

El art. 361 CC y su diversa repercusión pecuniaria según se aplique a
la accesión normal o a la invertida
Comentario a la Sentencia del TS de 12 febrero 2008
(RJ 2008, 1842)

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Resumen: El dueño del suelo no tiene derecho para reclamar ningún daño originado por la construcción de buena fe por tercero en su terreno, únicamente la opción de hacer suya la obra previa la indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno, siendo 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 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.

Términos significativos: CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO. ACCESIÓN INVERTIDA. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. INDEMNIZACIÓN

Civil

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros

☑ **Resumen:** ACCESIÓN: INCORPORACIÓN EN SUELO AJENO CON MATERIALES PROPIOS: construcción de edificio en terreno ajeno: obligación del constructor de abonar el precio del terreno ocupado: no comprende la indemnización por el menoscabo del resto del suelo, propia de la accesión invertida.

Disposiciones estudiadas: CC, arts. 361 y 1901 –¿sic?–

Sentencias citadas: Sentencias del TS de 29 julio 1994 (RJ 1994, 6305), 12 diciembre 1995 (RJ 1995, 9601).

ANTECEDENTES DE HECHO

D^a Amelia, por sí y en beneficio de los demás propietarios del solar que se describía en la demanda, solicitó contra los esposos demandados D. Carlos María y D^a Melisa, la declaración de que los mismos habían procedido a construir en el solar descrito, y se les condenase a destruir la edificación llevada a efecto, reintegrándolo a la situación en que se encontraba, así como indemnizar a la actora en los daños y perjuicios derivados de esa ocupación. Subsidiariamente, solicitaba que se condenase a los demandados a indemnizar a la actora en el importe del valor del suelo ocupado por la edificación, así como en el de los daños y perjuicios derivados por el tiempo transcurrido desde dicha ocupación y tenencia y por el menoscabo del valor de la parcela restante una vez segregada de la parte del solar accedido a favor de los demandados.

El JPI estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados al pago a la actora del valor del suelo ocupado por la edificación en la cantidad que se acreditase en ejecución de sentencia, y declarando no haber lugar a fijar ninguna indemnización por daños y perjuicios. La AP de Sevilla, en grado de apelación, revocó este último extremo, condenando a los demandados al pago a la actora de la indemnización por ella instada.

Contra la sentencia de la AP interpusieron D. Carlos María y D^a Melisa recurso de casación. Y el TS declara haber lugar al recurso, anulando la sentencia de la AP recurrida, y confirmando la solución de primera instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«TERCERO:... 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 –¿sí?– (sentencias de 29 julio 1994 [RJ 1994, 6305] y 12 diciembre 1995 [RJ 1995, 9601])».

COMENTARIO

SUMARIO

COMENTARIO

- I. EL PROBLEMA DE LAS CONSTRUCCIONES EN SUELO TOTAL O PARCIALMENTE AJENO: LA ACCESIÓN NORMAL Y LA ACCESIÓN INVERTIDA COMO SU SOLUCIÓN
- II. EL ART. 361 CC Y SU –HABITUAL– DIVERSA REPERCUSIÓN PECUNIARIA SEGÚN SE APLIQUE A LA ACCESIÓN NORMAL O A LA INVERTIDA
 1. Planteamiento de la cuestión: el menoscabo económico del suelo restante segregado tras la accesión: ¿un daño que indemnizar, ex art. 1902 CC, o un valor que reintegrar, ex art. 1901 CC?
 2. La correcta estimación del menoscabo económico del suelo segregado tras la accesión como daño reparable ex art. 1902 CC, y la precisa previsión de la reintegración por enriquecimiento injusto en el régimen legal propio sobre accesión
 3. Posible justificación de la concesión de indemnización sólo en los casos de accesión invertida por aplicación forzosa, sin opción, del art. 361 *in fine* –y presunta voluntad de los contendientes–; y, no obstante, su ocasional oportunidad en cualquier accesión en tanto haya daño que reparar, por la compatibilidad existente entre los arts. 361 y 1902 CC
 4. Como epílogo, una crítica a la jurisprudencia sobre accesión invertida por aunar en la práctica distintas obligaciones de pago –reintegrativa e indemnizatoria– con la pretensión de imponer el doble del valor del suelo invadido: la importación de un error histórico, contenido aún por descuido, en el Derecho italiano hace tiempo superado por nuestro CC

I. EL PROBLEMA DE LAS CONSTRUCCIONES EN SUELO TOTAL O PARCIALMENTE AJENO: LA ACCESIÓN NORMAL Y LA ACCESIÓN INVERTIDA COMO SU SOLUCIÓN

Abordando la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842), que aquí se va a comentar, 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 brevemente, 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 por invertir el principio general que en dicha norma subyace.

