

# La accesión invertida en Derecho Italiano\*

PAOLO SANNA

*Doctor de investigación en Derecho privado. Facultad de Jurisprudencia. Universidad de Pisa*

**Resumen:** En éste se aborda, con tono crítico, la escasa aplicación que por su pretendida excepcionalidad ha tenido en el foro italiano el art. 938 de su Código Civil para el caso que contempla, el de la accesión invertida como solución al problema de las construcciones extralimitadas (levantadas sobre suelo en parte propio y en parte ajeno), y, en cambio, la mayor aplicación que, hasta fechas cercanas, dicha norma ha tenido para un caso en ella no expresamente contemplado, el de la denominada «ocupación apropiativa», por cuya virtud la Administración llega a adquirir, a título originario, la propiedad de un fundo radical e irreversiblemente transformado mediante la realización de una obra pública hecha en el curso de un procedimiento expropiatorio regularmente iniciado con la declaración de utilidad pública y con la emisión del Decreto de ocupación de urgencia, pero posteriormente devenido ilegítimo o no culminado con la emisión de la providencia final de expropiación.

**Palabras clave:** Accesión (invertida). Construcción (extralimitada). Expropiación forzosa. Administración Pública. Ocupación apropiativa. Propiedad. Buena fe. Indemnización. Reparación.

## SUMARIO

1. LA DISCIPLINA DE LA LLAMADA «ACCESIÓN INVERTIDA» EN LOS CÓDIGOS DECIMONÓMICOS
2. EL ART. 452 DEL CC ITALIANO DE 1865
  - 2.1. (sigue:) Análisis de sus presupuestos de aplicación
3. EL ART. 938 DEL CC ITALIANO DE 1942 Y EL PROBLEMA DE SU EXCEPCIONALIDAD
4. LA ACCESIÓN INVERTIDA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
5. CONCLUSIONES

## 1. LA DISCIPLINA DE LA LLAMADA «ACCESIÓN INVERTIDA» EN LOS CÓDIGOS DECIMONÓMICOS

Ubicado en la sección II («*De la accesión, de la especificación, de la unión y de la comición*»), del Título II del Libro III («*De la propiedad*»), del CC italiano de 1942, el art. 938, bajo la rúbrica «*Ocupación de una porción del fundo contiguo*», dispone: «*Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo, sin que su propietario se oponga dentro de los tres meses desde que se inició la construcción, la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. En tal caso, el constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además el resarcimiento de los daños causados*».

En la codificación civil italiana, los más remotos antecedentes de ese art. 938 CC se encuentran

\* El autor agradece al Dr. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Prof. Titular de Universidad de la Facultad de Derecho de Sevilla, la traducción hecha para su impartición en dicha Facultad, que tuvo lugar el 6 de marzo de 2009 con ocasión de la celebración de un seminario monográfico sobre «Construcciones extralimitadas y accesión invertida», organizado por la Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Carmen Fernández de Villavicencio Álvarez-Ossorio, y bajo cuya supervisión se ha publicado el presente trabajo.

en los arts. 463 del Código Albertino<sup>1</sup> (de 1837), 452 del CC italiano de 1865 y 644 del Código Estense (de 1851), si bien antes no faltaron en el Derecho Común italiano previsiones en parte iguales o afines, inspiradas en la doble exigencia de evitar las demoliciones y de favorecer las construcciones y el ornamento de las ciudades<sup>2</sup>. Algo similar disponía (y dispone, en tanto que aún está vigente), el § 912 del CC alemán (*BGB* de 1896)<sup>3</sup>, mientras que nada preveían al respecto el Código Parmense (de 1820), el de las Dos Sicilias (de 1819), el CC francés (de 1804), ni el CC español (de 1889). No obstante, a pesar del silencio aún mantenido por estas dos últimas codificaciones (española y francesa), la accesión invertida es figura bien conocida en la práctica forense de ambos ordenamientos, aunque con resultados antagónicos<sup>4</sup>.

## 2. EL ART. 452 DEL CC ITALIANO DE 1865

La doctrina decimonónica señalaba el art. 463 del Código sardo –el albertino antes indicado<sup>5</sup>– como el más directo precedente del art. 452 del CC italiano de 1865<sup>6</sup>, mantenido luego, con alguna leve modificación, en el vigente art. 938 del *Codice* de 1942.

En concreto, el art. 452 del CC italiano de 1865, elogiado en su momento por la doctrina como «un bello paso de la ciencia codificadora» por su carga innovadora<sup>7</sup>, preveía literalmente que «*si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del terreno contiguo y la construcción se hubiese hecho con conocimiento y sin oposición del vecino, el edificio y el suelo ocupado podrán declararse propiedad del constructor, quien sin embargo será obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de los daños*»<sup>8</sup>. Inspirada en el principio «*ne aspectus urbis deformetur*», o en la exigencia de evitar el grave daño que supone la demolición del edificio invasor en su parte extralimitada con la consiguiente alteración de la finalidad socio-económica de la nueva construcción<sup>9</sup>, la disposición vino a ser rápidamente etiquetada como excepcional por parte de la doctrina y de la jurisprudencia mayoritarias, al ser extraña al antiguo principio de la accesión «*quidquid inaedificatur solo cedit*»<sup>10</sup>, actualmente consagrado en el art. 934 CC italiano de 1942<sup>11</sup>.

1. La norma, que se contiene en *Il Codice civile per gli Stati di S.M. Il Re di Sardegna*, Turín, 1952, pg. 126 (dentro del Lib. II, Tít. II: «*De la propiedad*»), disponía: «*Cuando con la construcción de un edificio se invada una parte del mismo suelo del vecino, concurriendo la buena fe de quien ha construido, y la construcción haya sido hecha a ciencia y sin oposición del propietario del suelo invadido, el edificio y el suelo ocupado podrán ser declarados propiedad de quien ha realizado la construcción, reembolsando al propietario del suelo el doble del valor del sitio ocupado, además del resarcimiento de los daños que se hayan podido derivar*».
2. Cfr. B. BRUGI, *Della proprietà*, vol. II, Nápoles-Turín, 1923, pg. 229 y ss.
3. Que dice: «*Si el propietario de una finca, en la construcción de un edificio, ha edificado sobre los linderos sin que le sea imputable dolo o culpa grave, el vecino ha de tolerar la construcción saliente, a no ser que haya formulado oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación. El vecino ha de ser indemnizado mediante una renta en dinero. Para señalar la cuantía de la renta es decisivo el tiempo de la extralimitación*».
4. En particular, en el sistema español la denominada accesión invertida ha sido creada por obra de la jurisprudencia exigiendo para ello que concurren los siguientes requisitos: que el constructor, al edificar sobre suelo propio, haya invadido de buena fe una porción del suelo contiguo perteneciente a otro dueño; que la construcción sea indivisible y que su valor supere al del suelo ajeno ocupado. En tal caso, no se admite la reivindicación del suelo invadido ni encuentra aplicación el art. 361 CC español, a cuyo tenor «*El dueño del terreno en que se edificar, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los arts. 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente*». Es, sin embargo, discutido si la adquisición de la propiedad a favor del constructor puede ser declarada de oficio por el juez o sólo a instancia de parte.
5. Es anotación del traductor.
6. Cfr. N. STOLFI, *Il possesso e la proprietà*, Turín, 1926, pg. 437; B. BRUGI, *op. cit.*, pg. 228.
7. B. BRUGI, *op. cit.*, 230, mostrándose acorde con la idea, expresada por la Comisión de Nápoles sobre el Proyecto de Código civil italiano, de que la norma fuese *un poco atrevida, pero en el fondo un bello paso en la ciencia codificadora*.
8. En el *Codice* de 1865, la norma estaba ubicada dentro del Libro III (*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*), Título II (*De la propiedad*), del Capítulo III (*Del derecho de accesión sobre lo que se incorpora y se une a la cosa*), sección I (*Del derecho de accesión relativo a las cosas inmuebles*).
9. N. STOLFI, *op. cit.*, pg. 438, nota 1, pone como ejemplo el de una bodega de un establecimiento vinícola «*que si se debiese ceder al dueño del suelo, se malograría del todo su fin de un modo inicuo y antisocial*».
10. En tal sentido, favorable a la excepcionalidad del art. 452 italiano, en la doctrina, cfr. L. BORSARI, *Commentario al Codice civile italiano*, vol. II, Nápoles-Roma, 1872, pg. 202; B. BRUGI, *op. cit.*, pgs. 230 y 235; N. STOLFI, *op. cit.*, pg. 438; E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile italiano. Commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Florencia, 1870, pg. 202 y ss. (a cuya obra cabe acudir en su referencia jurisprudencial). La calificación en términos de excepcionalidad que la doctrina daba a aquella norma se explicaba por su excentricidad frente al princi-

Consecuencia, y síntoma a su vez, de que el art. 452 fuese una desviación de aquel principio tradicional eran los taxativos presupuestos exigidos por el Código para su aplicación: **i)** que se tratara de un «edifizio»; **ii)** que el edificio ocupara una parte (mayor) del terreno propio del constructor y una parte (menor) del suelo ajeno; y **iii)** que el edificio se realizara de buena fe por el constructor y a ciencia sin oposición del propietario de la porción de suelo invadida.

