

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CONSTRUCCION EN SUELO -TOTAL O PARCIALMENTE- AJENO

*Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

I.- Planteamiento general de la cuestión a partir de un caso particular: el menoscabo económico del suelo restante segregado tras la accesión: ¿un daño que indemnizar o un valor que reintegrar? Necesaria distinción entre la obligación de compensar el valor de lo accedido y la -posible- de indemnizar los daños causados en -cualquier- caso de accesión inmobiliaria.

Cuando en suelo ajeno se construye ilegítimamente (sin derecho para hacerlo) y de mala fe (a sabiendas de tales ajeneidad e ilegitimidad), en principio, el constructor invasor no tiene ningún derecho a indemnización (art. 362 CC), menos aún en caso de demolición, pues incluso será él quien deberá sufragar los gastos de la demolición y, también, los necesarios para dejar el suelo invadido en su estado anterior a la invasión (art. 363 CC). Todo ello, al margen de que si ha causado algún daño adicional asuma además una obligación resarcitoria (art. 1902 CC).

Diversos son, en cambio, los efectos debitorios de la accesión inmobiliaria cuando resulta aplicable el art. 360 CC (para el caso de construcción en suelo propio con materiales ajenos) o, en cambio, lo es el 361 CC (para el supuesto de construcción en suelo ajeno hecha de buena fe). En ambos se regulan obligaciones, evidentemente, pecuniarias, al no ser posible la restitución *in natura*, pues ello supondría la propia destrucción del edificio. No obstante tal coincidencia, en tales arts. 360 y 361 CC se regulan dos tipos de deudas pecuniarias: la una restitutoria y la otra indemnizatoria¹.

Recientemente, sin embargo, en parte confundiéndolas, la STS de 12 febrero 2008, vino a negar cualquier indemnización cuando se tratara de construcción realizada en suelo totalmente ajeno (supuesto típico, expresamente regulado en el art. 361 CC), y a sólo admitirla en el caso de construcciones extralimitadas, realizadas en suelo en parte propio y en parte ajeno (caso no directamente contemplado en el CC y solucionado en España con la conocida accesión invertida, que aplica el inciso final del art. 361 CC)².

¹ Es la distinción que en Italia se hace entre la *indennità* y el *risarcimento del danno*. Y entre los nuestros, *vid.*, por todos, BASOZABAL ARRUE, X (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pp. 284 y 285, entre otras).

² Por abordar la STS de 12 febrero 2008 la diversa repercusión económica que el art. 361 CC tiene según se aplique a la accesión normal o a la invertida, imprescindible parece hacer, aunque sea en nota, una previa y general referencia a tal distinción de accesiones, siendo la una expresamente contemplada por el art. 361 CC y la segunda obra de la jurisprudencia (desde la conocida STS de 31 mayo 1949), que la denomina accesión invertida por invertir el principio general que en dicha norma subyace: ante todo, se estima antieconómico aplicar estricta y rígidamente los arts. 361 y ss CC, que regulan la hipótesis de construcción en suelo ajeno. Su aplicación obligaría a demoler la edificación, como mínimo en su parte extralimitada, aun siendo el constructor de buena fe, o a constituir sobre ella una especie de copropiedad -absurda o anormal, por su forzosa división lineal en vertical-. En su lugar, se propone aplicar el art. 361 de forma invertida, siendo el modo de proceder a tal inversión bastante simple: sabiendo que el principio *superficies solo cedit* es concreción del más genérico principio *accessorium sequitur principale*, y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico-social del suelo que de lo que sobre él se construya o se plante, el paso lógico siguiente es fácil cuando la obra está a caballo entre dos suelos: si el valor económico-social de esa obra unida al del suelo del constructor resulta mayor que el del suelo ajeno parcialmente ocupado habrá de concluirse que lo principal es aquella obra con la parte de suelo propio del edificante y que lo accesorio es el suelo ajeno invadido. De este modo queda invertida la fórmula *superficies solo cedit*; o, como es muy común decir en la jurisprudencia, queda aquélla en realidad derogada y reemplazada, o sustituida, por la más amplia de *accessorium cedit principali*. De este modo se ha integrado una laguna legal conforme al sistema general de fuentes: aplicando *ex art.* 1.4 CC un principio general del Derecho, el de "*accessorium sequitur principale*". Aunque se ha hecho a costa de invertir otro principio,

Se trataba en el caso que resolvía aquella STS de una obra hecha de buena fe en suelo totalmente ajeno, de condominio ajeno, ante la cual uno de los comuneros, en representación de los demás, solicitaba, en defecto de la demolición de la obra, la venta del terreno ocupado por ella, en aplicación de la segunda opción del art. 361 CC, y, además, una indemnización por los daños que han causado el tiempo transcurrido desde la ocupación del terreno y el menoscabo del valor de la parcela restante. La sentencia de primera instancia deniega tal indemnización, la de apelación la admite, y el TS de nuevo la deniega, alegando como razón, en el tercero de sus Fundamentos Jurídicos, que “*el art. 361 CC no otorga derecho al dominus soli para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, únicamente la opción que contiene, seguramente por creer que ello es suficiente para la defensa de su propiedad. Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga al que construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del art. 1901 CC (sentencias de 29 julio 1994 y 12 diciembre 1995)*”.

