



APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA

AUTOR: David Gómez González

TUTOR: José Ángel Torres Lana

ÍNDICE

1. EL DERECHO DE ACCESIÓN	3
1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA	3
1.2. ELEMENTOS DE LA ACCESIÓN	4
A. <i>Unión inseparable</i>	4
B. <i>Ausencia de relación jurídica previa</i>	4
C. <i>Las cosas unidas ha de ser una accesoria de la otra</i>	5
1.3. PRINCIPIO DE “SUPERFICIES SOLO CEDIT” Y EXCEPCIONES.....	5
1.4. INVERSIÓN DE LA ACCESIÓN	7
2. LA CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA.....	8
2.1. EDIFICANTE DE BUENA FE	11
2.2. EDIFICANTE DE MALA FE	12
3. DERECHO COMPARADO	12
3.1. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN	13
3.2. CÓDIGO CIVIL SUIZO	13
3.3. CÓDIGO CIVIL ITALIANO.....	14
3.4. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS.....	15
3.5. RECAPITULACIÓN	15
4. CONCLUSIÓN	16
5. BIBLIOGRAFÍA	19

1. El derecho de accesión

1.1. Concepto y naturaleza jurídica

En el presente trabajo se analizará la problemática de la extralimitación parcial en suelo ajeno de una edificación construida en suelo propio, o dicho de otra manera, el exceso de la construcción o edificación que invade terreno propiedad de otra persona. La materia, que no está exenta de polémica pues ni la propia legislación civil resuelve la situación¹, no se entendería sin hacer referencia a la figura de la accesión, esto es, el derecho que establece el Código Civil en su art. 353, según el cual *“La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente”*. Por lo tanto, como puede extraerse del mencionado precepto, la accesión está íntimamente relacionada con el derecho real de propiedad pues sólo a partir del mismo puede entenderse el derecho de accesión, o como dice la SAP de Alicante de 29 noviembre de 2001 JUR 2002\32766 *“es un modo de adquirir el dominio, o bien como una simple facultad o extensión del mismo”*. En ese sentido, hay que traer a colación lo dispuesto por el artículo 609 CC: *“La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”*.

De forma breve, decir que en el Código Civil se distinguen dos tipos de accesión: la accesión discreta, consistente en la percepción de frutos por el propietario (arts. 354 a 357) y la accesión continua, es decir la accesión por unión o incorporación a otras. Es en este último tipo de accesión donde se distingue la accesión mobiliaria y la inmobiliaria, siendo esta última la protagonista del análisis. En ese sentido, cabe mencionar que este tipo de accesión inmobiliaria se divide en dos subtipos: la natural y la industrial, dividiéndose esta última en la accesión de siembra, plantación o construcción en suelo propio con materiales ajenos (art. 360), en suelo ajeno con materiales ajenos (art. 365)² o en suelo ajeno con materiales propios (art. 361 a 364). Es en este último grupo donde puede clasificarse la figura de la construcción extralimitada puesto que aunque no sea la totalidad de la edificación lo que invade suelo ajeno, sí que existe una invasión parcial del mismo y, como es obvio en estos casos, esa invasión parcial se produce con materiales propios. Así pues, a partir de lo expuesto pueden definirse tres elementos constitutivos -y a la vez esenciales- de la accesión, hecho que hace que, de faltar alguno de ellos, debe entenderse que no se da tal accesión. Estos elementos que integran la figura de la accesión son: 1) La unión inseparable de dos cosas que pertenecen a propietarios diferentes, 2) Falta de acuerdo previo o relación jurídica previa entre dichos propietarios, que afecte a las cosas unidas y 3) Carácter de las cosas unidas, la una accesoria de la otra, que se reputa principal. Asimismo, autores como ALONSO PÉREZ, añaden como otro elemento la inexistencia de desaparición de la titularidad dominical sobre la cosa accesorial³. CARRASCO, por el

¹ ALONSO PÉREZ, Mariano, « *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* » dirigidos por Manuel Albadalejo Tomo V, Vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa 1980 pp. 242.

² NÚÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados, *Concepto, elementos y efectos de la accesión*, Id. vLex : VLEX-284321

³ ALONSO PÉREZ, Mariano, op. Cit, págs. 194 y 195

contrario, reduce los elementos de la accesión a solamente dos: unión irreversible de dos cosas, y que una de las dos tenga el carácter de accesorio, secundaria o menos relevante⁴.

1.2. Elementos de la accesión

En este apartado se desgranarán sucintamente los diferentes elementos aludidos en el apartado anterior, con el objetivo de delimitar correctamente la figura de la accesión, cosa indispensable para proceder al estudio de la accesión invertida para el caso de construcción extralimitada.

A. Unión inseparable

El primer elemento es la llamada “*unión inseparable de dos cosas que pertenecen a propietarios diferentes*”, elemento indispensable ya que de no existir dos propietarios diferentes la propiedad se adquiriría a través de la figura de la ocupación definida por el artículo 610 del Código Civil⁵ y no por accesión. Como apunte a esta última idea, cabe decir que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la ocupación de finca sin dueño conocido, disponiendo que la ocupación sin más de una finca sea acto idóneo para la adquisición del dominio, teniendo en cuenta que, en todo caso, y conforme a la Ley del Patrimonio del Estado, pertenecen al Estado, como bienes patrimoniales, los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido (SAP Madrid, 375/2005 de 7 septiembre. JUR 2005\220054).

Asimismo, la denominada unión ha de ser inseparable como ya se ha dicho, hecho consolidado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Febrero de 1971, 20 de mayo de 1977 o la sentencia de 11 marzo de 1985, en que se el Tribunal expresaba que para que exista accesión es necesario que con la edificación resulten un todo indivisible, el terreno ocupado y lo edificado sobre él. Por su parte, la STS de 31 de mayo 1941⁶ señalaba que “*la aplicación del principio *accessio cedit principali* exige una relación entre dos cosas...por lo que si las cosas son independientes entre sí, no cabe la aplicación de aquella máxima jurídica...y, como el estanco objeto de controversia es finca independiente, no ha lugar a la accesión*”.

B. Ausencia de relación jurídica previa

La doctrina moderna ha señalado que la accesión no se da en los casos en que entre los interesados existe una relación jurídica que afecta a las cosas unidas porque, en estos casos, lo que se aplicará con preferencia serán las reglas de dicha relación jurídica. De esta manera, aportando como ejemplo el contrato tipo en las compraventas de viviendas habidas en nuestro país en los últimos años es evidente que, cuando promotor, constructor y dueño del suelo son personas diferentes y tienen una relación contractual entre sí, las reglas a seguir en su relación jurídica serán las del mencionado contrato, sin que tenga lugar el derecho de accesión a favor del dueño del suelo como indica el art. 361 CC. Si se diera este último caso el dominus soli adquiriría todo el edificio en detrimento de promotor (por ejemplo un Banco) y del constructor, hecho insostenible e inviable económica y socialmente.

⁴ CARRASCO PERERA, Ángel « *iuxta adificandi y accesión* », Ed. Montecorvo, Madrid 1986

⁵ “*Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas*”.

⁶ NÚÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados, op. Cit. pág. 15

Solamente en el caso de que dicha relación preexistente no resuelva el problema que puede plantearse es cuando cabrá aplicar las reglas de la accesión, que entrarán como supletorias y complementarias entre las partes así como armonizadas con ese contrato. Esto es debido a que, en determinados casos, la relación jurídica previa es insuficiente, y entre sus lagunas puede existir la del pago de los gastos de construcciones no previstas, realizadas por una de las partes en terrenos de la otra o la construcción no ajustada a los planes convenidos. Para estos casos, la doctrina propone la aplicación supletoria de las normas del Código Civil sobre accesión⁷ y, en esa línea, la STS de 5 de Julio de 1989 indicaba que *“cabe o recurrir a las normas sobre la accesión industrial, o el juego específico de la accesión invertida de nuestro artículo 361 del Código Civil”*.