## 2.1. (sigue:) Análisis de sus presupuestos de aplicación

Sub **i)** En cuanto al concepto de «edifizio», la doctrina se mostraba conforme en afirmar que con dicho término se designase cualquier construcción que deviniese en inmueble por su incorporación al suelo (a título de ejemplo, se calificaban como «edifizio» la vivienda, la fábrica, un molino, un almacén), con exclusión, por tanto, de las barracas y cabañas, las verjas, los vallados y cualquier otra obra semejante no caracterizada por el requisito de la permanencia. Sin embargo, se discutía si entraban o no en la categoría de «edifizio» aquellas construcciones que no formaban un cuerpo de fábrica (como, por ejemplo, un muro divisorio, una columna ornamental, un pozo o una fuente), o también si para la conservación de la obra invasora era necesario o no «suficiente interés para legitimar la expropiación de la pequeña zona de terreno ocupada».

Al respecto, según algunos autores, puesto que por «edifizio» había de entenderse exclusivamente una construcción acorde a una determinada finalidad (como, por lo demás, se deducía de la letra de la ley al referirse a la «construcción de un edificio» y no a construcciones en general), del ámbito aplicativo de la norma habrían de excluirse los muros divisorios, sin que tuviese importancia el indagar en cada caso si había o no interés en conservar tal obra de cerramiento<sup>12</sup>.

Por el contrario, según otra opinión, aun reconociendo que el muro divisorio no entraba estrictamente en la categoría de «edificio», habría que valorar en cada caso la concreta gravedad de su demolición o la existencia de un interés para su conservación. Por eso mismo, sería poco razonable entender inaplicable el art. 452 CC italiano de 1865 al caso de un muro divisorio de 30 centímetros de ancho y 2 Kilómetros de largo que ocupase, en toda su longitud, 10, 15 ó 20 centímetros del suelo vecino o el de un pozo «ya que también la conservación de éste puede tener tanto interés como para legitimar el sacrificio de la cesión involuntaria»<sup>13</sup>.

Sub **ii)** La común opinión en la doctrina coincidía en afirmar que el nuevo edificio debía ocupar exclusivamente una parte del suelo ajeno, en menos de la mitad del terreno invadido (sometiéndose a la accesión ordinaria el caso de invasión total)<sup>14</sup>, aunque teniendo también en cuenta las dimensiones completas del suelo ocupado o el interés en el mantenimiento de la obra. En el primer caso, en efecto, «a pesar de que la parte del edificio construida sobre suelo del vecino sea menor, sin embargo podría ser relativamente tan grande como parecer demasiado gravoso el expropiar al dueño», mientras que en el segundo «si también se extendiese sobre la mitad o más de la mitad, podría parecer justo admitir la excepción —de la accesión invertida— cuando concurriese cualquier motivo particular, como, por ejemplo, que el edificio estuviese destinado a la industria». En esta última hipótesis la expropiación

pio superficies solo cedit, consagrado en el propio Código, en el combinado dispuesto por el art. 446 (que decía: «Todo aquello que se incorpora o se une a la cosa pertenece al propietario de la misma conforme a las reglas establecidas al efecto»), y por el art. 448 (donde se preveía que «Toda construcción, plantación y obra construida encima o debajo del terreno, se reputa hecha por el propietario a su costa y perteneciéndole, si no se demostrase lo contrario, siempre, sin perjuicio de los derechos adquiridos legítimamente por un tercero»). En cuanto al canon superficies solo cedit, enunciado en las Instituciones de Gayo (II, 73, Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit), reflejaba en el caso de la construcción al más general principio de la accesión, es decir, como observa PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Turín, 1991, pg. 459, uno de los más difusos modos de adquisición de la propiedad a título originario por el cual el propietario de un bien considerado socialmente más importante deviene propietario del bien menos importante. El principio superficies solo cedit fue dominante en el Derecho romano clásico permaneciendo como tal hasta Justiniano, e impidiendo la constitución de propiedades separadas, fuera de un edificio respecto del suelo, o de un piso respecto de otro piso (así, PUGLIESE, *op. cit.*, pg. 459).

11. El art. 934, bajo la rúbrica «Obras hechas sobre y bajo el suelo», dispone que «Cualquier plantación, construcción u obra existente sobre o bajo el suelo pertenece al dueño de éste, salvo en lo dispuesto por los arts. 935, 936, 937 y 938 y salvo que resulte algo diverso del título o de la ley».

12. Cfr. B. BRUGI, *op. cit.*, pg. 233.

13. Cfr. E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pg. 207.

14. B. BRUGI, *op. cit.*, pg. 234; N. STOLFI, *op. cit.*, pg. 439; G. VIGNALI, *Commentario del codice civile italiano*, Nápoles, 1899, pg. 132.

del suelo invadido a favor del edificante invasor estaría justificada, aunque indirectamente, en la satisfacción de un interés público.

Sub **iii**) Para la operatividad de la accesión invertida del art. 452 CC italiano de 1865, tenían también gran importancia los estados subjetivos de buena fe del constructor y de «ciencia y paciencia» del dueño del terreno invadido, consistiendo ésta en que «la construcción hubiese sido hecha con su conocimiento y sin su oposición». Por su parte, y más detalladamente, la buena fe del constructor era entendida como la creencia o la convicción de actuar conforme a Derecho, bien por haber creído construir sobre suelo propio (ignorando, por tanto, los linderos), bien por haber ocupado el suelo ajeno con *permissio domini*, entendiéndose, así, que esta buena fe del art. 452 CC italiano de 1865 no consistía en la ignorancia del vicio contenido en el título de transmisión de la propiedad ni en aquella de haber adquirido *a non domino*, requerida en el Código a fin de valorar la buena fe del poseedor en la liquidación del estado posesorio, para eximirlo de la restitución de los frutos percibidos, y en cuanto a una posible usucapión, para permitirla<sup>15</sup>. En cuanto al dueño del fundo ocupado, bastaba con que éste hubiese tenido conocimiento de la construcción del edificio sin oponerse a ella, siendo, en cambio, discutido en la doctrina si para la operatividad de la oposición, aunque fuese extrajudicial, era aplicable el plazo previsto en el art. 698 CC italiano para interponer el interdicto de obra nueva<sup>16</sup>. En cualquier caso, a fin de evitar que el constructor quedase a merced del dueño del suelo invadido, había también que valorar el momento en que aquel dueño se hubiese opuesto, no mereciendo protección el edificante si la oposición fue pronta y, no obstante, continuó éste con la obra, y sí mereciéndola, en cambio, conservándose entonces su obra, si la oposición del *dominus soli* fue tardía: «si el propietario ha sido rápido en rechazar la ofensa, y aunque las construcciones sean de poca monta, podrán ser retiradas con facilidad, mientras cuanto más se retrase en la oposición, y el constructor estando convencido del derecho prosiga alegremente su obra, se siente la necesidad de la conservación»<sup>17</sup>.