A dicho fin, merece la pena reproducir casi íntegramente la sentencia creadora de tal inversión que hoy representa la solución «oficial» para el caso de las construcciones extralimitadas o levantadas en suelo parcialmente ajeno: aunque con antecedente en la STS de 30 junio 1923 (JC, 115), es la STS de 31 mayo 1949 (RJ 1949, 721):

«Considerando –4º–: Que, claras y precisas las normas que estatuye el Código Civil en sus artículos 361 y siguientes, ninguna dificultad ofrece el aplicarlas para decidir las cuestiones que se susciten en los casos de construcción en suelo ajeno, por ellas reguladas atendiendo a la buena o mala fe del constructor, y aún a la del dueño del suelo cuando con la de aquél concurre, y siempre respondiendo a la regla *superficies solo cedit*, derivada del principio fundamental de la accesión, de que *lo accesorio sigue a lo principal*, inspiradores éste y aquélla notoriamente de los artículos 353 y 358, del mismo Código, pero tales normas no resuelven los casos de edificación en suelo que en parte pertenece al edificante, ya que ellos carecen de la base común a los supuestos para los que están establecidos.

Considerando –5º–: Que descansan las doctrinas científica y legal de la accesión en la existencia de una cosa que ha de tenerse por principal y de otra accesoría que al unírsele forma con ella una individualidad, por lo que al merecer el suelo la primera de las expresadas calidades ha de

ceder a él cuanto a su superficie se incorpore, de lo que es consecuencia la adquisición por el dueño del suelo del derecho a la propiedad de lo incorporado, según declara el art. 353, y el de optar por hacerlo suyo pagando su valor, como dispone el 361, ambos antes citados, mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo construido constituye con aquél una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código Civil su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo antes citado y del 358, por falta de la base necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado.

Considerando -6º-: Que este problema, creado al excederse el edificante de los límites de su suelo propio, resuelto, con criterios diversos que buscan la equidad en sus soluciones positivas, en algunas legislaciones extranjeras, no lo está por preceptos expresos en el ordenamiento sustantivo español, ni por la jurisprudencia...; y ante esta falta de preceptos positivos exactamente aplicables, habrá la misma de ser suplida, cuando no lo está por la costumbre, por los principios generales del derecho, según lo exige en su párrafo segundo el artículo 6 del Código -antes de su reforma en 1974, naturalmente-.

Considerando -7º-: Que de estos principios de derecho, el que, acogido bajo forma preceptiva en los artículos 350 y 358, atribuye al dueño de una superficie de terreno el dominio de lo que a él se incorpora, podría, al ser esto divisible, conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno lo fuese de lo sobre la misma edificado, con la indemnización correspondiente al constructor de buena fe, mas no sería la misma admisible por injustificada cuando las dos porciones del suelo formasen con el edificio un todo indivisible, no siéndolo tampoco la de establecer una copropiedad, o un derecho de superficie, que no son conciliables con el efecto de la accesión, que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas; y así hay que acudir como a raíz de los derechos que se derivan de la accesión y de las normas que positivamente la regulan al principio -ya antes considerado- de que lo accesorio cede a lo principal, y atribuir esta calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe», como así finalmente estimó en el caso.

A esta STS de 31 mayo 1949 (RJ 1949, 721), formando ya legión, le siguen hoy otras muchísimas SSTs, que aunque ahonden en alguna cuestión puntual, en la esencia de la accesión invertida no hacen más que evocar lacónicamente el recuerdo de la exhaustiva argumentación hecha en aquella de 1949.

Una de esas cuestiones puntuales es, precisamente, la que aquí en este comentario se abordará a continuación.

II. EL ART. 361 CC Y SU -HABITUAL- DIVERSA REPERCUSIÓN PECUNIARIA SEGÚN SE APLIQUE A LA ACCESIÓN NORMAL O A LA INVERTIDA

1. Planteamiento de la cuestión: el menoscabo económico del suelo restante segregado tras la accesión: ¿un daño que indemnizar, *ex art. 1902 CC*, o un valor que reintegrar, *ex art. 1901 CC*?

Se trataba en el caso 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, solicita, 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 [RJ 1994, 6305] y 12 diciembre 1995 [RJ 1995, 9601]).».

Frente a dicho apoyo jurisprudencial, la SAP recurrida (JUR 2001, 18537), para conceder la indemnización reclamada por el *dominus soli* invadido, no aludía a tales SSTS, que cita la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842), sino a otras: las SSTS de 26 febrero 1971 (RJ 1971, 1044), de 27 noviembre 1984 (RJ 1984, 5663) y de 12 diciembre 1995 (RJ 1995, 9601). En todas ellas se decía, en efecto, que para «la determinación del precio –a pagar por el constructor invasor al dueño del suelo *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»; lo dicen la citada STS de 1971, en su Considerando 8º, y otras que le siguen, como son, precisamente, las citadas por la AP y, curiosamente, por la STS que aquí se comenta, y también por otras que no se citan, como son las SSTS de 15 junio 1981 (RJ 1981, 2524), de 1 octubre 1984 (RJ 1984, 4750), 12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5582), y de 8 noviembre 1989 (RJ 1989, 9890). Y absolutamente todas ellas, como advierte la STS que aquí comentamos, se refieren a la accesión invertida, al caso de construcción extralimitada, de obra realizada en suelo propio y en suelo ajeno. La SAP recurrida, en cambio, se apoya en dicha jurisprudencia para resolver un caso de accesión típica o normal, de construcción en suelo totalmente ajeno.