Aunque en apariencia parecía con tal afirmación secundar una jurisprudencia ya consolidada, la singularidad de esa STS de 2008 fue la de apoyarse en el art. 1901 CC para justificar aquella adenda pecuniaria que se añade al valor del suelo ocupado. En cambio, antes de tal sentencia, toda la jurisprudencia siempre había venido fundamentando dicha indemnización en el art. 1902 CC, sobre responsabilidad extracontractual o por daños (así, las SSTs de 15 junio 1981³, de 1 octubre 1984, de 29 julio 1994, o la de 12 diciembre 1995, entre otras).

De dicho contraste en el fundamento jurídico empleado inevitablemente surge la duda: ¿se trata de un simple *lapsus* o de un auténtico error?; y sea lo uno o lo otro, ¿cuál de tales SSTs lo comete?; en particular, el menoscabo económico del suelo restante segregado tras la accesión: ¿es un daño que indemnizar, *ex art. 1902 CC*, o un valor que reintegrar, *ex art. 1901 CC*?; y más allá del caso de accesión que resolvía aquella STS citada, ¿es compatible, en general, el régimen de la responsabilidad extracontractual con el de la accesión inmobiliaria?

II.- En particular, la correcta estimación del menoscabo económico del suelo segregado tras la accesión como daño reparable, y la precisa previsión de la reintegración por enriquecimiento injusto en el régimen legal propio sobre accesión.

Al comentar la STS de 12 febrero 2008 citada, antes que nosotros⁴, Caballero Lozano⁵ consideró que dicha STS en verdad se apoyaba en el art. 1902 CC y que “la cita del art. 1901 CC seguramente se debía a una errata, ya que ese precepto versa sobre la prueba del error en el cobro de lo indebido”. Sorprende tal afirmación cuando tras ella insistentemente, a lo largo de todo su comentario, dicho autor criticará que el apoyo de la indemnización sea el 1902 CC proponiendo en su lugar que lo sea la equidad o, más particularmente, el enriquecimiento

concreción de aquél, el del *superficies solo cedit* hasta darle un giro de 180º, para convertirlo en la excepción *solum superficiei cedit* (o *solo cedit superficie*, según dijo la STS de 10 diciembre 1980). Lo impone, según suele decirse, la necesidad de asegurar la buena vecindad y la de proteger la riqueza inmobiliaria cuando el edificio tiene mayor valor económico e importancia social que la porción de suelo ajeno invadido.

³ Que fundamenta la aplicación del art. 1902 CC: en particular, en la concurrencia de los requisitos del daño, el acto negligente y la causalidad entre ambos; y, en general, en el principio general del Derecho del *neminem laedere*. Le sigue la STS de 1 octubre 1984, también citada en texto.

⁴ En Revista de Derecho Patrimonial, 2009, p. 435 y ss.

⁵ En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 78, 2008, pp. 1401-1417.

injusto, cuando éste puede encontrar genérico reconocimiento, precisamente, en el art. 1901 CC⁶.

La opinión del TS señalada que por su reiteración sí forma jurisprudencia, en su referencia al art. 1902 CC, ya fue hace tiempo defendida pacíficamente por la doctrina⁷, condicionando, como es habitual, la aplicación del art. 1902 CC tanto a la existencia de daño, como a la de culpa o negligencia en el edificante causante del mismo.

Mas precisamente en esto último, la aplicabilidad del art. 1902 CC, como compatible con la del art. 361 CC, ha sido muy criticada en la mayoría de la doctrina más reciente, fundamentalmente porque la buena fe en sede de accesión, exigida por el art. 361 CC y entendida como error excusable o diligente (de la ajeneidad del suelo sobre el que se construye, o de la inexistencia o insuficiencia de título para hacerlo), nada tiene que ver con la negligencia, con la falta de diligencia precisamente, que *ex lettere* exige el art. 1902 CC⁸. También cabría añadir que el régimen legal del CC sobre accesión es especial y, por tanto, de aplicación preferente al del art. 1902 CC, viéndose que en aquél la buena o mala fe tiene sus propias consecuencias, incluso a veces resarcitorias del perjuicio causado cuando el Código así lo quiere, agotando de este modo toda posible consecuencia jurídica que pueda derivarse de la mala fe del constructor (vgr., en el art. 360 CC, añadiendo una indemnización por la mala fe causante del daño, o en los arts. 362 y 363 CC, negando cualquier compensación a favor del constructor de mala fe)⁹.