Así las cosas, cuando concurrían todas las condiciones legales vistas, el art. 452 CC italiano de 1865 preveía que el constructor adquiriese la propiedad de la porción de suelo vecino invadido, no a título originario, sino a través de sentencia, que por ello se estimaba de naturaleza constitutivo-traslativa, y, por tanto, a título derivativo<sup>18</sup>, quedando obligado dicho constructor al pago de una reintegración equivalente al doble del valor de la superficie ocupada<sup>19</sup>, además del resarcimiento del daño<sup>20</sup>, en beneficio del propietario del fundo «expropiado».

### 3. EL ART. 938 DEL CC ITALIANO DE 1942 Y EL PROBLEMA DE SU EXCEPCIONALIDAD

La norma del art. 938 del CC italiano vigente es sustancialmente análoga a la del CC derogado (razón por la cual siguen siendo válidas las observaciones hechas antes), a excepción del último requisito aplicativo de la accesión invertida, referido a la oposición del *dominus soli* invadido, que representa la modificación «más sobresaliente» del nuevo Código frente al derogado<sup>21</sup>. En concreto, el legislador ha sustituido en este punto el presupuesto de la ciencia y paciencia del propietario del suelo ocupado, que decía el art. 452 del CC derogado, por el más simple requisito de su falta de oposición a la edificación dentro del plazo de tres meses a contar «desde el día en que se inició la construcción»<sup>22</sup>.

15. Véase E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pg. 207.

16. Cfr. N. STOLFI, *op. cit.*, pg. 439 y E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pg. 205. Disponía aquel art. 698 CC italiano de 1865: «El que tema que una nueva obra empezada por un tercero sobre terreno propio o ajeno cause perjuicio a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto por él mismo poseído, puede denunciar ante el juez la obra nueva siempre que ésta no esté terminada o haya transcurrido un año desde que empezó a construirse».

17. La norma permitía la denuncia antes de la finalización de la construcción o en el transcurso de un año desde su inicio. A favor de tal aplicación, E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pg. 208; en contra, N. STOLFI, *op. cit.*, pg. 439, nota 3.

18. Cfr., BORSARI, *op. cit.*, pg. 203; BRUGI, *op. cit.*, pg. 231; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pg. 209; STOLFI, *op. cit.*, pg. 440 y ss.

19. Según la unanimidad de la doctrina, la obligación de pago pecuniaria, contenida también hoy en el art. 938 CC italiano de 1942, es una deuda de valor (y como tal liquidable en el momento de la sentencia traslativa), y su efectivo cumplimiento no representa una condición para la transmisión del dominio del suelo parcialmente invadido.

20. El resarcimiento del daño, debido por responsabilidad objetiva, afecta a aquellos perjuicios diversos del valor venal del bien (como la depreciación de valor y la pérdida del volumen de edificabilidad del fundo por la pérdida de la parte ocupada).

21. En expresión de L. BORSARI, *op. cit.*, pg. 203.

22. L. BORSARI, *op. cit.*, pg. 203.

Sin embargo, la nueva norma no ha venido a poner fin al debate doctrinal y jurisprudencial relativo a la excepcionalidad, o no, del modo adquisitivo regulado en el art. 938 CC respecto al principio general «*quidquid inaedificatur solo cedit*». La controvertida cuestión merecía ser analizada, porque de su solución, en una u otra dirección, derivan no sólo consecuencias teóricas, sino también, y sobre todo, prácticas: de ella, por ejemplo, depende la determinación del régimen jurídico aplicable al caso de construcción extralimitada que, por falta de alguno de sus presupuestos, no sea reconducible a la solución dada por el art. 938 CC italiano. Además, considerar que dicha norma es excepcional significaría, ante todo, excluir la hipótesis que regula de la disciplina «general» que sobre accesión contienen los arts. 934 y ss. *Codice*, especialmente de la contenida en su art. 936 (que regula el caso de obra hecha por tercero con materiales propios en suelo ajeno<sup>23</sup>), y, con ello, se dejaría en manos del *dominus soli* el poder de reclamar en cualquier momento la demolición de la obra. En cambio, la reconducción de la accesión «invertida» al principio general reinante en materia de accesión permitiría la sujeción de aquel caso al régimen del art. 936 (lo que impediría el ejercicio del *jus tollendi* por parte del propietario del suelo cuando la construcción haya sido hecha con su conocimiento y sin su oposición o bien con la buena fe del tercero constructor, y habiendo transcurrido en cualquier caso seis meses desde el día en que aquel propietario tuvo noticia de la incorporación).

Mostrándose fiel a las enseñanzas de la tradición, la jurisprudencia prevalente se ha mostrado firme en mantener como excepcional la norma del art. 938 CC italiano de 1942, en cuanto «*derogadora tanto del principio de la accesión (quod inaedificatur solo cedit), como de aquel en cuya virtud el propietario tiene el derecho de disponer de la cosa propia de manera plena y exclusiva*»<sup>24</sup>. Una primera consecuencia de tal valoración *sub specie* de excepcionalidad operada en la curia ha consistido en negar la operatividad de la accesión invertida en la casi totalidad de los casos resueltos<sup>25</sup>, al menos en los referidos entre particulares<sup>26</sup>. Partiendo de aquella idea de la excepcionalidad, y salvado el caso de la derogación convencional del art. 938<sup>27</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Casación italiano ha venido siempre negando la accesión invertida en las hipótesis de: construcciones realizadas por copropietario en suelo común sin el acuerdo necesario (hipótesis que a veces se somete a las normas propias de la copropiedad)<sup>28</sup>; extralimitación en sentido vertical por parte del propietario de un piso en daño del propietario del piso superior o inferior del mismo edificio<sup>29</sup>; falta de algunos de los requisitos para aplicar la accesión invertida, sobre todo si falta la buena fe en el constructor<sup>30</sup>, negando al tiempo que el art. 938 CC pueda atribuir al ocupante la propiedad de una zona del fundo ocupado no afectada por la construcción<sup>31</sup>.

Aun sin hacer mención expresa de la excepcionalidad contenida en el art. 938 *Codice* (pero claramente apoyándose en ella), la jurisprudencia ha negado también su aplicación a las siguientes

23. Dicho art. 936, rubricado «*Obras hechas por un tercero con materiales propios*», dispone así: «*Cuando las plantaciones, construcciones u obras han sido hechas por un tercero con sus materiales, el dueño del fundo tiene derecho a retenerlas o a obligar a quien las hizo a retirarlas.(...) Si el dueño prefiere retenerlas, debe pagar a su elección el valor de los materiales y el precio de la mano de obra o el aumento de valor de la finca.(...) Si el propietario del fundo exige que sean retiradas, deben retirarse a expensas de quien las hizo. Éste puede ser además condenado al resarcimiento de los daños.(...) El propietario no puede obligar al tercero a retirar las plantaciones, construcciones u obras, cuando hayan sido realizadas a su ciencia y sin oposición o cuando hayan sido hechas por el tercero de buena fe.(...) La remoción no puede ser exigida cuando hayan transcurrido seis meses desde el día en que el propietario del suelo haya tenido noticia de la incorporación*».
24. Cfr. M. PARADISO, *L'accessione al suolo*, en *Il Codice civile commentato*, dirigido por P. SCHLESINGER, Milán, 1994, pg. 260.
25. En dicho sentido, y entre tantas otras, Cass., sez. II, 14-11-1996, n. 9982, en *Il Foro italiano*, 1998, I, pg. 219; Cass., 12-12-1986, n. 7390, en *Rivista Giuridica Edilizia*, 1987, I, pg. 599; Cass. 23-12-1987, n. 9619, en *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 1, pg. 1788; Cass. 06-12-1984, n. 6410, en *Il Foro italiano*, 1985, I, pg. 725.
26. Entre las más recientes, cfr., Cass., sez. II, 14-11-1996, n. 9982, *cit.* En el mismo sentido, aunque sin mencionar el carácter excepcional del art. 938 CC italiano, véanse Cass., sez. II, 24-05-1996, n. 4770, en *Mass*, 1996; Cass., sez. II, 28-05-1993, n. 5985, en *Mass*, 1993.
27. Cfr. Cass. 28-04-1976, en *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, pg. 464, que ha admitido la derogabilidad del art. 938 CC italiano, de modo que si dos dueños de suelos limítrofes mediante pacto regulan sus relaciones para el caso en que se hagan nuevas construcciones o ampliación de las ya existentes, cualquiera que sea la naturaleza –real u obligacional– de dicho pacto, no podrá ya invocarse la aplicación de aquel art. 938 *Codice*.
28. Cass., sez. II, 14-11-1996, *cit.*
29. Cass., 23-12-1987, n. 9619, *cit.*
30. Cass., 12-12-1986, n. 7390, *cit.*
31. Cass., 06-12-1984, n. 6410, *cit.*

hipótesis: de ocupación total del suelo ajeno<sup>32</sup>; de edificación subterránea, del subsuelo propiedad del vecino<sup>33</sup>; de construcción de un muro de cierre<sup>34</sup>; o de un muro de carga o divisorio<sup>35</sup>; o a la de construcción de una piscina, pileta o cualquier otro depósito de agua<sup>36</sup> (negándose en estas tres últimas hipótesis que existiera un estricto «edificio» al no tratarse en ninguna de ellas de una estructura amurallada idónea para el cobijo en su interior de personas o cosas).

