas, Madrid, 1972.

LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY D. ALONSO EL IX,

con las variantes de más interés y con la glosa del lic. Gregorio López, Tomo IV, Barcelona, 1844.

LASO MARTÍNEZ, José Luis:

- *La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, R.C.D.I., año LXVI, noviembre-diciembre 1990, núm. 601, págs. 521 a 547.

- junto con LASO BAEZA, Vicente: *El aprovechamiento urbanístico*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

LASO BAEZA, Vicente:

- junto con LASO MARTÍNEZ, José Luis: *El aprovechamiento urbanístico*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

LASSO GAITE, Juan Francisco:

- *Crónica de la Codificación española*, 4, Codificación Civil, Vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1979.

LATOUR BROTONS, Juan:

- *La construcción extralimitada*, RDP, 1966, págs. 261 y ss.

LAUROBA LACASA, María Elena:

- *Accesión invertida. Petición de indemnización del valor del terreno. Congruencia*, Comentario a la Sentencia de 12 de diciembre de 1995, CCJC nº41, abril-agosto 1996, págs. 627 a 634.

LEVIE, V.P.:

- *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Publications Universitaires de Louvain, Louvain, 1951.

LLOVERA SAEZ, Francisco Javier:

- *Manual de Derecho de la Edificación*, Instituto de Economía Pública y Cooperativa, Barcelona, 1989.

LOBATO GÓMEZ, J. Miguel:

- *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1989.

LÓPEZ FRÍAS, Ana:

- *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M.:

- *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

LÓPEZ VILAS, Ramón:

- *Comentario a los arts. 353 y siguientes del Código Civil*, en "Comentarios al Código Civil", Ministerio de Justicia, Madrid 1991, tomo I.

LUNA SERRANO, Agustín:

- junto con LACRUZ BERDEJO, José Luis y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho Civil I*, Parte General del Derecho Civil, Vol. 3º, *El derecho subjetivo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990

MALINVAUD, Philippe:

- *Exposé introductif: les ouvrages immobiliers complexes*, Revue de Droit Immobilier, octobre-décembre, 4- 1999, págs. 487 y ss.

MANRESA NAVARRO, José María:

- *Comentarios al Código civil español*, , Tomo III, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952.

MARCADE, V.:

- *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, Cinquième édition, tome II, Paris, 1852.

MARQUILLES, Jaume.:

- *Commentaria super Usatici Barchinone*, Barchhinonis J., Luschner, 1505, folio nº 396.

MARTÍNEZ GARCÍA, Eduardo José:

- *Relaciones Catastro-Registro*, RCDI, nº641, julio-agosto, 1997, págs. 1379 a 1404.

MARTY, J.P.:

- *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, LGDJ, Toulouse, 1979.

MAYNZ, Carlos:

- *Curso de Derecho Romano*, traducido al español por Antonio José Pou y Ordinas, Tomo I, Segunda Edición, Jaime Molinas Editor, Valencia, 1892.

MELAMED, Douglas:

- junto con CALABRESI, Guido, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: one view of the Cathedral*, Harvard Law Review, vol. 85, marzo 1972, nº5, págs. 1089 a 1128.

MELON INFANTE, Carlos:

- Traducción del *Código Civil Alemán (BGB)*, Apéndice del *Tratado de Derecho Civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1955.

MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni:

- *Comentario a la sentencia de 13 de diciembre de 1985* (Incongruencia. Elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal. Accesión invertida: obras realizadas de buena fe), CCJC nº10, enero-marzo 1986, págs. 3293 a 3300.

MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal:

- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1996*, CCJC, nº42, septiembre-diciembre, 1996, págs. 891 a 899.
- *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999.
- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1999*, CCJC, nº51, septiembre-diciembre, 1999, págs. 1115 a 1125.

MOMMSEN, Theodorus:

- *Corpus Iuris Civilis*, Volumen Primum, *Institutiones*, recognovit Paulus KRUEGER, *Digesta*, recognovit Theodorus MOMMSEN, retractavit Paulus KRUEGER, Ed. Weidmann, Berlin, 1963.
- *Digesta Iustiniani Augusti*, recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero, Th. Mommsen. Vol. I, Berolini, apud Weidmannos, MDCCCLXX.