Frente a aquellas SSTS, la única singularidad de la más reciente STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842) es su apoyo en el art. 1901 CC para justificar aquella adenda pecuniaria que se añade al valor del suelo ocupado. En cambio, la STS de 15 junio 1981 (RJ 1981, 2524) y, siguiéndola, las de 1 octubre 1984 (RJ 1984, 4750) y de 27 noviembre 1984 (RJ 1984, 5663) –que sólo menciona la AP recurrida en el caso, no el TS– fundamentan dicha indemnización en el art. 1902 CC. 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? 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?

Al comentar la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842), antes de hacerlo nosotros aquí, CABALLERO LOZANO, J. M. (CCJC, núm. 78, 2008, pgs. 1401-1417), considera que dicha STS en verdad se apoya en el art. 1902 CC y que «la cita del art. 1901 CC seguramente se deba 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 injusto, cuando éste puede encontrar genérico reconocimiento, precisamente, en el art. 1901 CC. Como decía LACRUZ BERDEJO, J. L. («Notas sobre el enriquecimiento sin causa», RCDI, 1969, pgs. 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* mediante 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».

2. La correcta estimación del menoscabo económico del suelo segregado tras la accesión como daño reparable *ex art.* 1902 CC, y la precisa previsión de la reintegración por enriquecimiento injusto en el régimen legal propio sobre accesión

La opinión del TS señalada que por su reiteración sí forma jurisprudencia, en su referencia al art. 1902 CC, ya fue hace tiempo defendida por MANRESA Y NAVARRO, J. M. (*Comentarios al CC español, t. III: Arts. 333-429*, Madrid, 1904, pgs. 194 y 195), luego por LACRUZ BERDEJO, J. L. (*Elementos de Derecho Civil, III: Derechos reales, vol. 1º: Posesión y propiedad*, Ed. por A. LUNA SERRANO, Madrid, 2000,

pg. 135); y, siguiéndoles recientemente, por BASOZABAL ARRUE, X. (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pg. 306); todos ellos 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, nada tiene que ver con la negligencia, con la falta de diligencia precisamente, que *ex laettere* exige el art. 1902 CC. Por esta razón hacen tal objeción, GARCÍA GARCÍA, J. M. (*Sentencias comentadas del Tribunal Supremo (Derechos Reales e Hipotecario)*, Madrid, 1982, pgs. 53 y 54); LAUROBA LACASA, M. E. («Comentario a la STS de 12 de diciembre de 1995», CCJC, 1996, pg. 634); ÁLVAREZ OLALLA, P. («La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», *Aranzadi Civil*, 1996-III, pg. 16), y de forma insistente CABALLERO LOZANO, J. M. al comentar también la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842).

Al respecto, tal vez convenga aquí recordar el sentido de la buena –o la mala– fe en materia de accesión (y que, con gran acierto, lo decía hace tiempo Díez-PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», RCDI, 1966). En la jurisprudencia, como sintetiza la STS de 27 enero 2000 (RJ 2000, 126), sobre accesión invertida, la buena fe del invasor consiste en la «racional creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir» por virtud de otro título o derecho diverso de la estricta propiedad. Como reverso de la misma moneda, puede entenderse la buena fe no como tal creencia, sino como ignorancia de que se construye sobre suelo de propiedad ajena o de que se carece de título idóneo o bastante para obrar en terreno ajeno. Así la STS de 22 febrero 1975 (RJ 1975, 721), definía la buena fe del invasor como «la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece»; y casi idéntica es la de la STS de 6 mayo 1978 (RJ 1978, 1815). Asimismo, la buena –o mala– fe del obrante en la accesión exige de cierta honradez *ex art.* 7.1 CC, pues aquel error de hecho ha de ser excusable, esto es, diligente, fundado, o razonable. Así entendida la buena –o mala– fe en sede de accesión, nada tiene, en efecto, que ver ésta con la culpa del art. 1902 CC.

Hay, no obstante, un caso, no poco frecuente en la práctica, en que aun siéndose sabedor de la ajeneidad del terreno sobre el que se construye o de que no se tiene actual título de dominio, ni siquiera para obrar, la actuación de la construcción se puede estimar realizada con buena fe a los efectos de las reglas de la accesión, por compensación. Sucede así cuando se construye con la tolerancia del *dominus soli* (entiéndase tal tolerancia en sentido amplio), «a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse» como dice el art. 364 CC para, precisamente, compensar esa actitud del *dominus soli*, y en la que se sustancia su mala fe en materia de accesión, con la del edificante para fingir, a los solos efectos de la accesión, que ambos actuaron de buena fe. Hay entonces una especie de *compensatio doli*. Quizás aquí la buena fe, que lo es por compensación, para la accesión sea mala fe, o culpa, para la indemnización del art. 1902 CC. Mas en su contra, y en general como apoyo de la referida incompatibilidad entre la buena fe del art. 361 y la culpa del 1902 CC, podría añadirse 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 cuando el Código así lo quiere, agotando de este modo toda posible consecuencia jurídica que pueda derivarse de la mala fe del constructor (v. gr., 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). En cierto modo, sobre un caso de accesión ordinaria, lo decía la STS de 17 febrero 1992 (RJ 1992, 1261), 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 (RJ 1980, 1414).