De esta última idea son partidarios diversos autores, entre ellos SANZ FERNÁNDEZ⁸ y LACRUZ BERDEJO⁹, puntualizando este último que, si bien no es aplicable la accesión cuando hay entre partes una relación jurídica, sí que es posible aplicarla cuando exista solamente una relación de mera tolerancia.

C. Las cosas unidas ha de ser una accesorias de la otra

El principio de *“accessorium caedit principali”* se configura como el tercer y último elemento resultando fundamental para la naturaleza de la accesión, pues esta figura basa en que una de las dos cosas unidas es menos importante o tiene menos valor. Lo anterior, en cierta medida, justifica que la propiedad del elemento menos valioso desaparezca absorbida por la cosa principal o predominante, sin perjuicio de la pertinente compensación económica.

Ahora bien, el problema surge a la hora de calificar uno de los dos elementos como principal pues no hay un conjunto de reglas específicas para el caso concreto de construcción sobre suelo ajeno que, recordemos, es el tema a tratar. En primer lugar, para dilucidar una posible solución acudimos al art. 376 CC que dispone que *“Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquélla a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección”*; por lo tanto, habrá que atender a ese uso o destino económico para calificar las cosas unidas según dispone la doctrina. Si de la anterior consideración aun no es posible distinguir entre cosa principal y accesorias, el artículo 377 CC dispone que *“Si no puede determinarse por la regla anterior cuál de las dos cosas incorporadas es la principal, se reputará tal el objeto de más valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen”*. Así las cosas, he aquí una última clasificación que no deja lugar a dudas, es decir, es lógico pensar que en una construcción valdrá más lo construido que el terreno sobre el que se ha construido. Ahora bien, esto no ha sido tradicionalmente tan claro debido a la existencia del principio *“superficies solo cedit”*.

1.3. Principio de “superficies solo cedit” y excepciones

Este principio ha ido definiéndose a lo largo del tiempo en nuestro derecho de manera jurisprudencial, con fundamento en diversas consideraciones acerca del suelo y su preeminencia sobre cualquier otra cosa que se construyera encima de él. Aunque este principio puede parecer de otro tiempo, la relativamente moderna SAP Jaén 113/2001 de 2 marzo.

⁷ NÚÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados, ob Cit pp 25

⁸ SANZ FERNÁNDEZ, *“Curso de Conferencias Edificación en suelo ajeno: sus problemas”* Diana, Valencia. 1948 pág. 116

⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *“Elementos de Derecho civil III Derechos Reales”*, vol.1º, 1ª parte. Bosch 1988. págs. 160 y 161

JUR 2001\149820 señalaba que *“El principio que rige en materia de accesión es el de **“superficies solo cedit”** el suelo es la cosa principal y el derecho de propiedad sobre el mismo se extiende a lo construido en él; así lo recoge el art. 358 del Código Civil, previendo una indemnización según concurra buena o mala fe a favor de quien pierde lo construido y a cargo de quien lo adquiere por accesión, a fin de evitar un enriquecimiento injusto”*. Como puede observarse, este sigue siendo el principio general para los casos de accesión inmobiliaria, aunque para los casos en que lo edificado está situado totalmente en terreno ajeno.