De esa lectura jurisprudencial del art. 938 en clave excepcional se ha derivado otro importante corolario, consistente, según se ha indicado ya, en reconocer al *dominus soli* del fundo ocupado, a falta de alguna de las condiciones exigidas en aquella norma para la aplicación de la accesión invertida, el derecho a exigir la parcial demolición de la construcción ilegítimamente realizada sobre el suelo de su propiedad. Amén de apoyarse en la exigencia general de tutelar el derecho de propiedad, la jurisprudencia mayoritaria ha negado igualmente que en tales casos «*sean aplicables las limitaciones al jus tollendi contempladas en los párrafos 4 y 5 del art. 936 Codice, por ser disposiciones que se refieren a una hipótesis diversa, la de obras realizadas por tercero en suelo totalmente ajeno, y que encuentran su justificación en la abstracta idoneidad de la obra, estructuralmente autónoma, que acarrea un efectivo incremento de valor al fundo al que concede, y en la exigencia de evitar que su dueño, cuando no exija la remoción de la obra a su constructor, no se enriquezca injustamente al retenerla*»<sup>37</sup>. Aun justificando los arts. 936 y 938 CC italiano de 1942 en la finalidad común de proteger la autonomía de los inmuebles frente a inmisiones ajenas, y en la de mitigar el rigor de los principios, la jurisprudencia ha preferido en suma poner el acento en las diferencias que hay entre ambas normas, en sus presupuestos y en sus efectos, para concluir negando que entre ellas exista una relación de género y especie. Según el Tribunal de Casación italiano, el silencio que mantiene el art. 938 para cuando no se den los requisitos exigidos para aplicar la solución de la accesión invertida, implicaría un reenvío tácito, no a la solución contenida en el art. 936, sino a la regla general del *jus tollendi* a favor del propietario del suelo ocupado (regla que el art. 938 CC derogaría «*sin ninguna coordinación con el art. 936 CC*»).

Esta férrea posición de la jurisprudencia italiana contrasta con un panorama doctrinal que ha devenido con el transcurso de los años bastante más irregular y heterogéneo (y gracias, sobre todo, al generalizado abandono del método dogmático) que el tradicional, que apenas manifestaba dudas en predicar la excepcionalidad de la accesión invertida del art. 938 CC. Así, si en la doctrina formada bajo la vigencia del CC italiano de 1865 se consideraba pacífico e indiscutible el carácter excepcional «de la adquisición, según el art. 452 CC»<sup>38</sup>, ya en los primeros comentarios del CC italiano de 1942 podía leerse: «*el régimen del art. 938 CC no constituye, sino en sentido impropio, una excepción a la regla de la accesión, como lo confirma que el traspaso de la propiedad del suelo al constructor invasor no derive por sí solo del hecho de la construcción, sino en virtud de la sentencia del magistrado*»<sup>39</sup>. La crítica a la reiterada afirmación de la excepcionalidad y con ella a la de sus consecuencias aparece fundada, mucho más a la luz de una reciente opinión que considera señal de excepcionalidad, no tanto el principio recogido en el art. 938 CC italiano, cuanto la hipótesis que en abstracto dicha norma regula. En este sentido, el principio que guía a la accesión invertida sería en realidad el de «*accessorium sequitur principale*», implícito como guía también en la accesión «ordinaria», y a su vez expresión de una valoración normativa que asigna *a priori* preferencia al suelo frente a la obra a él incorporada. En este canon se inspiraría de hecho, concretándolo, la regla «*superficies solo cedit*». Desde tales reglas, la modificación del orden de prioridad contenida en el art. 938 no representaría más que una coherente aplicación de la última regla indicada: en el fondo, en la hipótesis en

32. Cfr. Cass., 26-04-1990, n. 3483, en *Mass*, 1990; Cass., 11-11-1986, n. 6597, en *Mass*, 1986.

33. Véase, como la última, Cass., 27-02-2008, n. 5133, en *Mass*, 2008.

34. Cfr., Cass., 24-02-1992, n. 2250, en *Mass*, 1992.

35. Véase Cass., 21-12-1992, n. 13539, en *Mass*, 1992.

36. Así se ha dicho en la jurisprudencia menor: Trib. Palermo, 21-12-1991, en *Temi siciliana*, 1991, pg. 545 y ss.

37. Sobre lo dicho, cfr., Cass., sez. I, 2-06-1984, n. 3351, en *Giustizia Civile*, 1984, I, pg. 3036 y ss., con nota de M. CERCHIARA, *L'occupatore di porzione di fondo attiguo come soggetto di potenziale accessione*; Cass., 18-03-1986, en *Archivio Giuridico*, 1986, pg. 1187 y ss.; Cass., 21-12-1992, n. 13539, en *Mass*, 1992.

38. Cfr., *retro* § 2. Es, sin embargo, de advertir que la calificación en los términos de excepcionalidad del art. 452 no impedía a la doctrina del momento reconducir la hipótesis en que no encontraba dicha norma aplicación a lo dispuesto en el art. 450 (que regulaba de forma similar a lo que hoy contempla el art. 936, sobre plantaciones, construcciones y obras hecha por tercero con materiales propios sobre suelo ajeno). En tal sentido, cfr., STOLFI, *op. cit.*, pg. 441; PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, pg. 211.

39. Cfr., F. DE MARTINO, *Commento sub art. 938*, en *Comm. Cod. Civ.*, a cargo de A. SCIALOJA y G. BRANCA, Bolonia-Roma, 1957, pgs. 421 y 423.

examen (de la construcción extralimitada), el bien principal vendría constituido propiamente por el complejo suelo-construcción del vecino invasor que, coherentemente, atraería a su órbita la porción de edificio extralimitado y el suelo ajeno que ocupa y sobre el cual se asienta<sup>40</sup>. Así, reconducido el canon del art. 938 al marco general de la accesión (aunque entendido como aplicación específica, congruente con la peculiaridad del supuesto de hecho que contempla), bien justificado quedaría el sometimiento al art. 936 de aquella hipótesis en que no haya sido solicitada, o haya sido negada, la accesión invertida *ex art. 938*; de esta forma, en tal caso el dueño del suelo ocupado podrá, ante todo, elegir si retener o hacer demoler la obra, con las limitaciones previstas por la propia norma. En cambio, no parecen admisibles, porque carecen de suficiente apoyo en el derecho positivo otras opiniones, no obstante ser meritorias en cuanto formuladas con la intención de mitigar el *jus tollendi* del propietario, que para las intromisiones más leves sugieren la atribución al vecino de un derecho de superficie sobre la obra construida y de una indemnización al dueño del fundo ocupado, y en casos menos leves, el reconocimiento de una copropiedad sobre el edificio, con el pago de un resarcimiento a cargo del *dominus soli*.

#### 4. LA ACCESIÓN INVERTIDA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Curiosamente, si bien el art. 938 CC italiano ha tenido escasa aplicación en conflictos privados, entre particulares, en cambio la ha tenido abundante, siendo oportunamente adaptada, en las relaciones entre particulares y Administración Pública provocadas con ocasión de una expropiación forzosa. Se debe, en particular, al Tribunal Supremo italiano la idea «*de inventar con una verdadera y propia jurisprudencia pretoria*»<sup>41</sup>, el instituto llamado de la «ocupación apropiativa» («*occupazione appropriativa*»)<sup>42</sup>, forjado, sin que sea de extrañar, sobre la base del principio recogido en el art. 938 Codice, interpretado a la luz de la «*función social de la propiedad*» *ex art. 42* de la Constitución italiana<sup>43</sup>.