Aun siendo cierto esto último, que la culpa o negligencia exigida por el art. 1902 CC se contradiga con la buena fe exigida en el art. 361 CC, y entendida ésta como error excusable, o diligente¹⁰, sólo resultaría admisible de atender a la letra de aquella norma, ignorando la consabida objetivación que por obra de la propia jurisprudencia ha experimentado hasta prescindir de la idea de culpa para fundarse, al menos principalmente, en la efectiva causación

⁶ Como decía LACRUZ BERDEJO, JL (*Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1969, p. 569 y ss), el art. 1901 CC está “dividido en dos partes: la primera, en relación inmediata con el pago de lo indebido, estableciendo la presunción de error, y la segunda, autónoma y ajena a aquel instituto, relativa a la firmeza de determinados desplazamientos patrimoniales”. “En suma -concluía-, del art. 1901 se deduce que cualquier prestación hecha sin causa alguna que la justifique, es decir, absolutamente indebida, puede ser reclamada por quien la realizó, por cuanto lo prestado sólo puede conservarse por el *accipiens* mediando liberalidad u otra justa causa. Hay base en tal precepto, pues, para construir una *condictio sine causa generalis*; una acción genérica de enriquecimiento injusto, de ámbito y eficacia distintos a la típica *condictio indebiti*, y en la cual -contrariamente a ésta- ni el error es presupuesto de la acción, ni, para enervarla, se preocupa el art. 1901 del *indebitum*, ni del error”.

⁷ Así, por MANRESA Y NAVARRO, JM (*Comentarios al CC español, T. III: Arts. 333-429*, Madrid, 1904, pp. 194 y 195), luego por LACRUZ BERDEJO, JL (*Elementos de Derecho Civil, III: Derechos reales, vol. 1º: Posesión y propiedad*, ed. por A. Luna Serrano, Madrid, 2000, p. 135); y, siguiéndoles recientemente, por BASOZABAL ARRUE, X (p. 306).

⁸ Por esta razón hacen tal objeción, GARCIA GARCIA, JM (*Sentencias comentadas del Tribunal Supremo [Derechos Reales e Hipotecario]*, Madrid, 1982, pp. 53 y 54); LAUROBA LACASA, ME (*Comentario a STS de 12 de diciembre de 1995*, en CCJC, 1996, p. 634); ALVAREZ OLALLA, P (*La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales*, en Aranzadi Civil, 1996-III, p. 16), y de forma insistente CABALLERO LOZANO, JM al comentar también la STS de 12 febrero 2008.

⁹ En cierto modo, sobre un caso de accesión ordinaria, lo decía la STS de 17 febrero 1992, que cita CABALLERO LOZANO en su comentario, “que los supuestos indemnizatorios de perjuicios por vía de acciones vienen configurados por el legislador (arts. 360, 379, 382 y 383) para el caso de apreciación de mala fe, sin que el consecuente con la normativa para en caso de buena fe (arts. 360, 361, 365, 375, 382 y 383)”. También negaba la aplicación del art. 1902 CC por su incompatibilidad con la buena fe que al edificante exige el art. 361 CC, como ya antes de ella, sobre un caso de accesión típica también, dijo la STS de 12 abril 1980.

¹⁰ Porque, aunque la culpa o negligencia y la mala fe, o bien correlativamente la diligencia y la buena fe, sean conceptos diversos, el primero más elemental (la culpa o la diligencia), es siempre exigencia previa mínima del segundo (de la mala o de la buena fe, respectivamente). Puede verse, al respecto, en general, a DE LOS MOZOS, JL (*El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, 1965, p. 61 y ss).

de un daño o perjuicio. La incompatibilidad, más aparente que real, entre ambas normas es por tanto salvable¹¹.

Por aplicación del art. 1902 CC será posible también que la indemnización a asumir por el constructor invasor se origine en el caso de los arts. 362 y 363 CC, donde dada su mala fe para nadie debe haber duda de la aplicabilidad de aquel 1902 CC.

En lo demás, nada impide que puedan darse los otros requisitos que el art. 1902 CC exige para su aplicación: la extra-contractualidad, la ilicitud o antijuridicidad¹² y la causalidad entre el acto (de edificar) y el daño.

Añádase, incluso como acierto de acudir al art. 1902 CC¹³, que con ello queda de suyo resuelto que el deber de reparar el daño constituye una deuda de valor. Al ser la del art. 1902 CC una deuda indemnizatoria, su naturaleza y calificación como deuda de valor resulta innegable, dado que la función que en ella desempeña el dinero no es la de contraprestación, sino la de funcionar como medida de valor, en equivalencia de los bienes dañados con la construcción y con la consiguiente accesión. Por eso, si probablemente la deuda indemnizatoria nace con la incorporación, esto es, con la accesión, la valoración del daño no se hará referida a aquel momento, sino al posterior en que sea reclamado su pago, siendo entonces cuando se procede a su liquidación (a su conversión en deuda líquida), rigiendo a partir de entonces el nominalismo.

Asimismo, al fundarse esta deuda indemnizatoria en el art. 1902 CC, el plazo de prescripción para su reclamación será de un año a computar desde que el dañado tuvo completo conocimiento del perjuicio (*ex art. 1968.2º in fine CC*); o, como dijo la STS de 15 junio 1981, “*desde aquel en que se acreditó el conocimiento de la invasión y consiguientemente de los daños que pudieran derivarse de la misma*”. No parece que la indemnización añadida a la reintegración contenida en el art. 361 CC merezca un plazo de prescripción diverso¹⁴.