Curiosamente, este fue también uno de los motivos del recurso de casación en el caso que aquí se trata. Lo explica la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842), al final del primer párrafo de su Fundamento de Derecho 3º: «Entiende el recurrente –dice– que desde el momento en que se

está apreciando la buena fe del constructor, se excluye el pago de toda indemnización por parte del que construye». Y a continuación, en párrafo separado dentro del mismo Fundamento 3º, la STS estima el motivo de casación, mas –en contra de lo que cree CABALLERO LOZANO– no lo hace por la razón alegada en el recurso, sino por la ya indicada arriba, al sólo ver justificable el TS aquel plus indemnizatorio en el caso de las construcciones extralimitadas y con fundamento –literalmente, al menos– en el art. 1901, no en el art. 1902 CC.

Acaso tal vez con ello se quiera 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 (RJ 1971, 1044), antes citada, pionera en este punto sobre el *quantum* resarcitorio en caso de accesión invertida, terminaba aquel Considerando 8º, antes en parte reproducido, justificando que en el precio del terreno parcialmente ocupado se incluyera el menoscabo económico causado por la segregación del resto «por una consecuencia necesaria –decía– del principio de equidad». Y en esa referencia a la equidad, entendida en sentido amplio, han insistido las también citadas SSTs de 27 noviembre 1984 (RJ 1984, 5663) y de 12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5582). Y en la doctrina, autores como los mencionados GARCÍA GARCÍA, ÁLVAREZ OLALLA, y, en parte, CABALLERO LOZANO, 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, «en la justicia conmutativa reparadora, no en el art. 1902 CC», dice CABALLERO LOZANO. 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 sea dicho fundamento al que acuda, aunque indirectamente a través del art. 1901 CC, la STS de 2008, aquí estudiada, 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 daño.

Desde luego, no se trata de abordar ahora, en un simple comentario jurisprudencial, 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 exija 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... (al respecto, véase, entre otros, a NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, pgs. 7-9; Díez-PICAZO, L., *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid, 1987, pgs. 56-60; o a BASOZABAL ARRUE, X., pgs. 100-111). Bastará aquí con ceñir que hay la distinción entre una y otra institución al ámbito particular de la accesión:

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. Con su habitual precisión lo decía WOLFF, M. (con ENNECCERUS y KIPP, *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. 1^o: *Derecho de Cosas*, trad. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Barcelona, 1971, pg. 492), siendo sus palabras plenamente aplicables a nuestro Derecho, como creían PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (pgs. 497 y 499): «Su objeto es compensar la adquisición de un derecho que se ha producido en virtud de la ley, cuando el valor de la cosa no pertenece al que adquiere el derecho, sino al que lo pierde»; por eso añadirá (pgs. 494 y 495), que no se trata de una indemnización *stricto sensu*, sino de una bonificación –decía– en metálico del valor objetivo determinado en el momento de adquisición por el beneficiado.

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.

Así pues, en cualquiera de los casos típicos de accesión inmobiliaria se está siempre en presencia de una acción de enriquecimiento injusto aplicada a diferentes hipótesis. 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 valor de uso (v. gr., 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...). Tales serán daños a resarcir, 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 dueño. Son dos conceptos económicos a diferenciar, como lo son la *indennità* y el *risarcimento del danno* en el CC italiano, en general sobre accesión y en particular sobre la accesión invertida en los casos de construcción extralimitada (art. 938 *Codice*).

Al menos en su letra, la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842) 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 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 (RJ 1994, 6305) y 12 diciembre 1995 (RJ 1995, 9601), que la propia STS de 2008 cita, y como ya antes de todas ellas, lo hacían la de 15 junio 1981 (RJ 1981, 2524), y siguiéndola, la de 1 octubre 1984 (RJ 1984, 4750), en cuyo Considerando 6^o 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 –concluía– 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».

Que la culpa o negligencia exigida por el art. 1902 CC se contradice con la buena fe exigida en el art. 361 CC es cierto, pero sólo 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. La incompatibilidad, más aparente que real, entre ambas normas es por tanto salvable. Lo dice la propia LAUROBA LACASA, M. E. (*cit.*). Además, de ser aquél el verdadero obstáculo

para aplicar el art. 1902 CC a la accesión ordinaria del 361 CC, ¿acaso no habría también de serlo para la invertida cuando en ella el constructor invasor ha de actuar también de buena fe? 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 antijuridicidad –que, no obstante, niega en general CABALLERO LOZANO en los casos de accesión– y la causalidad entre el acto (de edificar) y el daño. Añádase, incluso como acierto de acudir al art. 1902 CC, que también advierte LAUROBA, que con ello queda de suyo resuelto que el deber de reparar el daño constituye una deuda de valor. Dicho sea esto de paso, casi como *obiter dictum*, a lo que, en el caso real que aquí se trata, dijo la AP recurrida al imponer «la indemnización por el tiempo transcurrido desde la ocupación del terreno sin derecho alguno con base material o registral». 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, aunque, conforme a la tesis minoritaria de la automaticidad de la accesión, la deuda indemnizatoria naciese con la incorporación, no con la posterior opción tomada por el *dominus soli*, 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 (RJ 1981, 2524), «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 diverso, como, en cambio, parece querer ÁLVAREZ OLALLA 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, acaso como si existiesen deudas fundadas sólo en la equidad que prescriban por el plazo general de 15 años (*ex art. 1964 CC*).