40. Cfr., M. PARADISO, *op. cit.*, pg. 262, donde hace (en pg. 259 y ss.) una reseña de las diversas opiniones doctrinales sobre la cuestión. Entre ellas, merece ser mencionada la de quienes califican la norma como reguladora de una figura autónoma de expropiación coactiva, encuadrable dentro de los límites legales de la propiedad de interés público, o con función social.
41. *Rectius*, quizás la máxima expresión del Derecho vivo. Se trata de una afirmación comúnmente admitida; cfr., entre los últimos, A. LA TORRE, *Il diritto giurisprudenziale: riflettendo sulle nuove frontiere della giurisprudenza*, en *Giustizia Civile*, 2000, pg. 425 y ss., de quien se toma la expresión hecha en texto (pg. 430); por su parte, A. GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, en *Il Foro italiano*, 1993, V, pg. 389 y ss., subraya cómo la ocupación apropiativa puede ser catalogada «entre las creaciones más notables del Derecho pretorio»; cfr., también P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazione: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, en *Europa e Diritto Privato*, 2002, pg. 749, quien poniendo de relieve la incidencia creciente de la jurisprudencia en el catálogo de fuentes, habla de «una de las más relevantes innovaciones experimentadas en los últimos decenios en el ordenamiento nacional surgida, desarrollada con refinamiento y ahora ciertamente destinada a desaparecer» y cuyo nacimiento, desarrollo y declive han sido provocados, exclusivamente, por obra de los jueces: nuestro Tribunal Supremo, en las dos primeras fases; la Corte de Estrasburgo, en la tercera.
42. Si bien la bibliografía sobre esta materia es realmente impresionante, aquí será reducida en su indicación a las obras esenciales: para una introducción general, cfr., A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva (Voce)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 2000, pg. 854 y ss.; las líneas históricas del instituto son ilustradas con suma síntesis por V. CARBONE, en *Corriere Giuridico*, 2001, pg. 467 y ss. Para estudios de mayor detalle, aunque sobre expropiación forzosa en general, con especial referencia a la jurisprudencia, pueden leerse, entre otros, N. CENTOFANTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milán, 1999, pg. 445 y ss.; M. VIGNALE, *Espropriazione per pubblica utilità e occupazione illegittima*, Nápoles, 1998, pg. 403 y ss.; y para un breve, pero eficaz, recorrido por las opiniones doctrinales, cfr., A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milán, 1995, pg. 792 y ss.
43. El art. 42 de la Constitución italiana de 1948, con la clara intención de superar la concepción burguesa y absolutista del derecho de propiedad que antes había cristalizado en el art. 29 del Estatuto Albertino de 1848, dispone: «*La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a las entidades o a los particulares. La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina sus modos de adquisición, de goce y los límites a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos. La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la ley, y siempre a salvo una indemnización, expropiada por motivos de interés general. La ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y de la testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia*». Sobre esta norma constitucional, cfr. F. MACARIO, *Commento sub art. 42*, in AA VV, *Commentario alla Costituzione*, a cargo de R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, I, Turín, 2006, pgs. 864 y ss. Sobre la evolución histórica de la concepción del derecho de propiedad, cfr. M. COMPORI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1984, I, pg. 285 y ss.; un recorrido sobre las diversas opiniones expresadas por la doctrina acerca de la tutela del derecho de propiedad a la luz de las previsiones del aquel art. 42 de la Constitución italiana, y acerca del principio de la función social en él sancionado, de la cual G. TARELLO había catalogado 28 lecturas diversas, es completa la referencia de C. SALVI, *Modelli di proprietà e principi costituzionali*, en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1986, pg. 317 y ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *Aspetti problematici del concetto di proprietà costituzionale*, en *Rassegna di*

En síntesis, la «ocupación apropiativa» consistía en la adquisición, a título originario, a favor de la Administración Pública de la propiedad de un fundo radical e irreversiblemente transformado mediante la realización de una obra pública hecha en el curso de un procedimiento expropiatorio regularmente iniciado con la declaración de utilidad pública y con la emisión del Decreto de ocupación de urgencia, pero posteriormente devenido ilegítimo o no culminado con la emisión de la providencia final de expropiación

La primera y más completa configuración de tal figura, que se debe en particular a la sentencia del Tribunal de Casación de 26 febrero 1983, núm. 1461, aprobada en Pleno<sup>44</sup>, ha sobrevivido, aunque no sin alguna vicisitud, hasta los umbrales del presente siglo, cuando la intervención del Tribunal de Estrasburgo, primero, y la del legislador y los jueces nacionales, después, le han puesto inexorablemente fin.

Y, ¿cuál ha sido el razonamiento para apoyar, primero, y desechar, después, el fundamento de aquel instituto de la «ocupación apropiativa»? Vale la pena, al respecto, señalar, aunque sea brevemente, los hitos más importantes.

El Tribunal de Casación italiano considera, en un principio, que a la «*radical diversidad de situación de hecho*» —correspondiente a la transformación del fundo ocupado tras la realización de la obra pública, mutación total que acarrea la de sus anteriores caracteres y destino, hasta tal punto de que el fundo ya no es aquel que era al principio— no puede «*no corresponder una diversa valoración de los intereses en juego y, por tanto, un diverso enfoque de la cuestión de Derecho y de su solución*». El Tribunal de Casación, entonces, reconociendo que tal circunstancia quedaba fuera de cualquier previsión normativa expresa, consideró inevitable recurrir a los principios generales del Derecho. En tal sentido, se estimó que aquella obra —pública— realizada en suelo ajeno, sin el consentimiento del *dominus soli*, originaba un conflicto entre el autor de la obra y el propietario del suelo, conflicto que podía resolverse teniendo en cuenta dos datos indiscutibles: i) la inadmisibilidad, fuera de los casos expresamente contemplados por la ley, de la coexistencia de dos derechos de propiedad diversos (uno para el propietario del suelo, y otro para el constructor); y ii) la validez del principio general que regula el Código Civil italiano en materia de accesión, en cuya virtud la solución del conflicto está en la atribución de la propiedad, tanto del suelo como de la construcción, a favor del sujeto portador del interés considerado preferente según una valoración socio-económica del mismo —según lo arriba visto—.

Así las cosas, ante la falta de una norma pública que disciplinara aquel conflicto entre los particulares y la Administración Pública, según el Tribunal Supremo italiano debía haber un cambio en el régimen jurídico acorde con la transformación del suelo por la obra pública; tal cambio, desde un punto de vista técnico, no podía realizarse más que en términos de una adquisición a título originario de la propiedad del suelo privado ocupado a favor del constructor de la obra pública, es decir, según el mecanismo, opuesto en su resultado pero idéntico en su fundamento,

Diritto Civile, 1992, pg. 765 y ss.; con amplias referencias bibliográficas; cfr. además A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 1 e ss. Véase también la importante contribución de U. NATOLI, *La proprietà*, Milán, 1976, pg. 31 y ss.