MONTALBAN, Juan Manuel:

- junto con Pedro GOMEZ DE LA SERNA, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo I, Decimotercia edición, Librería de Gabriel Sanchez, Madrid, 1881.

MONTES PENADÉS, Vicente:

- *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo: un estudio evolutivo desde el Código civil hasta la Constitución de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

MOREU BALLONGA, José Luis:

- *Sobre la línea divisoria entre la ocupación y la accesión*, RCDI, año 1982, págs.721 a 742.

MOZOS, José Luis (de los):

- *El principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1965.

- *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Secretaria General Técnica, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1974.

- *El Derecho de Propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.:

- *Código Civil comentado y concordado extensamente*, Tomo VI, 3ª ed., Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1895.

MUÑOZ DE DIOS, Gerardo:

- *Aportación de solar y construcción en comunidad*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1987.

NAVAS NAVARRO, Susana:

- *Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Problemática de las construcciones extralimitadas* (Comentario a la Sentencia del TSJC 7/1991, de 22 de julio), *La Llei*, T.1991-2, págs. 745 a 752.
- *"La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)"*, *ADC*, Tomo XLVIII, Fascículo I, enero-marzo 1995, págs. 85 a 162.

NÚÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados:

- *La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe*, *Actualidad Civil*, nº10, marzo, 1995, págs. 199 a 222.

OROSA ROLDÁN, M.A:

- *Accesión invertida*, *La Ley*, junio 1985, págs.1 y ss.

ORTEGA CIRUGEDA, Juan:

- *Legislación urbanística*, RDU, nº166, 1998.

OTERO VALENTÍN, Julio:

- *Adquisiciones patrimoniales*, R.D.P., año X, nº 101, febrero 1922, págs. 50 a 55.

PACHECO, F. de A.:

- *Cuestiones de derecho civil*, R.G.L.J., T. LVI, Madrid, 1880, págs. 554 a 597.

PAREJO GÁMIR, R. :

- *Perspectivas notariales de la nueva Ley del Suelo*, en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991, págs. 169 a 214.

PEREYRA Y ALCÁNTARA, Augusto:

- *De la accesión*, R.J.C., Tomo tercero, Barcelona, 1897, págs. 877 a 883.

PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás:

- *La disociación jurídica de la plantación y el suelo*, Ediciones TAT, Granada, 1988.

PÉRINET-MARQUET, Hugues:

- *Juris Classeur Périodique*, I. 903, Paris, 1997.

PINTÓ RUIZ, Josep Joan:

- Contestación al Discurso de Ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña de Josep Maria POU DE AVILÈS, *L'accessió invertida. Nous horitzons*, RJC, nº2, 1991, págs. 192 a 200.

PLAZA, Manuel de la:

- *Construcciones sobre suelo ajeno*, RDP, Junio 1947, págs. 439 y ss.

POTHIER, Robert Joseph:

- *Traité du Droit de domaine de propriété*, Oeuvres, Tomo VIII, Pichon-Béchet Libraire, 1827.

POU AVILÈS, Josep M^a:

- *L'accessió invertida. Nous horitzons*. Discurso de Ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, RJC, nº2, 1991, págs. 167 a 191.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo:

- *El derecho de superficie*, en *Derechos reales y Derecho Inmobiliario y Registral*, Autores varios, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

PRETEL SERRANO, Juan José:

- *La intervención del "técnico competente" del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, R.C.D.I., año LXVII, noviembre-diciembre 1991, nº607, págs. 2207 a 2221.

PRIETO SANCHIS, Luis:

- *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Diez argumentos a propósito de los principios*, "Jueces para la Democracia", nº26, 1996, págs. 41 a 49.

PUIG BRUTAU,

- *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo III, vol. 1º, 2ª ed, Bosch, Barcelona, 1971.

PUIG FERRIOL, Lluís:

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Comentario al artículo 278 de la Compilación Catalana), T. XXX, EDERSA, Madrid, 1987, págs. 8 a 19.
- junto con ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volum I, Introducció i part general. Obligacions i contractes. Drets reals. 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

RAMOS FOLQUÉS, Rafael:

- *La regulación jurídico-registral de la edificación*, R.C.D.I., Año XXX, noviembre-diciembre 1954, nº 318-319, págs. 837 a 871.