Es un principio consagrado en el artículo 350 CC y, más concretamente para el caso que nos ocupa, en el 358 del Código Civil como así lo entiende el Tribunal Supremo en su sentencia 577/1998 de 16 junio. RJ 1998\5056, en la que dice que *“El principio que rige en materia de accesión es el de «superficies solo cedit»: el suelo (que incluye el subsuelo) es la cosa principal y el derecho de propiedad sobre el mismo se extiende a lo construido (como puede ser locales y garaje en sótanos) en él; así lo recoge el artículo 358 del Código Civil: lo edificado (estos locales y garaje en sótano)... en predios ajenos... pertenecen al dueño de los mismos.”* Por su parte, MARIANO ALONSO mencionó en su aportación al libro *“Comentarios al Código Civil”* dirigido por MANUEL ALBADALEJO que *“Los artículos 358 a 365 del Código Civil regulan la llamada accesión industrial inmobiliaria, por virtud de la cual las incorporaciones hechas por el hombre en el suelo se entienden absorbidas por el propietario del mismo y forman una unidad dominical con él. Se regulan y comprenden bajo el mismo principio de absorción por la propiedad del suelo las edificaciones, plantaciones y siembras, porque, en definitiva, todas tienen como sustentáculo el suelo y todas se adhieren inseparablemente al mismo, profundizando en la tierra por los cimientos o las raíces, respectivamente. Llegan a formar en los tres supuestos un todo con el suelo y a todas es en el mismo sentido aplicable al principio de accesión y sus consecuencias establecidas en los artículos anteriormente mencionados.”* Por lo tanto, esta precisión del mencionado autor deja claro el posicionamiento de la doctrina en este terreno concreto, es decir, que lo accesorio sigue a lo principal y, en los casos de la accesión inmobiliaria, la cosa principal es el suelo **como norma general** siguiendo el principio *“superficies solo cedit”* (lo principal cede al suelo), principio básico y fundamental de creación jurisprudencial que planea sobre toda la materia de obras, construcciones y edificaciones hechas en suelo ajeno.

En otro orden de cosas y, con intención de situar el susodicho principio en un contexto histórico, es de reseñar que el legislador de 1889, cuando confeccionó el Código, estaba utilizando los criterios económicos creados mucho tiempo antes, en la antigua Roma concretamente, puesto que es propio de autores como Gayo, Ulpiano y Séneca. El suelo era, en el contexto histórico de los autores mencionados, expresión de todo un ordenamiento centrado en el cultivo del *fundus intractus*, en la unión del solar con la casa como un todo indivisible, donde nacen las instituciones jurídicas básicas del Derecho: la familia, la propiedad y la herencia. Pues bien, esta idea del suelo y las edificaciones permanece en nuestro derecho aunque los tiempos hayan cambiado, y mucho. Dice DÍEZ-PICAZO que este principio, entendido como desviación de la regla *accessorium sequitur principales* representa un anacronismo. No puede generalizarse la idea de que la tierra sea siempre lo principal y lo construido sobre ella siempre lo accesorio. De hecho, la tierra no es otra cosa que un elemento que debe ligarse con otros bienes de capital dentro de un ciclo productivo para que la utilidad social aparezca. Incluso puede ocurrir, casi siempre en nuestros días, que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al valor del suelo y que requiera de una gran inversión. Lo que sí

es seguro es que, en todo caso, necesitará una iniciativa y una gestión empresarial que deben tenerse en cuenta adecuadamente¹⁰.

Así pues, en se contexto debe citarse una vez más a MARIANO ALONSO, quién alegó que hoy en día este principio debe entenderse, al menos como principio que podrá tener sus excepciones, por el criterio de que *“el suelo debe acceder al vuelo”*, esto es, que **lo principal pasará a ser la construcción o plantación** o, dicho de otra manera, se deberá ver lo principal en el esfuerzo creador de riqueza urbana y rústica, muy superior a menudo, económica y socialmente, al suelo, como pura fase de radicación o asentamiento de aquella riqueza. El principio de la accesión en beneficio del suelo responde a unos criterios históricos, sin duda anacrónicos y propios de una sociedad artesanal y agraria, con escasas exigencias industriales. En ese sentido, las excepciones al principio superficies solo cedit consagrado en el artículo 358 CC, tienen lugar por dos vías: A) por aquellas instituciones o pactos que mantienen separadas la propiedad del suelo y del vuelo (paralización de la accesión), o B) por la vía de estimar elemento principal las incorporaciones y accesorio el suelo sobre el que aquéllas descansan (inversión de la accesión)¹¹.