44. Y que puede leerse en el *Foro italiano*, 1983, I, pg. 626 y ss. En ella se desarrolla la doctrina ya enunciada por la Sentencia del Tribunal de Casación de 8 junio 1979, núm. 3243, en *Giustizia Civile*, 1979, I, pg. 1629 y ss., en el caso llamado de las «tierras sumergidas»: en él la Administración Pública había ocupado un terreno situado en un valle frente al mar a fin de realizar una obra pública que luego fue destruida a causa de una violenta tempestad; frente a la reclamación de resarcimiento del particular, la Administración Pública excepcionó la regla *res perit domino*, y el Tribunal Supremo, a fin de evitar que el *interitus rei* recayese sobre el *dominus soli* en lugar de sobre el ocupante, resolvió que la Administración Pública pudiese adquirir la propiedad del bien, no obstante fuese por posesión ilegítima, de modo tal que al dueño dañado se le concediese la correspondiente indemnización. Hasta esta decisión la jurisprudencia había entendido, en cambio, que la ocupación ilegítima del fundo y su irreversible transformación para fines de utilidad pública no determinasen la adquisición dominical a favor de la Administración Pública. De ello se extraía en primer lugar la reconducción del ilícito al grupo de los imprescriptibles y la legitimación del particular a demandar en juicio para obtener el resarcimiento del daño sin límites de prescripción y la restitución de la cosa (si bien tal posibilidad, aunque teóricamente admitida, encontrase un obstáculo insuperable en el definitivo destino del bien a la construcción de la obra pública, ya que, se afirmaba, la eventual sentencia de condena al pago habría incidido ilegítimamente sobre el acto administrativo, eventualmente tácito, de destinación del inmueble a la satisfacción del interés público). Se mantenía además que la Administración pública pudiese, si bien tardíamente, dictar un decreto válido de expropiación ofreciendo al particular la indemnización prevista en la ley; y finalmente, en caso de no aceptación del indemnizado, que la acción del resarcimiento del daño, si ya se había entablado, pudiese convertirse en acción de oposición a la indemnización.

que en general sobre la accesión disciplina el CC italiano en idéntico conflicto cuando éste se sustancia entre particulares<sup>45</sup>.

Por su parte, en los años 90 del pasado siglo, El Tribunal Constitucional italiano tuvo varias ocasiones de pronunciarse sobre la «ocupación apropiativa», sancionando en todas ellas su admisibilidad. Paradigmática, en tal sentido, es la STC de 23 mayo 1995, núm. 188<sup>46</sup>, donde el TC, llamado a controlar la jurisprudencia ya consolidada en esta materia, «*porque es ésta la norma que efectivamente vive en la concreta realidad de las relaciones jurídicas*», defendió su plena compatibilidad con los dictados de la Constitución italiana –de 1948–, considerando de hecho infundada, en relación con sus arts. 3 y 42, la cuestión de constitucionalidad del art. 2043 CC italiano<sup>47</sup>, por cuanto tal norma, aplicada a la adquisición de la propiedad del suelo como consecuencia de construir en él una obra pública sin previa expropiación, prevé un derecho a favor del propietario al resarcimiento del daño, así como a la indemnización por la expropiación<sup>4849</sup>.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, llamado a pronunciarse acerca de la constitucionalidad del art. 5 *bis*, párrafo 7 *bis*, l. 359/92, en materia de resarcimiento del daño en caso de «ocupación apropiativa», con la Sentencia de 4 febrero 2000, núm. 24<sup>50</sup>, consideró infundada la cuestión en aquella parte en que, al disciplinar los efectos de la llamada accesión invertida, la

45. El Tribunal de Casación italiano consideró que la aplicación del mismo criterio «*impone, esta vez, sacrificar el interés del particular dueño del suelo y privilegiar el del ente público autor de la construcción*», y que tal inversión de perspectiva «*está justificada por cuanto que el conflicto se produce entre un sujeto privado y un ente público, que ha actuado para la satisfacción no de un interés propio, sino de la colectividad de los ciudadanos para los que la obra está destinada: y, en la valoración de la conciencia colectiva por la que se ha de interpretar la norma adecuándola al momento actual, la confrontación de los valores en juego ve perdedor al primero y vencedor al segundo; la adquisición de la propiedad por efecto de la irreversible transformación del suelo se produce apenas en función de la utilización del suelo para ser irreversiblemente destinado a la realización de la obra pública; y sólo en función de un tal uso del bien –y no por su mera ocupación y alteración por el sujeto ocupante– la comparación hace merecedora de mayor protección el interés defendido por el ente público*».
46. En *Corriere Giuridico*, 1996, pg. 274 y ss., comentada por L. CAVALLARO y F. M. PANDOLFO.
47. Cuestión de constitucionalidad planteada en relación con aquellos arts. 42 y 3 de la Constitución italiana: en relación con la primera norma porque la adquisición de la propiedad por obra de la Administración Pública y su correspondiente pérdida por el particular no sólo quedaría fuera de la ley, sino que sería *contra legem*; en cuanto a la segunda por la injustificada omisión de una posible subsanación sobrevenida idónea para equiparar *quoad effectum* la ilícita ocupación adquisitiva con la lícita expropiación. Desea en este punto el traductor aclarar al lector que, *grosso modo*, los arts. 3 y 42 de la Constitución Italiana de 1948 equivalen, en lo que importa, a los arts. 14 y 33 de nuestra Constitución, y que el art. 2043 CC italiano es correlativo al art. 1902 de nuestro CC.
48. En el desarrollo de la argumentación técnico-jurídica de la «ocupación apropiativa» se reconstruyó el esquema originario por la práctica forense, que luego haría suyo la Sala 1ª del Tribunal Supremo italiano con la sentencia de 8 octubre 1992, núm. 10979 (en *Il Foro italiano*, 1993, I, pg. 88 y ss., comentada por R. CASO, *La cassazione tra occupazione appropriativa ed espropriazione sostanziale: dr. Jekyll e mr. Hyde?*, y por G. DE MARZO, *Le Sezioni unite e l'occupazione appropriativa, ovvero come –far finta di– metter le cose a posto*), si bien en seguida discrepará en Pleno, con la sentencia de 25 noviembre 1992, núm. 12546, en *Il Foro Italiano*, 1993, I, pg. 88 y ss., comentada también por R. CASO y G. DE MARZO (*cit.*). El pronunciamiento de la Sala 1ª había, en efecto, alterado la originaria postura adoptada por la STS italiano 1464/1983, distinguiendo dos momentos distintos en la «ocupación apropiativa»: a) uno relativo a la manipulación/destrucción de un *quid*, el único valorable en términos de licitud o ilicitud, como antecedente que por sí solo no causa la adquisición de la propiedad por parte de la Administración Pública; b) el otro ligado a la adquisición del derecho de propiedad de un *aliud*, residual respecto de aquella manipulación y excepcionalmente conectado a la irreversible transformación, siendo tal actividad la fuente de la adquisición de la propiedad y de la consiguiente obligación de pagar el contravalor. El Giudice delle Leggi decide en efecto que «*la vicisitud en examen está fuera de toda reconducción o comparación con un esquema traslativo, como el presupuesto en el art. 42 Const. que aunque no resulta vulnerado [...] el efecto adquisitivo integra un modo de adquisición de la propiedad previsto en la regla del derecho aplicado (deducida del mismo principio fundamental del ordenamiento que, en las relaciones entre particulares, inspira la disciplina de la accesión ordinaria), operante sobre el ámbito de lo público, justificado en un equilibrio entre intereses públicos (referente a la conservación de la obra pública) e interés privado (referido a la reparación del perjuicio sufrido por el propietario) cuya correspondencia constitucional es ulteriormente coherente por su situación como concreta manifestación, en definitiva, de la función social*».
49. Observa, al respecto, agudamente A. GAMBARO, *L'occupazione appropriativa ed il dialogo tra i formante*, *cit.*, pg. 407, que «una explicación dogmática bastante acorde con tal impostación ha localizado el fundamento primero de esta última dirección con una particular teoría de los bienes. En síntesis, se sostiene que producida la transformación irreversible del terreno privado, el bien originario deja de existir y, por tanto, también deja de existir el derecho de propiedad que sobre él antes existía; inevitablemente surge en consecuencia el problema de asignar el nuevo bien. Dicho problema debe ser resuelto sobre la base de la función social de la propiedad asignando el nuevo bien al sujeto más merecedor, el cual no puede ser más que el ente que ha realizado la obra pública. Esto explica por qué el instituto se desdobra».
50. En *Resp. Civ. e prev.*, 2000, pg. 82 y ss., con nota de S. VERZARO, *Sul risarcimento del danno da occupazione acquisitiva: ancora la Corte Costituzionale, ancora discutibile, ma con qualche chiarimento*.