En definitiva, y volviendo al caso, lo importante para la aplicabilidad del art. 1902 CC en sede de accesión no es tanto que el constructor sea de buena o mala fe, sino que haya o no en efecto daño o perjuicio causado. Los demás requisitos (que si ilicitud, extra-contractualidad...), casi siempre se darán.

3. Posible justificación de la concesión de indemnización sólo en los casos de accesión invertida por aplicación forzosa, sin opción, del art. 361 *in fine* –y presunta voluntad de los contendientes–; y, no obstante, su ocasional oportunidad en cualquier accesión en tanto haya daño que reparar, por la compatibilidad existente entre los arts. 361 y 1902 CC

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 (RJ 2008, 1842) 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 algunos (como FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, Común y Foral, t. II*, 4ª ed., Barcelona, 1893, pg. 143), o en donde incluso se ha querido ver reconocida la accesión invertida (según MOLL

DE ALBA, C., *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004, pgs. 169, 236 y ss.), la respuesta puede verse en los *Motivos* de GARCÍA GOYENA al Proyecto de CC de 1851, en cuyo art. 404 se introdujo aquella novedad. De él decía GOYENA: «Es diferente del 555 Francés, y mucho más sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3, que niegan toda repetición al que edificó ó plantó de mala fe en suelo 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 o no muy pobre, si el que edificó o 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 o no el edificante o plantante, de ser rico o 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 fe; y la elección 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 CC), pero se considera que puede resultar dañina o indeseable para él una obra que no hizo por su propia voluntad, pudiendo ser que no quiera –o no pueda– pagarle al constructor –siempre de buena fe– el valor de tal obra. Para eso está entonces el inciso final del 361, que si bien protege al dueño del solar, en nada perjudica al constructor que al ser de buena fe creía poder hacer la obra, que deseaba hacerla para sí por creer estar legitimado para ello, no pudiéndose admitir, entonces, como en cambio admite FALCÓN, M. (*cit.*), su rechazo a tal venta impuesta. 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*. Como dice BASOZABAL ARRUE (pg. 300), experimenta un enriquecimiento «impuesto». 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 de CC de 1851 que no se contemplaba en el Proyecto de CC de 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 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 (RJ 2008, 1842) 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; a saber:

En síntesis, el modo de proceder lógico para tal aplicación del art. 361 en las construcciones extralimitadas es bien simple: sabiendo que el principio *superficies solo cedit* del art. 358 CC es

concreción del más genérico principio de que lo accesorio sigue a lo principal (*accessorium sequitur principale o accessorium cedit principali*), y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico-social del suelo que el 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. El propio CC, aunque para la accesión mobiliaria (arts. 376 y ss.), atiende al valor de las cosas para determinar cuál de ellas es la principal y cuál la accesorio en caso de unión, siendo en cierto modo aplicables por analogía tales normas al caso de las construcciones extralimitadas. Al fin y al cabo, también en ellas rige la máxima que es común en toda accesión (la de *accessorium cedit principali*). 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*: así, según las SSTs de 3 marzo 1978 (RJ 1978, 953), sobre todo la de 15 junio 1981 (RJ 1981, 2524), y siguiéndola la de 30 noviembre 1981 (RJ 1981, 4682), de 6 noviembre 1992 (RJ 1992, 9229), de 29 julio 1994 (RJ 1994, 6305), y la de 22 marzo 1996 (RJ 1996, 2584).

Hasta tal extremo se estima la necesidad y efectividad de tal inversión, o sustitución, que, 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 CC. Lo decía compendiosa y rotundamente la STS de 11 diciembre 1978 (RJ 1978, 4357), 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 (RJ 1989, 7900), 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 (RJ 1980, 4742), 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 (RJ 1992, 1261) 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 (RJ 1992, 9229), que estamos ante la inversión de la opción del 361 *in fine*.

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 invasor. Lo creen de tal modo, ÁLVAREZ 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.*), quien –como se verá–, a fin de compensar el carácter expropiatorio de la accesión invertida en cuanto impuesta judicialmente, propone la aspiración al *duplum* del art. 938 CC italiano.

En sentir contrario a tal operatividad automática se muestra ARCOS VIEIRA, M. L. («Accesión invertida y régimen de luces y vistas del CC», Aranzadi Civil, 1996-III, tomado de Internet: Westlaw, pg. 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 (RJ 1985, 2831), 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». Más claramente, la SAP de Barcelona de 8 noviembre 2005 (JUR 2005, 36323): «La accesión invertida, institución de creación jurisprudencial, exige los mismos requisitos que la accesión ordinaria, si bien se concede la opción por adquirir la propiedad no al titular del suelo, sino a quien lo haya edificado, sembrado, plantado o roturado», dice.

No obstante llevar parte de razón tal observación de ARCOS, no cabe admitir su objeción a la accesión invertida por prescindir ésta absolutamente de la voluntad del edificante invasor; como tal vez tampoco prescinda de la del propio invadido. Dado los presupuestos exigidos para la aplicación de la accesión invertida, entre otros, que el elemento principal sea el edificante 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.

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 invasora. Probablemente abre la puerta a este camino la STS de 12 diciembre 1908 (JC, 120), 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 (JC, 115), precedente de la accesión invertida confesado por la STS de 31 mayo 1949 (RJ 1949, 721), 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 (RJ 1995, 9601) 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.