Con todo, acaso tal vez aquella STS de 2008, arriba referida en su mención del art. 1901 CC como apoyo del deber reparador, quisiera fundamentar dicha adenda pecuniaria, no en la necesidad de indemnizar un daño, sino en la evitación del enriquecimiento injusto. No en vano, la STS de 26 febrero 1971, pionera en este punto sobre el *quantum* resarcitorio en caso de accesión invertida, decía en su Considerando 8º, que “*en la determinación del precio -a pagar por el constructor invasor al dueño del suelo invadido ex art. 361 CC in fine- no solamente ha de comprenderse el estricto valor del terreno ocupado sino todo el quebranto y menoscabo económico que repercute sobre el resto por dicha segregación por una consecuencia necesaria del principio de equidad*”. Y en esa referencia a la equidad, entendida en sentido amplio, han insistido las SSTS de 27 noviembre 1984 y de 12 noviembre 1985. Y en la doctrina, autores hay¹⁵ que, a fin de eludir el supuesto obstáculo de la exigencia de culpa contenida en el 1902 CC y el vacío del art. 361 CC *in fine*, amparan la posible indemnización en la idea de una equidad compensatoria *ex art. 3.2 CC*¹⁶. Acaso como si fuese una suerte de equidad correctora, no integradora; sin embargo, la única concesión estricta y expresa que la ley hace a la indemnización en materia de accesión se contiene en el art. 360 CC; también en el art. 361 CC, sí, pero en su primera parte, a favor del invasor, no del invadido, y estando entendida ahí la “*indemnización*” en sentido lato. Además, ¿dónde se sitúa la equidad entre las fuentes de las obligaciones que enumera el art. 1089 CC? Si se la quiere incluir en el cuasicontrato ahí ya está el enriquecimiento injusto. Y sale aquí el dato más sorprendente: que

¹¹ Lo dice la propia LAUROBA LACASA, ME (*cit.*).

¹² Que, no obstante, niega en general CABALLERO LOZANO (*cit.*), en los casos de accesión.

¹³ Que también advierte LAUROBA (*cit.*).

¹⁴ Como, en cambio, parece querer ALVAREZ OLALLA, P (*cit.*), al preferir justificar la deuda indemnizatoria en la equidad, no en el art. 1902 CC, para así, dice, evitar que la acción prescriba al año, como si existiesen deudas fundadas sólo en la equidad que prescriban por el plazo general de 15 años (*ex art. 1964 CC*).

¹⁵ Como los mencionados GARCIA GARCIA, ALVAREZ OLALLA, y, en parte, CABALLERO LOZANO.

¹⁶ “En la justicia conmutativa reparadora, no en el art. 1902 CC”, dice CABALLERO LOZANO (*cit.*).

sea dicho fundamento al que acuda, aunque indirectamente a través del art. 1901 CC, la STS de 2008, al inicio citada, para justificar el plus indemnizatorio. Al comentarla, curiosamente, Caballero Lozano, aun creyendo que tal STS quería referirse al art. 1902 CC, considera que el más acertado fundamento de la indemnización en materia de accesión es el enriquecimiento injusto. A nosotros, en cambio, en absoluto nos parece aceptable dicha justificación, la de compensación por enriquecimiento injusto, para referirla a aquel menoscabo patrimonial, cuando sólo se trata de reparar un daño¹⁷:

Para empezar, si se trata de reintegrar lo que uno ha perdido y otro ha ganado por accesión, no de reparar un daño, sin necesidad de acudir a la norma general del art. 1901 CC, antes y específicamente en los arts. 360 y 361 CC aquel principio general del Derecho, el del enriquecimiento injusto, encuentra su fundamento:

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

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

Y lo mismo también puede decirse del art. 361 CC *in fine*. En su aplicación normal (no al de la accesión invertida), comúnmente se suele calificar esta segunda opción como de compraventa forzosa unilateralmente impuesta por el *dominus soli* invadido al constructor. No en vano, el art. 361 habla del “*precio*” del terreno. Y ciertamente es un privilegio, un beneficio que la ley otorga a quien, no obstante adquirir la obra por accesión, no quiere o no puede restituir el valor de lo adquirido y desea renunciar a tal accesión. Pero como por esa misma accesión, fundada en la unión de dos cosas inseparables, no cabe sin más devolver lo accesorio *in natura*, sino con el suelo al que se incorporó, también ha de cederse con lo accesorio lo principal, el suelo, aunque naturalmente no de modo gratuito, sino debiendo entonces el constructor restituir su valor a su anterior dueño. También se trata aquí de evitar el enriquecimiento injusto.