norma preveía a favor del particular el pago de una suma, en concepto de justiprecio por expropiación, sin la demolición, del 40%, mejorada en un 10%, y por ello, según la tesis del recurrente, manifiestamente desigual, por cuanto reducida, a la prevista en el art. 938 CC italiano que, para la accesión invertida en los conflictos entre particulares, concede a favor del *dominus soli* sacrificado el derecho a una suma correspondiente al doble del valor del suelo ocupado, además de una posible indemnización por los daños sufridos. Para salvar el instituto de la «ocupación apropiativa», el Tribunal Constitucional italiano decidió que la norma del Código civil, invocada cual *tertium comparationis*, resulta evidentemente diversa, y por tanto incomparable, con aquella otra denunciada, ya que esta última «pretende conservar la obra pública realizada, con una previsión resarcitoria razonablemente limitada y circunscrita en el tiempo». En el *iter* argumentativo seguido por el Tribunal Constitucional en efecto se dice que «la norma invocada como término de comparación, el art. 938 CC –italiano–, resulta evidentemente diversa –“disomogenea”, dice– de aquella primera denunciada, porque se trata de previsiones del todo distintas con finalidades del todo diversas y autónomas: en el art. 938 tal finalidad se reduce a la tutela definitiva, tras una valoración y una sentencia judicial, del general interés de conservar las construcciones de los particulares, así como tutelar la buena fe del constructor frente al comportamiento inerte del propietario del suelo, siempre protegido desde un punto de vista económico. En cambio, el fin de la norma denunciada es el de asegurar, siempre, en tanto concurren determinados presupuestos, una preferente tutela del interés público a la conservación de la obra pública realizada, con una previsión resarcitoria razonablemente limitada, dirigida a resolver situaciones pasadas».

El primer *vulnus* al instituto de la «ocupación apropiativa» se produjo, sin embargo, en la jurisprudencia supranacional, por obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, con las sentencias dictadas en los casos Belvedere Alberghiera S.R.L. contra Italia y Carbonara-Ventura contra Italia (de 30 mayo 2000, ambos)<sup>51</sup>, vino a sancionar su incompatibilidad con el principio de reserva de ley consagrado en el art. 1 del Protocolo Adicional n. 1 de la Convención Europea. En el proceso legislativo, las normas y principios inspiradores del D.p.r. de 8 junio 2001, núm. 327, *Texto Único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de expropiación por utilidad pública*<sup>52</sup>, en evidente sintonía con el *decisum* de la Corte de Estrasburgo<sup>53</sup>, parecían, al menos a primera vista, ir en la dirección de erradicar por completo la «ocupación apropiativa» con la derogación, salvo para casos muy particulares, del instituto de la ocupación de urgencia preordenada a la expropiación<sup>54</sup>. El legislador se rindió enseguida al inesperado cambio de dirección, *melius re per-pensa*, introduciéndolo mediante un art. 22-*bis*<sup>55</sup>, con la rúbrica, tal vez por efecto de un *lapsus* freudiano, «Ocupación de urgencia preordenada a la ocupación». Y es lo cierto que, desechado del ropaje del Derecho pretorio<sup>56</sup>, la «ocupación apropiativa» encontrará entonces disciplina en el art. 43 del Texto Único, bajo la rúbrica «Utilización sin título de un bien para fines de interés público»<sup>57</sup>, si

51. En Corriere Giuridico, 2001, pgs. 460 y ss., con nota de V. CARBONE y A. BULTRINI.

52. Publicado en el Suplemento Ordinario n. 231 de la Gaceta Oficial, de 14 septiembre 2001. Al respecto, puede verse: AA VV, *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico*, a cargo de F. CARINGELLA y G. DE MARZO, Milán, 2002; F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS y L. MARUOTTI, *L'espropriazione per causa di pubblica utilità*, Milán, 2002.

53. La exigencia de superar el instituto de la «ocupación apropiativa» fue claramente manifestada por el Informe general del Consejo de Estado –italiano–, n. 4 de 29 marzo 2001 (en *Consiglio Stato*, 2001, I, pg. 1891 y ss.), donde se lee que a la luz de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo se impone un replanteamiento de la materia a fin de evitar su contradicción con el art. 1 del Protocolo adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos.

54. Es opinión común que la «ocupación apropiativa» tiene su germen en el uso abusivo del instituto de la ocupación de urgencia (cfr., en tal sentido, a.e., A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, cit., pg. 856 y ss.); y véanse, además, N. CENTOFANTI, *L'occupazione d'urgenza*, Turín, 1998; y V. CARBONE, *Epicedio peri il fatto illecito da occupazione appropriativa?*, en *Danno e responsabilità*, 2001, pg. 901 y ss.

55. Cfr., art. 1 del D. Legs. de 27 diciembre 2002, núm. 302, que modifica e integra al Decreto del Presidente de la República –de Italia– de 8 junio 2001, n. 327, *Texto Único de las disposiciones legales y reglamentarias en materia de expropiación por utilidad pública*, publicado en la Gaceta Oficial, de 22 enero 2003, n. 17. Al respecto, la doctrina había señalado que la cancelación de la ocupación de urgencia, si bien movida por fines intachables, era ilegítima en cuanto dispuesta por el legislador delegado sin suficiente poder: en tal sentido, cfr., DE COGO, *Il testo unico degli espropri: le novità introdotte dal governo alla luce dei limiti posti dalla legge delegata*, en *Rivista Giuridica Urbanistica*, 2003, pg. 101 y ss. (sobre todo, pg. 110 y ss.).

56. Si bien anteriormente no faltasen múltiples reconocimientos normativos, entre los cuales, el de la L 27 octubre 1988 núm. 458; y el del núm. 7 bis, del art. 5 bis, L. 359/92.

57. Sobre dicho art. 43, cfr., L. MARUOTTI, *Commento sub art. 43*, en F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS y L. MARUOTTI, *L'espropriazione per causa di pubblica utilità*, cit., pg. 532 y ss.; R. CONTI, *Commento sub art. 43*, en AA VV, *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico*, a cargo de F. CARINGELLA y G. DE MARZO, cit., pg. 432 y ss. Sin poder profundizar al respecto, y múltiples son las cuestiones de interés a tratar, en esta sede bastará con indicar que la norma pretende legitimar la «ocupación apropiativa» reconduciéndola a ciertos principios del Tribunal Europeo (y que tal sea la intención del art. 43 es consideración pacífica en la doctrina; cfr., L. MARUOTTI, *Commento*

bien subsisten dudas sobre su compatibilidad con los preceptos sancionados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>58</sup> y con las previsiones del art. 17 de la Carta Europea de derechos fundamentales de la Unión<sup>59</sup> (destinada a asumir el mismo valor jurídico que los Tratados Internacionales en virtud del Tratado de Lisboa), elemento de absoluta novedad destinado a provocar reflexiones sobre la tutela, el contenido y los límites del derecho de propiedad en el ámbito nacional<sup>60</sup>, e indirectamente sobre la «ocupación apropiativa».

De hecho, sin ocultar su inspiración en el «Derecho común europeo, y en la convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo llamado a garantizar tales derechos, en el contexto de la progresiva integración entre ordenamiento interno, comunitario y de la Convención», el Informe Plenario del Consejo de Estado italiano (de 29 abril 2005, n. 2<sup>61</sup>), ha entendido ya superada la consolidada interpretación que conectaba automáticamente a la construcción de una obra pública su adquisición por la Administración Pública, negando al ciudadano cualquier tutela específica. Después, sobre la estela de otro importante pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección III, en el caso Sciarrotta y otros contra Italia, de 12 enero 2006), también el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia de 24 octubre 2007, n. 349, ha declarado la irrevocable superación del instituto de la «ocupación apropiativa». En un sentido diverso y más general, la posición más reciente del Tribunal Constitucional italiano ha venido alimentando el ya de por sí encendido debate doctrinal que a propósito de varios dictámenes europeos en materia de propiedad existe, aunque aún en fase embrionaria<sup>62</sup>, con juicios de valor muy divergentes<sup>63</sup>.