1.4. Inversión de la accesión

La inversión de la accesión significa que, en determinados casos, se invertirá el principio seguido para la accesión inmobiliaria, es decir, se considerará como elemento más importante lo construido y no al suelo. Como se ha venido señalando, esto es una excepción al *“superficies solo cedit”* aunque no solo eso, sino que supone totalmente lo contrario, pues si en el artículo 358 CC, donde se incardina el mencionado principio, se alude a la mayor importancia del suelo en su relación con las plantaciones, cultivos o edificaciones realizadas sobre él, la inversión de la accesión significa que, cumpliendo una función socioeconómica, se considerará como elemento principal lo construido o edificado y como accesorio el suelo. La función socioeconómica es pues, lo relevante de la inversión de la accesión, es decir, es la motivación o fundamento por el que se lleva a cabo ya que se debe de tener en cuenta que de no existir esta solución para el problema se producirían importantes agravios o injusticias económicas debido a que, en el tráfico, hoy en día y desde hace ya algún tiempo, el valor de lo construido es siempre bastante mayor que el suelo por mucho que el valor de éste sea muy alto. Por lo tanto, de no acudir a este recurso podría darse la circunstancia de que alguien se encontrase en la situación de que, debido a un error, un promotor inmobiliario sobrepasase el terreno que disponía para construir edificando parcialmente en suelo de su propiedad. En este caso particular, y siguiendo la regla del art. 358 y 361 CC, a partir de ese momento el dominus soli pasaría a ser el dueño de lo edificado aunque pagándole, eso sí, la oportuna indemnización al edificante pero que, siendo realistas, jamás llegaría a lo que el sujeto indemnizado y edificante hubiese obtenido si hubiese podido vender el inmueble a precio de mercado (a pesar de estar en una situación de crisis económica y fuerte caída del mercado inmobiliario).

No obstante, hay autores como NUÑEZ DE BOLUDA que sostienen que *“aunque son ciertas las observaciones sobre la importancia de los factores de la construcción, principalmente el factor trabajo, es aventurado llegar a la conclusión de que lo principal es el edificio siempre. Sigue habiendo casos en que lo edificado tiene un valor igual o menor que el solar, a causa de*

¹⁰ DÍEZ-PICAZO. *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*. Vol. II, Tecnos 1978 pág. 204

¹¹ ALONSO PÉREZ, Mariano, ob. cit, págs. 234

las limitaciones de volumen que imponen los Planes urbanísticos; y casos en que las construcciones son provisionales, aunque estén unidas al suelo, bien porque el mismo planeamiento no permita otra cosa (art 136.1 de la Ley del Suelo de 1992), bien porque voluntariamente se prefiera efectuar construcciones provisionales destinadas a ser sustituidas por otras, en razón de circunstancias variadas". En mi opinión, es acertada la matización de la autora ya que los casos a los que alude no son precisamente escasos en nuestras islas, donde hay numerosas construcciones ilegales, es decir, construidas totalmente en contra de los planeamientos urbanísticos y ambientales y que, por ley, deben de ser derruidas. En el caso de una construcción de tales características en suelo ajeno, serían construcciones que, si bien el valor conjunto del trabajo, materiales e impulso empresarial pueden haber sido elevados, su valor en el mercado es ínfimo o nulo, debido a que esas construcciones no tienen tan siquiera licencias para obtener agua y luz y el posible adquirente se expone a una orden de demolición en cualquier momento. Por consiguiente, he ahí un ejemplo de situación en que el observador imparcial tendría difícil dilucidar, a la hora de aplicar la accesión invertida, que elemento sería el principal, si el suelo rústico no edificable (con valor medioambiental y paisajístico pero, lógicamente, sin valor en el mercado) o lo construido sobre el mismo (puede acumular mucho valor en cuanto a materiales, metros cuadrados, etc., pero el constructor tenía prohibido legalmente construir allí por lo que, debido a factores como falta de agua, luz o el hecho sopesar una demolición inminente pueden hacer que su valor sea prácticamente nulo en el mercado).