Se está, en fin, en cualquiera de los casos típicos de accesión inmobiliaria en presencia de una acción de enriquecimiento injusto aplicada a diferentes hipótesis. Fuera quedan, entre otros conceptos económicos, la posible depreciación que sufra el suelo residual invadido, el que queda restante tras su segregación y libre de la accesión, pudiendo ser valorado su menoscabo o quebranto en su valor en cambio (en venta, en renta, en garantía,...), y en su

¹⁷ Desde luego, no se trata de abordar ahora, en una obra sobre la accesión invertida, la distinción que en general existe entre el enriquecimiento injusto y la responsabilidad aquiliana o por daño; no se trata, por tanto, de entrar a pormenorizar, entre otras cosas, que mientras la responsabilidad del 1902 se fundamenta en la ilicitud, en el daño, sin necesidad de que el causante del daño se enriquezca por ello, y en su imputación (sea por culpa o por riesgo), el enriquecimiento injusto, en cambio, no exige ilicitud ninguna, ni imputabilidad, aunque pueda haberlas, y sí un empobrecimiento -correlativo y proporcional al enriquecimiento ajeno- que, sin embargo, no siempre implica un daño estricto o en sentido técnico,... Bastará aquí con ceñir la distinción entre una y otra institución al ámbito particular de la accesión.

valor de uso (vgr., pérdida de luces y vistas, o de paso para el invasor, el necesario retranqueo obligado por los nuevos linderos, o la pérdida de volumen de edificabilidad,...)¹⁸; los frutos obtenidos desde la incorporación hasta la restitución¹⁹; los gastos de concordancia con la nueva realidad registral y catastral,... Tales serán daños a resarcir *ex art.* 1902 CC, no valores a compensar o restituir, por enriquecimiento de uno correlativo al empobrecimiento de otro, como, en cambio, lo es el del terreno ocupado que el constructor haya de pagar a su dueño²⁰.

III.- En general, la posible justificación de la concesión de indemnización sólo en los casos de accesión invertida; y, no obstante, su ocasional oportunidad en cualquier accesión en tanto haya daño que reparar.

Aclarado ya que el correcto fundamento legal de aquella posible reparación es el art. 1902 CC, es ahora cuando, en verdad, puede plantearse el obstáculo mayor a la aplicación de tal art. 1902 CC en materia de accesión: que el régimen legal de accesión contiene, de suyo incluida, la posible reparación del daño, siendo entonces inaplicable el art. 1902 CC, en lo normativo por ser régimen general sólo aplicable supletoriamente, y en lo sustancial, y más importante, por su innecesidad, como poco, o incluso por evitar la duplicidad de indemnizaciones por un mismo perjuicio. No lo dice así, pero parece insinuarlo la STS de 12 febrero 2008 cuando en su *ratio decidendi*, contenida en su Fundamento Jurídico 3º, antes de referirse al art. 1901 CC *-rectius*, al 1902-, dice que “*el art. 361 CC no otorga derecho al dominus soli para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, -sino- únicamente la opción que contiene, seguramente por creer que ello es suficiente para la defensa de su propiedad. Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida*”, cabrá añadir la correspondiente indemnización. *¿Quid iuris?*

Ciertamente, la alternativa que, como novedad frente a otros Códigos, ofrece nuestro art. 361 CC al introducir la segunda opción obedece, en parte, a la posibilidad de que la obra levantada en suelo ajeno sea dañina para su dueño, no implique una estricta mejora, o simplemente no interese al *dominus soli* porque no la quiere o porque no puede pagarla. Aunque para algunos aún resulte enigmático tal inciso final del art. 361 CC, cuya razón de ser ha sido negada por algunos²¹, o en donde incluso se ha querido ver reconocida la accesión

¹⁸ Así, para un caso de accesión invertida sobre subsuelo, la STS de 15 junio 1985 terminaba declarando, en su Considerando 7º, como daños resarcibles “*la necesidad de tener que construir una ménsula, reforzar los forjados y la disminución del precio de los locales, derivada de la pérdida de superficie de los sótanos y de la planta baja, todo ello, del edificio construido en el terreno invadido*”.

¹⁹ Así, la STS de 30 enero 2007, sobre accesión invertida, dice, en su Fundamento de Derecho 7º, que “*el demandante -el constructor invasor- debe satisfacer los frutos civiles o una compensación por los años de disfrute que ha tenido sobre la finca*”.

²⁰ Al menos en su letra, la STS de 12 febrero 2008 no comete tal confusión, pero fundamenta la posible indemnización por daño -“*por el menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida*”- en el art. 1901 CC. Sea simple desliz -pues de hecho habla de la “*indemnización reparadora*” de tal menoscabo-, sea auténtico error -para imbuirlo en el pago del valor del suelo invadido (como al final en el presente epígrafe se verá)-, lo cierto es que tal referencia al art. 1901 CC hay que entenderla correctamente referida al art. 1902 CC, como lo hacían las SSTS de 29 julio 1994 y 12 diciembre 1995, que la propia STS de 2008 cita, y como ya antes de todas ellas, lo hacían la de 15 junio 1981, y siguiéndola, la de 1 octubre 1984, en cuyo Considerando 6º decía: “*si la invasión del terreno ajeno produce además un daño o perjuicio distinto de la privación del dominio, es lógico y justo que tenga que ser reparado, por exigencia del principio general del Derecho de neminem laedere, por lo que puede decirse -concluída- que el medio legal de repararlo evitando que quede impune, no puede ser otro que el aquí utilizado de la acción aquiliana del art. 1902 CC*”.