Así ha derivado la jurisprudencia hasta dar el paso más importante al admitir la apreciación prácticamente de oficio de la accesión invertida con base en la equidad, en la economía procesal y en el principio general *iura novit curia* en tanto su concesión sea extraíble de la *causa petendi* y deducible de los hechos probados, cuando, en efecto, se den todos los requisitos –objetivos y subjetivos– de la accesión invertida; por ello, llegan incluso a decir algunas Audiencias Provinciales que el *dominus soli* invadido abusa de su derecho cuando, no obstante concurrir tales requisitos, insta la reivindicación de su suelo o la destrucción de la obra. Así lo han dicho, entre otras, las SSTS de 9 febrero 1981 (RJ 1981, 388), de 28 mayo (RJ 1985, 2831), de 12 noviembre (RJ 1985, 5582) y de 13 diciembre, las tres de 1985 (RJ 1985, 6526), respectivamente, de 6 noviembre 1992 (RJ 1992, 9229), y de 8 febrero 1994 (RJ 1994, 833). Como síntesis de todas ellas, la STS de 12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5582), 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 *superfi-*

ciés 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.

En lo que aquí importa, aquella 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, v. gr., 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 segregarse parte 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 hace la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842), se está 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– resuelve la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842). 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 la STS de 27 enero 2000 [RJ 2000, 126], y se prevé en general en los arts. 542-7.1.b y 542-9.2 CC catalán). Dicha STS al menos insinúa como posible 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. En idéntica línea, la SAP de Almería de 17 enero 2003 (AC 2003, 547).

4. Como epílogo, una crítica a la jurisprudencia sobre accesión invertida por aunar en la práctica distintas obligaciones de pago –reintegrativa e indemnizatoria– con la pretensión de imponer el doble del valor del suelo invadido: la importación de un error histórico, contenido aún por descuido, en el Derecho italiano hace tiempo superado por nuestro CC

En la concesión de indemnización como adición automática al pago del valor del suelo ocupado que, en la accesión invertida por obra extralimitada, afirma la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842) y en la contradicción que comete dicha STS, entre su apoyo legal y la calificación de la deuda como indemnización, tal vez subyace, en nuestra opinión, la actual tendencia que hay en la doctrina y, más aún, en la práctica forense y en la propia jurisprudencia, de aunar ambas obligaciones, la de reintegración y la indemnizatoria, como algo inevitable, que va de suyo, por el simple hecho de la extralimitación; con ello se pretende establecer una especie de sanción que, más o menos confesadamente, aspira al monto del doble del valor del suelo invadido, al modo en que lo impone el art. 938 CC italiano con una pretendida intención disuasoria, o preventiva por ejemplarizante (aunque en tal norma, además, se prevea la posible indemnización).

A la cabeza de esta tendencia en nuestra jurisprudencia se sitúa, precisamente, la ya varias veces citada STS de 26 febrero 1971 (RJ 1971, 1044), en cuyo Considerando 8º, recuérdese, al imponer la solución del 361 *in fine* como en todo caso de accesión invertida, dice que «en la

determinación del precio 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 tampoco por casualidad, reproducirán tal afirmación, a veces con el único cambio de fundar el incremento del precio en el art. 1902 CC, en lugar de la equidad, las SSTs de 15 junio 1981 (RJ 1981, 2524), de 1 octubre (RJ 1984, 4750) y de 27 noviembre, ambas de 1984 (RJ 1984, 5663), respectivamente, hablando la primera de «condena por partida doble», la de 12 noviembre 1985 (RJ 1985, 5582), de 8 noviembre 1989 (RJ 1989, 9890), de 29 julio 1994 (RJ 1994, 6305), la de 12 diciembre 1995 (RJ 1995, 9601), o la que aquí se comenta, la de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842), que lo fundamenta en el art. 1901 CC.

En la doctrina, dentro de la común opinión quizás sea destacable, al ser de las más radicales, la reciente opinión de MOLL DE ALBA, C. (pgs. 261 y 262), quien admira tanto al art. 938 CC italiano, que propone su acogimiento entre nosotros para así compensar el carácter expropiatorio de nuestra accesión invertida, obra eminentemente jurisprudencial, y porque en su práctica la adquisición no se produce como ejercicio de una potestad que ostente el dueño del solar invadido, sino por adjudicación judicial –como se vio antes–.

En nuestra opinión, cualquiera que se quiera sea su fundamento, en sí esta tendencia cada vez más firme en los últimos tiempos de endurecer el *quantum* indemnizatorio, hasta casi integrarlo en la deuda compensatoria y así imponer el valor duplicado del suelo invadido a imitación del Derecho italiano, es un grave error. Como también lo ha sido su imposición en Italia, que no obstante obligar al pago del doble del valor del suelo invadido, añade, aunque sólo como posible, una indemnización. No debe por ello extrañar que una de las cuestiones más discutidas, que suscita el art. 938 *Codice* vigente, sea la de justificar que en caso de construcción extralimitada hecha de buena fe y sin oposición del invadido «*il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni*», según dice tal norma en su final.