Es de destacar que la accesión invertida no puede darse mediante pacto de los interesados, por virtud del cual el dueño del terreno cede el suelo al edificante ya que, en ese caso, no se incorporaría al elemento principal por la vis atractiva de la cosa más importante, sino por el acto jurídico o contrato seguido de la tradición del art. 609 CC. No será, por tanto, por consecuencia de la accesión como modo autónomo de adquirir la propiedad, sino por la tradición fundamentada por el justo título. Así pues, puede decirse que actualmente el caso más claro de accesión invertida es el supuesto de la construcción extralimitada aunque tradicionalmente también se atribuía por parte de la doctrina como supuesto de accesión invertida la hipótesis del artículo 1404.2º. Este artículo versaba sobre los edificios construidos durante el matrimonio en suelo privativo de un cónyuge; sin embargo, hoy en día tras sufrir una reforma es el art. 1359 el que habla sobre este tema siguiendo lo señalado por el art. 358, es decir, siguiendo el principio general de la accesión.

2. La construcción extralimitada

Teniendo en cuenta lo argumentado acerca de la inversión de la accesión, subsumible en el art. 361 CC, hay que traer a colación lo que promulgó el Profesor GUILLERMO CERDEIRA *"parece quedar sin resolver los casos de construcción extralimitada, de quien con materiales propios construye en parte en suelo propio y en parte en suelo ajeno; de quien construyendo en su propiedad se excede más allá de la extensión de sus dominios e invade parte de la propiedad ajena. Aunque pueda sorprender, es un supuesto que se produce con mucha frecuencia en el ámbito de la construcción, y por su litigiosidad también en el del foro, como lo atestigua la abundante jurisprudencia existente al respecto. La causa principal de tal invasión suele ser la escasez de suelo urbanizable; a lo que se une la inexistencia a veces de lindes en las fincas, o la imprecisión de los existentes, o el simple error en su medición, la poca ayuda que al respecto proporcionan el Registro de la Propiedad y el Catastro"*.

Este concepto, como suele decirse, ya viene de lejos pues no tiene plasmación positiva en nuestro derecho aunque ha ido desgranándose por la jurisprudencia. En ese sentido, la STS de 14 de octubre de 2002 precisó los requisitos que han de concurrir para que se dé la acción invertida, señalando como tales: *“a) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que la invasión se haya efectuado de buena fe; d) que el propietario que sufre la invasión no se haya opuesto a la ejecución oportunamente; e) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; f) que el edificio unido al suelo del edificantes tenga una importancia y valor superior al del suelo invadido”* o la SAP Islas Baleares de 12 de Mayo de 2010 JUR 2010\229886 que alegó que *“por la institución jurídica denominada como "accesión invertida" (en cuanto viene a significar una inversión de la accesión (el suelo sigue al suelo) y también como "**construcción extralimitada**", hay que entender toda edificación en fundo que en parte pertenece al constructor y en parte al propietario del fundo colindante, determinando que lo principal sea lo edificado y lo accesorio la porción de terreno invadido, dando lugar a con ello a que el suelo siga al edificio, dado el mayor valor de éste (SSTS 10-04-1972, 23-10-1973, 14-03-1985, 24-01-1986, 23-02-1988)”*