²¹ Como FALCON, M (*Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, Común y Foral, T. II, 4ª ed.*, Barcelona, 1893, p. 143).

invertida²², la respuesta puede verse en los *Motivos* de García Goyena al Proyecto de Código Civil de 1851, en cuyo art. 404 se introdujo aquella novedad. De él decía Goyena:

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

Así queda claro: se parte de que la accesión siempre opera *pro domino soli*, por el principio *superficies solo cedit*, ex arts. 396 y 401 del Proyecto (actuales 353 y 358 CC²³), pero se considera que puede resultar dañina o indeseable para él una obra que no hizo por su propia voluntad, pudiendo ser que no quiera -o no pueda- pagarle al constructor -siempre de buena fe- el valor de tal obra. Para eso está entonces el inciso final del 361, que si bien protege al dueño del solar, en nada perjudica al constructor que al ser de buena fe creía poder hacer la obra, que deseaba hacerla para sí por creer estar legitimado para ello, no pudiéndose admitir, entonces, su rechazo a tal venta impuesta²⁴. Por su buena fe hay que presumir que esa es su voluntad. En cambio, para el dueño del suelo invadido la ley es consciente de que por el mecanismo de la accesión se le impone una obra que no hizo ni adquirió *ex voluntate*²⁵. Justo, o proporcional, entonces, es que pueda deshacerse de tal obra vendiéndola de un modo forzoso al constructor en justa proporción a la forzosa accesión que a aquél impuso la ley.

Por eso, el art. 361 CC contrasta con la falta de opción contenida en el art. 360, porque en esta norma la accesión opera a favor del propio *dominus soli* que ya demostró su voluntad de querer los materiales que empleó en la realización de la obra en su propio suelo, bien por creer que eran suyos, o bien por lo contrario, porque sabiendo que no lo eran, sin embargo los empleó para su obra, siendo presumible, entonces, su voluntad de apoderamiento.

Y esto es lo que no prevén -descuidadamente, según parece ser- los demás Códigos, destacando tal diferencia Goyena como mejora del nuestro. Se establece, así, un paralelismo con el caso en que el constructor *in solo alieno* sea de mala fe, aunque en este caso no hay peligro de imposibilidad de asumir la obra, pues el dueño del solar en tal caso la adquiere gratuitamente (art. 362 CC); sí puede ser que tampoco quiera entonces la obra, porque le sea dañina o en nada le beneficie, mas ahí está el 363 CC previendo su demolición a costa de quien la hizo de mala fe, siendo, no por casualidad, tal norma una originalidad del art. 406 Proyecto CC-1851 que no se contemplaba en el Proyecto CC-1836 (que sólo contenía el equivalente al actual 362, no el 363 ni el 364 de ahora). Con ese añadido del vigente 363 CC, amén de

²² Según MOLL DE ALBA, C (*La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004, pp. 169, 236 y ss).

²³ Porque sólo nuestro Código ha sabido reflejar adecuadamente la máxima *superficies solo cedit* en su natural ámbito de aplicación en una norma carente, no por casualidad, de correlativo en los Códigos francés, italiano, y tantos otros. Es nuestro art. 358 CC, que respetuosamente, con la tradición jurídico-romana, y originalmente, frente a otros Códigos, dice: “*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos -¡ajenos, dice!-, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*”

²⁴ En cambio, la admite FALCON (*cit.*), aunque, precisamente, se trata de quien le niega razón de ser al inciso final del art. 361 CC.

²⁵ Como dice BASOZABAL ARRUE (p. 300), experimenta un enriquecimiento “impuesto”.

proteger al dueño del terreno, en nada queda beneficiado el constructor que, no en vano, obró de mala fe.

Siendo esa la razón del 361 *in fine* y, en general, de la alternativa contenida en dicha norma, tal vez por ello entienda la STS de 12 febrero 2008 que en la accesión típica “*la opción que contiene -aquella norma- seguramente -dice, aunque parece que titubeante- es suficiente para la defensa de la propiedad*” del suelo, sin que sea necesaria una adenda indemnizatoria; en la elección que ofrece el art. 361 CC, entre pagar la obra o vender el suelo ocupado por la obra, se entiende eludido cualquier otro posible perjuicio. Mas, siendo ello así, ¿por qué, entonces, el TS admite *a priori* un plus reparador en la accesión invertida para el caso de obras construidas en suelo en parte propio y en parte ajeno? Nada dice la STS de 2008, pero tal vez sea porque no parece haber en ella opción para el dueño del solar en parte invadido, sino imposición de la segunda alternativa, precisamente, del art. 361 CC; en efecto, frente a la voluntariedad que la jurisprudencia otorga a la accesión ordinaria en el art. 361 CC (donde ésta no opera automáticamente, sino dependiente de la opción que elija el *dominus soli*), en la invertida, en cambio, la jurisprudencia estima que la accesión opera automáticamente por aplicación forzosa del art. 361 CC *in fine*: puesto que la accesión invertida ha supuesto la inversión del art. 358 CC, lógica y necesariamente hay que aplicar el inciso final del 361 CC²⁶.

Parece, entonces, que la posible concesión adicional de indemnización se justifica a su vez para compensar al *dominus soli* invadido por tal imposición de la accesión, del art. 361 *in fine*, a favor del constructor invasor²⁷.