RAMOS GONZÁLEZ, J.M.:

- *La accesión invertida y el derecho de superficie*, RJC, 1977, págs. 353 y ss.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:

- *Diccionario de la lengua española*, Vigésima primera edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1995.

RIBELLES ORTIZ, V.:

- *Declaraciones de obra nueva y su inscripción en el Registro*, R.C.D.I., año XXII, enero 1946, nº212, págs. 1 a 7.

RIBOT IGUALADA, Jordi:

- *La garantía constitucional del dret a la propietat privada*, Derecho Privado y Constitución, nº3, mayo-agosto, 1994.

RIVERO HERNÁNDEZ, Franciso :

- junto con LACRUZ BERDEJO, José Luis y LUNA SERRANO, Agustín, , *Elementos de Derecho Civil I*, Parte General del Derecho Civil, Vol. 3º, *El derecho subjetivo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990
- *Idea general de la propiedad en la etapa precodicial*, Centenario del Código Civil, Madrid, 1990.

ROCA SASTRE, Ramón María:

- *Ensayo sobre el Derecho de Superficie*, RCDI, nº 392-393, año 1961. Vuelto a publicar en los *Estudios Varios* patrocinado por el Instituto de España y el Colegio Notarial de Barcelona, Madrid 1988.
- *Derecho Hipotecario*, Tomo II, sexta edición, Ed. Bosch, Barcelona,

ROCA TRIAS, Encarna:

- junto con PUIG FERRIOL, Lluís, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volum I, Introducció i part general. Obligacions i contractes. Drets reals. 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ROGER I CASAMADA, Ramón :

- *La legislació complementària autonòmica. La llei de l'habitatge*, Materiales de la Jornada sobre *Incidencias de la Ley de Ordenación de la Edificación en la promoción construcción*, organizadas por la APCE en Barcelona, el 9 de febrero de 2000.

ROMERO Y GINZO, Joaquín:

- *Sala Novísimo o nueva ilustración del Derecho Real de España*, reducida a mejor método, corregida en muchas de sus partes, considerablemente aumentada y adicionada con un tratado nuevo de adición y partición de herencia, y con los decretos publicados desde la Novísima Recopilación hasta el día, a que se han arreglado los tratados, Tomo Primero, Madrid, sin fecha.

ROZAS VALDES, José Andrés:

- "Impuesto sobre bienes inmuebles" en *Medidas fiscales para 1997*, Coord. Ramón Falcón y Tella, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 579 a 619.

RUBIO TORRANO, Enrique:

- *El artículo 396 CC versus el art. 16 RH*, Aranzadi Jurisprudencia, julio, 1999, págs. 9 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel:

- *Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones*, Revista de Derecho Privado, octubre 1993, págs. 906 a 925.

SAAVEDRA MONTERO, Eva:

- *La extensión de la hipoteca a las agregaciones de terrenos y a los nuevos edificios donde antes no los hubiere y su ejecución*, Actualidad Civil, nº28/8, julio 1996, págs. 633 a 646.

SALA, Joannis:

- *Institutiones Romano-Hispanae ad usum tironum hispanorum ordinatae*, Tomus I, Editio Quarta, Ex typographia regia societatis, Matriti, 1824.

SALA, Juan:

- *Ilustración del Derecho Real de España*, Cuarta edición, Tomo I, Imprenta de Vergés, Madrid, 1834.

SÁNCHEZ ROMAN, Felipe:

- *Estudios de ampliación del derecho civil y Códigos españoles*,

SANCHO REBULLIDA, Francisco,:

- junto con LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, III-2, 2ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

- junto con LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª edición, José Mª Bosch editor, Barcelona, 1984, reimpresión de 1991, pág. 60.

SANZ FERNÁNDEZ:

- *Edificación en suelo ajeno: sus problemas*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el 22 de marzo de 1947, publicada en *Curso de Conferencia 1948*, Valencia, 1948; págs. 113 y ss.

SAVATIER, René:

- "*La propriété de l'espace*", Recueil Dalloz Sirey de Doctrine de Jurisprudence et de Législation, Paris, 1965, págs. 213 a 218.

SERRANO ALONSO, Eduardo:

- *La accesión de bien mueble a inmueble. Una interpretación del artículo 361 del Código civil*, R.D.P., julio-agosto, 1981, págs. 669 y ss.