Considerando que la accesión invertida en ella regulada es según la común doctrina italiana una especie de expropiación forzosa singular, por excepcionarse el principio *superficies solo cedit* atendiendo a razones de interés privado (del edificante invasor), algunos, desde la perspectiva del dueño del suelo ocupado, justifican lo del doble como una compensación a aquel que se ve privado de su propiedad; otros, desde la perspectiva del constructor invasor, lo justifican como sanción, o pena, impuesta a su extralimitación. Y los hay, naturalmente, que alegan ambas razones para justificar el *duplum* del art. 938 italiano.

Pero hay también a quien nada de ello convence, pues, por un lado, la idea de punición se contradice con la exigencia de buena fe en el constructor, y, por otro, la idea de compensación no se explica cuando el 938 exige que el dueño del suelo ocupado no se haya opuesto a la invasión, no haciéndose con ello sino invitar a la especulación, a que el *dominus soli* invadido calle y no se oponga a la inmisión a la espera de aquella generosa compensación. Esto último ya lo advirtió RUGGIERO, D. (cuyo testimonio aquí se toma de SBOLCI, G., *Commento al Diritto Civile italiano secondo l'ordine del Codice, vol. II*, Nápoles, 1891, pg. 38); lo dijo en la Comisión de Nápoles a la que pertenecía, frente a lo dispuesto en el Proyecto que sería del *Codice* de 1865, proponiendo que se impusiera el pago del suelo con un posible añadido indemnizatorio; finalmente, sin embargo, el art. 452 CC italiano-1865 impondría el pago del doble del valor del suelo ocupado más el posible resarcimiento. Tiempo después la misma crítica se hará en múltiples informes oficiales al art. 98 del Proyecto que será del *Codice* de 1942, que mantenía la obligación de pagar el doble del valor del suelo ocupado. Está dicho en los informes de las Cortes de Apelación de Ancona y de Venecia, y en las relatorías de las Universidades de Milán (con el Prof. Gangi), de Pisa (con los profesores Funaioli y Ferrara), y de Siena (con el Prof. Tedeschi), que pueden verse en las pgs. 584 a 587 del *Ministerio di Grazia e Giustizia: Lavori preparatori per la riforma del Codice civile. Osservazioni e proposte sul progetto del libro secondo. Cose e Diritti reali, vol. I*, Roma, 1938. Lo curioso, al menos en este caso, es que BARASSI, L. (como miembro de la Comisión Real, en *Codice Civile. Secondo Libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, Roma, 1937, pg. 57), alegando aquella vieja razón de evitar la especulación, elogiara que aquel art. 98 del Proyecto suprimiera, por fin, aquel pago del duplo, y que luego el Consejo de Estado aceptase tal error y, por ello, su eliminación. Los informes oficiales antes citados objetarán este despiste de BARASSI, quien creía se había hecho tal supresión, cuando aún el texto del proyecto conservaba en su letra la imposición del duplo.

Sin que se sepa la razón, aquella compensación disuasoria del doble, a pesar de su común rechazo, pasaría, cual texto maldito, al definitivo CC italiano. Podría entenderse que se trató de un lapsus, tal vez subsanable entendiendo tácitamente derogada la letra de la ley desde su *ratio*. Pero al margen de este desliz, el error de fondo ya se había cometido mucho antes, cuando por primera vez se establece aquella sanción del doble del valor. En esta ocasión, al menos, no se encuentra su génesis en el Derecho de la Toscana renacentista, donde por primera vez se diera solución al caso de las construcciones extralimitadas, cuando, según explica BRUGI, G. (*Della proprietà, vol. II*, Turín, 1923, pgs. 229 y 230), el constructor invasor debía pagar el precio justo del suelo, que era tasado por el juez y dos amigos comunes de los implicados, siendo el resultante incrementado en un 10%, y sin que pudiera ser en ningún caso el precio de venta inferior a 500 escudos de oro. Añadirá el propio BRUGI que esta previsión medieval se verá exagerada por una bienintencionada, pero malentendida idea de justicia, en el art. 452 CC italiano-1865 al imponer el duplo. Pero con esta ilación BRUGI se salta un hito, en donde realmente radica el germen de aquel duplo, que es antecedente directo de ese art. 452 posterior, y del actual 938. No es otra esa fuente inspiradora que el art. 463 del Código sardo o Albertino, del Reino del Piamonte y Cerdeña, de 1838, pionero y fuente directa en la regulación de la accesión invertida, donde ya se imponía el pago de «*il doppio valore del sito occupato, oltre al risarcimento dei danni che gliene potessero derivare*». Y de él, uno de sus más cercanos comentaristas, PONCINI (*Commenti sul codice civile, ossia Codice civile spiegato e ragionato, vol. II*, Asti, 1839, pg. 107), nos daba la siguiente razón: «*Il doppio valore. Perché il padrone del suolo è privato della proprietà di sua cosa senza alcun fatto suo proprio, ad esempio delle leggi romane che introdussero l'azione de tigno iuncto, colla quale il padrone della materia ne poteva ripetere il doppio valore. La refezione de'danni è di tutta equità essendo un compenso del godimento, di cui il proprietario del suolo fu privato*».