Dado los presupuestos exigidos para la aplicación de la accesión invertida, entre otros, que el elemento principal sea el invasor por su mayor valor e importancia que el suelo invadido, cabría entender lógicamente aplicable el 361 *in fine*, como hace el TS en coherencia con su propia tesis, aunque, en nuestra opinión, no tanto ya porque se invierta la máxima *superficies solo cedit*, sino más bien porque cabe presumir que esa es la voluntad del constructor, quien -no se olvide- al ser de buena fe creía que obraba en suelo propio con la creencia, también, de que la obra sobre él hecha sería suya. Además, concederle la libertad de elegir la primera opción del 361 CC, podría poner incluso en riesgo -entre otros, de solvencia para hacer frente al pago- al propio *dominus soli* invadido al imponerle la compra de lo principal. El dueño de lo accesorio invadido saldría doblemente perjudicado: primero con la invasión de su propiedad, y luego con la imposición de la compra del elemento principal, cuando muy probablemente no quiera o, peor aún, no pueda hacer frente a ello, porque la posible desproporción de valores se lo impida.

²⁶ Lo decía compendiosa y rotundamente la STS de 11 diciembre 1978, en su Fundamento de Derecho 1º: que la accesión invertida “*no es sino la ejecución forzosa de esa segunda opción del tan citado art. 361 del CC*”. Idéntica frase contiene la STS de 22 noviembre 1989, con la única salvedad de hablar de “*mera*” ejecución forzosa del 361 *in fine*; y exacta idea se contiene en la STS de 10 diciembre 1980, al decir que la accesión invertida supone “*obligar al dueño del terreno a aceptar aquella opción -refiriéndose a la segunda, o última- del art. 361 CC*”. Por ello, la STS de 17 febrero 1992 definirá la accesión invertida como una especie de venta forzosa del *dominus soli* invadido al edificante invasor, añadiendo, como síntesis, la STS de 6 noviembre 1992, que estamos ante la inversión de la opción del 361 *in fine*.

²⁷ Lo creen de tal modo, ALVAREZ OLALLA, P (*cit*), quien -recuérdese- fundamenta genéricamente en la equidad la indemnización a favor del dueño del solar parcialmente invadido; y también MOLL DE ALBA, C (*cit.*). En sentir contrario a tal operatividad automática se muestra ARCOS VIEIRA, ML (*Accesión invertida y régimen de luces y vistas del CC*, Aranzadi Civil, 1996-III, tomado de Internet: Westlaw, p. 11), para quien al presuponer esta teoría la inversión del principio *superficies solo cedit*, debiera también invertirse en ella el resultado, no aplicando directa e imperativamente la segunda opción del 361, sino dejando que sea ahora el constructor quien elija. Parece incluso decir tal cosa, aunque lo hace en *obiter dictum*, la STS de 28 mayo 1985, cuando afirma que con la accesión invertida “*se termina corrigiendo el art. 361 CC en el único sentido de privar al dueño del terreno invadido de buena fe, del derecho a hacer suya la obra, atribuyendo para ello a quien ejecutó la inmisión de buena fe, el derecho de hacer suyo el terreno ocupado en propiedad ajena previa la correspondiente indemnización*”.

Tal vez por ello, no pocas han sido las ocasiones en que el propio TS ha concedido, o, mejor dicho, ha impuesto la accesión invertida, no cuando es instada por el edificante invasor (que sería lo lógico en la tesis de la inversión), sino cuando lo es a instancia del propio dueño del suelo invadido, bien cuando lo que pide es el pago del valor del suelo ocupado, o bien incluso cuando lo que pide es la reivindicación de su suelo invadido o la destrucción de la obra invasora²⁸. Así ha derivado la jurisprudencia hasta dar el paso más importante al admitir la apreciación prácticamente de oficio de la accesión invertida con base en la equidad, en la economía procesal y en el principio general *iura novit curia* en tanto su concesión sea extraíble de la *causa petendi* y deducible de los hechos probados, cuando, en efecto, se den todos los requisitos -objetivos y subjetivos- de la accesión invertida²⁹.

En lo que aquí importa, esta postura de nuestra jurisprudencia demuestra, al menos en nuestra opinión, que la accesión invertida en parte es conforme a la voluntad presunta, o deseable, de los contendientes (como, vgr., sucede en materia de división de la cosa común).

Así las cosas, si la concesión de la accesión invertida puede entenderse fundada en la presunta voluntad del dueño del solar invadido o, cuando menos, en la aplicación forzosa del 361 *in fine* en su propio beneficio, a fin de evitarle un perjuicio, un daño mayor que el que de suyo implica ya la invasión del vecino, ¿por qué, además, concederle a él una posible indemnización adicional por el menoscabo del suelo remanente y no concederla en el caso de accesión común, cuando tras la obra realizada en suelo totalmente ajeno se ha de segregar parte