*sub art. 43*, en F. CARINGELLA, G. DE MARZO, R. DE NICTOLIS y L. MARUOTTI, *L'espropriazione per causa di pubblica utilità*, cit., pg. 533; R. CONTI, *Commento sub art. 43*, en AA VV, *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico*, a cargo de F. CARINGELLA y G. DE MARZO, cit., pg. 446 y ss.). El art. 43 prevé que la propiedad del bien inmueble modificado sin un válido y eficaz procedimiento de expropiación o declarativo de utilidad pública y utilizado para fines de interés público, pueda añadirse al patrimonio indisponible de la Autoridad que se sirve de él, previa valoración de los intereses en conflicto, y quedando a salvo el íntegro resarcimiento del daño. La norma dispone además que en caso de impugnación del acto de adquisición, o cuando sea ejercitada una acción dirigida a obtener la restitución del bien, la Administración interesada, o quien lo utiliza, podrá paralizar la demanda de restitución *in integrum* pidiendo al juez la emisión de una sentencia de condena al resarcimiento del daño, con exclusión de la restitución sin límite de tiempo. En tal hipótesis, la autoridad ocupante dispone la adquisición de la superficie, admitiendo el resarcimiento del daño.

58. Perplejidad ya expresada en relación con el Proyecto de Tratado de Constitución de la Unión Europea, entre otros, por A. BULTRINI, op. cit., pg. 478, donde se observa que cualquier procedimiento legislativo que venga *a posteriori* a subsanar la ilegítima conducta de la Administración Pública, máxime si pretende excluir la *restitutio in integrum* a favor del ciudadano, vendría a chocar frontalmente con la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo al art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1; en el mismo sentido, cfr., V. CARBONE, *Epicidio peri il fatto illecito da occupazione appropriativa?*, cit., pg. 905 y ss.; D. COGO, op. cit., pg. 115; R. CONTI, op. ult. cit., pg. 522.
59. El art. 17 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 diciembre 2000, establece que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en los casos y condiciones previstos por la ley y a cambio de una justa indemnización. El uso de los bienes podrá regularse en la medida que resulte necesario para el interés general. Se protegerá la propiedad intelectual». La Carta puede leerse en *Europa e dir. priv.*, 2001, pg. 1 y ss.; para una primera aproximación al respecto, cfr., allí, FM. DI MAJO, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: aspetti giuridici e politici*; acerca del art. 17 en particular, cfr., M. TRIMARCHI, op. cit., pg. 707 y ss.; G. VETTORI, *Carta Europea e diritti dei privati*, en *Rivista di Diritto Civile*, 2002, sobre todo pgs. 680-685; M. COMPORI, a propósito de su intervención con ocasión de la Convención de Siena de 18 y 19 octubre 2002, con el título «*La proprietà nella Carta dei diritti dell'Unione Europea*»; V. ANGIOLINI, *Tutela della proprietà nel Diritto Europeo*, en *Jus*, 2001, pg. 3 y ss. Una primera introducción a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo en materia de propiedad puede verse en M. FRIGO, *Le limitazioni al diritto di proprietà ed all'esercizio delle attività economiche nella giurisprudenza della corte di giustizia*, en *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, 1998, pg. 51 y ss.
60. Cfr., en particular, M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, en *Eur. Dir. Priv.*, 2002, pg. 707.
61. En *Il Foro italiano*, 2006, III, col. 71 y ss.
62. Subraya la falta de una adecuada reflexión doctrinal al respecto M. TRIMARCHI, op. cit., pg. 718.
63. De una parte, existe una posición extremadamente crítica con las normas comunitarias al ver en ellas un anacrónico retorno a la concepción de la propiedad consagrada en los Códigos decimonónicos (en tal sentido, cfr., M. TRIMARCHI, op. cit., pg. 715; G. VETTORI, op. cit., pg. 684). De otra parte, una posición menos crítica observa en las normas de la Carta de Niza la reafirmación de principios «ya existentes en las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo y en las Constituciones de los países miembros» (según opina M. COMPORI, cit.). Tales lecturas críticas ven los síntomas de la regresión en la propia ubicación de la norma, que no se encuentra inserta en el ámbito de las relaciones socio-económicas, sino en el sistema de derechos fundamentales dentro del Título II dedicado a la «Libertad», estimándose tal posición antihistórica e impropia, porque «los derechos fundamentales del ser humano parecen ser sólo aquellos que tengan una naturaleza personal y no patrimonial». Por otra parte, la vuelta a una concepción individualista y asociada del derecho de propiedad se observaría en que, de hecho, la norma pone su atención en el «individuo» y no en el derecho, y más en los poderes que el derecho confiere que en sus límites. En su comparación

## 5. CONCLUSIONES

La derogación del instituto de la «ocupación apropiativa» en las relaciones entre la Administración Pública y el particular propietario, por un lado, y la «*interpretatio abrogans*» del art. 938 CC italiano operada por la praxis en las relaciones privadas<sup>64</sup>, de otro lado, parecen evidenciar el irremediable crepúsculo de la «accesión invertida». Pero en el fondo de la superación de la validez axiológica del principio, claramente orientado a mitigar la rigidez de los cánones dominicales tradicionales, subyace el retorno a una visión «egoísta» del derecho de propiedad favorecido por los principios supranacionales habidos en la materia<sup>65</sup>, que, privado de la máscara de la función social *ex* art. 42 de la Constitución italiana, reaparece con su imagen de «terrible derecho»<sup>66</sup>. Una reaparición de tal concepción que constituye un lujo que ni la sociedad ni el Derecho actuales pueden permitirse, menos aún en el período histórico vigente, donde se atraviesa una de las más graves crisis económico-financieras después de la Gran Depresión de 1929. Muy al contrario, los desastres acontecidos provocados por el capitalismo financiero imponen el redescubrimiento del principio de la función social que el art. 41 de la Constitución –italiana– atribuye a la propiedad.

---

con el art. 42 de la Constitución italiana falta en aquella cualquier referencia a la función social que ha de cumplir la propiedad como límite intrínseco a su estructura, mientras que se prevé exclusivamente la posibilidad de que la ley establezca limitaciones al uso de los bienes en razón de un interés general, límites externos por lo tanto y sólo potenciales. En suma, de la norma europea parece emerger una concepción del derecho de propiedad como derecho subjetivo fundamental que tiene por objeto el interés del propietario y que puede ser limitado por la ley por razón del interés general con respeto al principio de proporcionalidad y sin dañar la esencia del derecho. Significativa parece, en fin, la expresión «*propiedad de los bienes que ha adquirido legalmente*», traída de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, al reafirmar tan fuertemente el principio de legalidad, parece realmente elevar el epicentro de la «ocupación apropiativa». También quien adopta una clave de lectura menos crítica admite que el art. 17 delinea con gran prudencia los límites y la función social del derecho de propiedad, pero del análisis de la norma, en términos sistemáticos, lleva «al rechazo de cualquier absolutismo» ya que «aunque atenuante» aparecen las referencias «al deber y al límite». La única verdadera diferencia entre la norma de la Constitución europea y los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución italiana debería entonces buscarse en el hecho de que la primera no admite, en términos claros, dudas interpretativas no conformes con una afirmación institucional fundada sobre una economía social de mercado. No siendo posible en esta sede un examen más profundo, sólo resta el auspicio de que una verdadera Constitución Europea no suponga el retorno a una concepción del derecho de propiedad cual «*droit sacré et inviolable*», también ésta expresión de un art. 17, aquel de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789.

64. Y acentuada por el hecho de que las nuevas tecnologías de medición de los límites hacen menos fácil que se den casos de extralimitación de buena fe.
65. Cfr., en tal sentido cuanto ha dicho la Corte Constitucional Italiana, en su sentencia de 24 octubre 2007, núm. 348, que ha estimado la inconstitucionalidad del art. 37, 1º y 2º, D.p.r. de 8 junio 2001 n. 327 (Texto Unificado en materia de expropiación), en aquella parte donde establece un criterio de cálculo de la indemnización por expropiación por cuanto no se «relaciona razonablemente» con el valor de mercado del inmueble expropiado. La decisión, «histórica» además en el plano urbanístico, vulnera un criterio de determinación de la indemnización expropiadora que en el pasado el propio Tribunal Constitucional italiano había considerado conforme a la Constitución. Entre los numerosos comentarios a aquella sentencia, destaca el de R. CONTI, *La corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, en *Corriere Giuridico*, 2008, pg. 205 y ss.
66. Por descontado el reclamo al título de la obra de S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bolonia, 1990, pg. 470, a su vez notoriamente inspirado en la célebre afirmación de BECCARIA según la cual el derecho de propiedad venía considerado como un derecho *terrible, o tal vez innecesario*.