SERRANO CHAMORRO, Mª Eugenia:

- *El apogeo de la permuta en el mercado inmobiliario*, RCDI, nº642, septiembre-octubre 1997, págs. 1667 a 1710.

SHAVELL, Steven:

- junto con KAPLOW, Louis, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, vol. 109, febrero 1996, nº4, págs. 715 a 790.

SIMLER, Philippe:

- *Ouvrages complexes et droit de propriété*, Revue de Droit Immobilier, octubre-décembre, 4-1999, págs. 489 a 495.

SORIA MARTÍNEZ, Gabriel:

- *La servidumbre de luces y vistas y la equidistribución en la ejecución de los planes urbanísticos*, RCDI, nº654, septiembre-octubre, 1999, págs. 1735 a 1756.

SOTO NIETO,

- *La construcción extralimitada*, Estudios jurídicos varios, I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1983.

TALMA CHARLES, Javier:

- *El contrato de opción*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.

TENA Y MARTÍN, Valeriano de :

- *Proyecciones del derecho de acceso en el Registro de la Propiedad*, Información Jurídica, año 1952, págs. 105 a 135.

THUR, Andreas Von:

- *La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual*, Revista de Derecho Privado, año XII, n°146, noviembre 1925, págs. 337 a 341.

TRASBOT, André:

- *L'acte d'administration en droit privé français*, Sirey, Paris, 1921.

TRAVIESAS, Miguel:

- *Ocupación, acceso y especificación*, RDP, n°73, octubre 1919, págs. 289 a 303.

ULEN, Thomas:

- junto con COOTER, Robert, *Law and Economics*, Scott, Foresman and Company, United States of America, 1988.

VALDIVIA GONZÁLEZ, Fernando Carlos:

- *Visión jurídica de la LOE y responsabilidades del promotor*, Materiales de la Jornada *Incidencias de la LOE en la promoción y construcción*,

organizada por la Asociación de Promotores Constructores de Edificios de Barcelona el 9 de febrero de 2000.

VALLS TABERNER, Ferran; D'ABADAL I VINYALS, Ramon:

- *Usatges de Barcelona*, Imprenta de la Casa Provincial de la Caritat, Barcelona, 1913.

VATTIER, C. S.:

- *La elasticidad del Derecho de propiedad en los planes de mejora ejecutados mediante arrendamiento forzoso en el Derecho Agrario Español*, RCDI; Año LII, núm. 515, julio-agosto 1976, págs. 833 a 857.

VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ, Antonio:

- *Derecho de edificación sobre finca ajena y la Propiedad Horizontal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963.

VINCENT, Jean:

- junto con GUILLIEN, Raymond, *Termes juridiques*, 10ª edición, Ed. Dalloz, Paris, 1995.

VINNIO, Arnoldo:

- *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, Tomo I, Imprenta de José Torner, Barcelona, 1847.

VISO, Salvador del:

- *Lecciones elementales de Derecho Civil*, Tomo I, Cuarta edición, Juan Mariana y Sanz Editor, Valencia, 1879.

VIVES I CEBRIÀ, Pedro Nolasco:

- *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña*, Vol. II, Textos Jurídics Catalans, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1989.

VOET, Joannes:

- *Comentarius ad pandectas*, editio nova multis mendis expurgata, cui praeter indicem alphabeticum generalem, nunc primum accessit tabula secundum ordinem codicem gallicorum disposita cura et studio A. Maurice, Tomus Quartus, Gauthier Fratres Bibliopolas, Parisiis, MDCCCXIX.

VUILAUME, M.F.:

- *Commentaire analytique du Code Napoléon*, renfermant les principes généraux du Droit, les motifs de chaque article, les solutions motivées des questions auxquelles il donne lieu, les opinions des auteurs qui les ont traitées et approfondies et la jurisprudence, Paris, 1855.

WOLFF, Martín:

- junto con ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor: *Tratado de Derecho Civil*, Tercer Tomo, "Derecho de Cosas" por Martín WOLFF, Vol. Primero, "Posesión, Derecho Inmobiliario, Propiedad", 1ª edición, traducción de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971.

ZAGREBELSKY, Gustavo:

- *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.