²⁸ Probablemente abre la puerta a este camino la STS de 12 diciembre 1908, al negar “*que la falta de expresión del derecho implica la tácita renuncia al de opción cuando -en el caso, el dueño del solar- solicita la demolición de la pared -invasora- para hacer posible la reivindicación, incompatible con el pago del precio y opuesta a la deducción que saca la sala sentenciadora para presumir la renuncia a lo edificado*”. Más rectamente, la también antigua STS de 30 junio 1923, precedente de la accesión invertida confesado por la STS de 31 mayo 1949, sobre un caso en que la extralimitación fue de la vía pública, decía íntegramente en su “*Considerando -2º- que el Tribunal a quo no ha infringido tampoco los artículos 361, 362 y 363 del CC, como en el recurso se pretende, toda vez que en el primero de dichos artículos se establece que los que de buena fe edifican, plantan o siembran en terreno ajeno pueden quedarse con lo edificado, plantado o sembrado, pagando indemnización, y los otros dos se refieren a quienes de mala fe realizan cualquiera de los actos expresados, y como por la sala sentenciadora se ha declarado, apreciando en conjunto toda la prueba practicada, que los demandados habían procedido de buena fe al ejecutar las obras aludidas, cuya demolición interesaba al Municipio y ocupar la faja de terreno que el Ayuntamiento pretendía reivindicar, habiendo condenado a los repetidos demandados a pagar el precio del terreno ocupado, lo cual en la ampliación de la demanda y siquiera fuera en forma alternativa, pedía dicha Corporación, es visto que no se han infringido los artículos del Código civil antes citados*”. Más recientemente, la STS de 12 diciembre 1995 admite la accesión invertida solicitada por el dueño del terreno invadido al amparo del derecho que tiene a cobrar aquello que le ha sido invadido, advirtiendo que la única forma de eludir el pago de la indemnización por el constructor invasor es demoliendo la obra y devolviendo el solar a su dueño en su estado originario, anterior a la obra.

²⁹ Así lo han dicho, entre otras, las SSTS de 9 febrero 1981, de 28 mayo, de 12 noviembre y de 13 diciembre, las tres de 1985, de 6 noviembre 1992, y de 8 febrero 1994. Como síntesis de todas ellas, la STS de 12 noviembre 1985, sobre un caso de leve extralimitación (de 4 m² de superficie ajena), decía, en su Fundamento de Derecho 2º: “*...y no se oculta que centrada la controversia sobre la reivindicación y su alcance, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración de dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues aunque no ha sido invocada nominatim por el edificante la contienda versó también sobre todos los requisitos (invasión parcial y buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio superficies solo cedit, alcanzando una solución al conflicto (“carísima aventura procesal para tan mínimo objeto”, aunque se haya seguido el proceso más solemne, como acertadamente hace ver la Sala de instancia), sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes*”. Tal vez, como posible llamada de atención a tal postura, quepa hacer la que hace algún tiempo hizo la STC 222/1994, de 18 julio, que si bien admitía fundamentar en el principio *iura novit curia* el rechazo a la acción reivindicatoria y a la petición de demolición cuando en efecto se cumplían todos los requisitos de la accesión invertida, en cambio negaba que el tribunal, además, concediese la accesión invertida cuando ésta no había sido expresamente solicitada.

de la finca originaria por haber elegido su dueño la segunda opción del art. 361 CC? Más que una distinción entre la accesión ordinaria y la invertida, como hizo la STS de 12 febrero 2008, se estaría haciendo una injustificable diferencia entre los efectos de una misma voluntad, sea presunta o expresa en su manifestación, cuando en ambos casos hay idéntico daño. La solución ha de ser la misma siempre que, al margen de que sea accesión normal o invertida, haya en efecto un daño que indemnizar, como el que realmente hubo en el caso que -erróneamente, en nuestra opinión- resolvió la STS de 12 febrero 2008. En él, aun tratándose de accesión típica, de obra levantada sobre suelo totalmente ajeno, como efecto colateral fue segregada parte de la finca, provocando la minusvaloración de la parte segregada que conservaría el *dominus soli* invadido. *A contrario sensu*, no habrá tal menoscabo, y, por tanto, tampoco habrá daño que reparar, si, aun tratándose de un caso de accesión invertida, de obra extralimitada, el suelo invadido sólo en parte de su extensión debe ser valorado en su totalidad porque en su totalidad va a ser accedido al ser la parte que, en principio, estaba libre de ocupación económicamente inservible, resultando por ello indivisible, imposible su segregación (como sucedió en el caso de de la STS de 27 enero 2000³⁰, y se prevé en general en los arts. 542-7.1.b y 542-9.2 CC catalán³¹).

³⁰ Que al menos insinúa como posible la de una accesión invertida en caso de invasión funcional -que no físicamente- total del fundo vecino cuando la obra, aun no invadiendo toda la superficie vecina, deja prácticamente inservible la restante, obligando a que, en verdad, se deba vender, acceder todo el suelo vecino en favor del constructor invasor.

³¹ Dice el art. 542-7 CC catalán, en su ap. 1: “*El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: ... b) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar*”. Y dice en su art. 542-9, ap. 2: “*Los propietarios del suelo invadido pueden obligar a los constructores a comprarles todo el solar cuando el suelo invadido no puede dividirse o el resto del suelo resulta no edificable*”. Y lo subraya, como acierto, MARSALL GUILLAMET, J (p. 468).