Es decir, que la fuente más remota de tal sanción-compensación se hallaba en el Derecho romano, en la *actio de tigno iuncto* dice PONCINI, propia de las XII Tablas, o la que también se llamó en tiempos del Derecho romano clásico y justiniano, precisamente, la *actio in duplum*; una acción que se preveía como diversa de la *condictio indebiti* (del enriquecimiento injusto), y como alternativa a la reivindicación en caso de separación o demolición, para el supuesto de construcción en suelo propio con materiales ajenos (según § 29, tít. 1, Lib. 2, de las Instituciones de Justiniano). Mas sucede que tal duplo apenas fue aplicado en la práctica (salvo, probablemente, en algunos casos, como aquel en que los materiales fuesen robados, o tomados de mala fe); al menos entre nosotros jamás sería aplicado:

Ha sido, finalmente, nuestro art. 360 CC, que se corresponde con aquel caso que la ley romana sancionaba pecuniariamente con el duplo, el que ha eliminado tal consecuencia pecuniaria, para sólo añadir al valor del material ajeno empleado una indemnización en caso de mala fe, y, no obstante, permitiendo como vestigio la posible separación cuando no haya menoscabo (360 *in fine*). Con tal novedad, el art. 360 CC históricamente se apartaba de aquel precedente romano que incluso había pervivido en las Partidas, que de igual modo, al menos en su texto, sancionaban a tal constructor con el doble del valor de los materiales ajenos empleados, con independencia incluso, según parece ser, de que hubiese actuado de buena o de mala fe (así, según la Ley 16, tít. 2, y la Ley 38, tít. 28, ambas de la Partida 3^a, que hablaban del «*precio doblado*»). La novedad del CC sólo era formal, en cuanto consagración legislativa, pero en el fondo respondía a una práctica desde hacía ya siglos vigente por la que ningún juez imponía el pago de tal cantidad duplicada, ni siquiera cuando el constructor fuese de mala fe, en cuyo caso sólo le imponía un deber resarcitorio añadido al pago del valor de los materiales empleados. Al principio, conforme al derecho y práctica comunes, muchos eran quienes criticaban que el constructor de buena fe tuviera que pagar el doble del valor. Decía, entre otros, GREGORIO LÓPEZ (en su Glosa 93 a aquella Partida): «*Nótese que, según esta ley, aun el que obrare de buena fe, empleando materiales agenos –sic– en la construcción de su casa, quedará obligado a pagar el doble de su valor, contra la opinión de los que pretendían que el que tal hiciese con buena fe, quedaba únicamente obligado a restituir el valor de los materiales que hubiese empleado: y así en efecto procedía por derecho*». Así también, SALA, J. (*Ilustración del Derecho Real de España, t. I*, 2^a ed., Madrid, 1820, pgs. 112 y 113), y siguiéndole ÁLVAREZ, J. M. (*Instituciones de Derecho Real de España, t. I*, Madrid, 1829, pg. 159, nota 1), quien terminaba diciendo que «*en la práctica jamás hemos visto, ni creemos se verá, condenarse al pago doblado al que edificó con buena fe*». También ESCRICHE, J. (en su voz *Accesión industrial*, pg. 44); don Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español, t. II*, Madrid, 1863, pgs. 83 y 84); o GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M. (*Elementos de Derecho Civil y*

Penal de España, t. I, 2ª ed., Madrid, 1865, pg. 496), aunque todos ellos refiriendo la crítica, aun cuando hubiese mala fe en el constructor, por lo falto de equidad de aquella sanción, llegándose de este modo al período codificador, en que, antes del vigente art. 360 CC, ninguno de los Proyectos de CC contenía ya aquella regla romana superada y prácticamente jamás observada (así, el art. 679 Proyecto CC/1836, que hacía en general referencia a la posible indemnización sumada al pago del valor de los materiales ajenos si en efecto había daños adicionales; el art. 403 Proyecto CC/1851, que por primera vez conecta la posible indemnización con la mala fe del constructor, manteniéndose así en el art. 363 Proyecto CC/1882, y, tras él, en el actual art. 360 CC). Razones de equidad, unánimemente advertidas, lo imponían. Lo decía GARCÍA GOYENA, F. (pg. 361), comentando aquella norma del Proyecto CC/1851: «Pero uno y otro –refiriéndose al Derecho romano y a las Partidas– concedían en este caso al dueño de los materiales acción para reclamar el duplo de su valor, prescindiendo de buena o mala fe. (...) Esta acción nunca estuvo en uso entre nosotros; y el artículo –403 del Proyecto– es mas conforme á equidad y á los principios generales de derecho, condenando únicamente al pago del valor de los materiales en el caso de buena fe, y añadiendo la responsabilidad de daños y perjuicios en el de mala, ora se trate de plantaciones, ú obras y edificios».

Confrontado, así, el error del 938 italiano y el acierto de nuestro 360 CC (o, por lo menos, el consenso habido en torno a él), parece justificada la imperiosa necesidad de poner freno a esa tendencia de nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la accesión invertida, que por importar, sin saberlo, un error extranjero, el italiano, por un lado, resucitan una norma que nuestro Derecho hace más de un siglo que, con toda justicia, enterró, y, por otro, confunden el enriquecimiento injusto con la indemnización por daños, imponiendo esta última como efecto prácticamente automático e inevitable en los casos de construcción extralimitada. Una confusión en la que parece haber incurrido también la STS de 12 febrero 2008 (RJ 2008, 1842), hasta aquí comentada.