Por lo tanto, de la sentencia anterior puede observarse una delimitación positiva del concepto de construcción extralimitada y sus características, figura que se ha venido conceptualizando tradicional y jurisprudencialmente en aras de una mayor seguridad jurídica y, así, el Tribunal Supremo indicó 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, aunque es de notar que la Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho a hacer suyo el suelo invadido por lo edificado con extralimitación mediante el pago de su precio; 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 de derecho , según lo exige en su párrafo segundo el artículo 6 del Código.”* STS de 31 de mayo de 1949 RJ 1949\721

Por otra parte, para matizar el alegato anterior, es cierto que el art 361 CC dispone que *“El dueño del terreno en que se edificar, sembrar o plantar de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente”*, sin embargo, la figura de la construcción extralimitada no podrá subsumirse en el transcrito precepto pues, según la doctrina, este artículo está orientado a las situaciones en que las plantaciones o edificaciones están asentadas totalmente en terreno ajeno, no para cuando es una mera invasión parcial del mismo. En ese sentido la ya alegada STS de 31 de mayo de 1949 también señalaba 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 constructor, y aun a la del dueño del suelo cuando con la de aquél concurre, y siempre respondiendo a la regla «superficie solo cedit», derivada del principio fundamental de la accesión, (...) inspiradores éste y aquella 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”*. Asimismo, la adquisición del suelo por el incorporante no se produce

ex lege, atraída por el carácter principal de la construcción o plantación, sino por una especie de venta impuesta unilateralmente por el *dominus soli*¹². En síntesis, según lo expuesto más arriba, se establece una clara distinción entre la aplicación del derecho de accesión cuando se construye de buena fe, estando totalmente situado lo edificado en ese suelo ajeno y la situación en la que la edificación en suelo propio invada parcialmente suelo ajeno o como se le llama doctrinalmente, construcción extralimitada, donde se reconoce al edificante de buena fe el derecho a la transmisión de la propiedad del exceso de construcción, o lo que es lo mismo, la propiedad de la parte del terreno erróneamente construido previo pago del precio del terreno invadido más la correspondiente indemnización. Esta distinción tiene relevancia en cuanto a que la primera idea está recogida en el indicado artículo 361, mientras que la segunda es de creación jurisprudencial ya que no tiene plasmación positiva; fruto de los cambios habidos en la sociedad actual que no podía regirse, en todo caso, por principios como el “*superficies solo cedit*”.

A partir de las anteriores consideraciones acerca de lo que significa la adquisición de la propiedad con causa en un acto de construcción extralimitada, se puede deducir que uno de los elementos relevantes de la invasión parcial en terreno ajeno es que esta sea de buena o de mala fe, teniendo consecuencias diferentes en uno u otro supuesto. Así, con el objeto de examinar un poco más en profundidad el concepto, es necesario acudir a la importante sentencia de 15 junio 1981 RJ 1981\2524 del Tribunal Supremo, donde el alto tribunal indicaba que este concepto ha sido acogido por la generalidad de la doctrina científica en el Derecho comparado teniendo incluso su consagración positiva en algunos Códigos civiles extranjeros y que trataré más adelante.

Además de lo anterior, la sentencia hace alusión sobre la materia de la accesión invertida y sobre qué debería entenderse como tal, alegando que “*en cuanto constitutiva de una auténtica doctrina legal, que debe ser respetada; para su aplicación se requiere que se trate de una **construcción que invade parcialmente el terreno colindante ajeno, realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto pues con la oposición se hubieran evitado las posteriores consecuencias y resultando un todo indivisible, porque la posibilidad de división evitaría todo el problema; exigencias que deberán observarse estrictamente, justo porque su aplicación es, en nuestro sistema, una excepción a la regla general en la materia de «superficie solo cedit» recogida en el art. 361 del C.C, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al de la parte del suelo (o subsuelo) invadido***”. Como puede observarse, esta sentencia es de vital importancia en cuanto a la delimitación al concepto de construcción extralimitada ya que, aunque estos supuestos no son los establecidos en el artículo 361 como ya se ha dicho, permite al constructor o edificante de buena fe adquirir la propiedad del terreno invadido previo pago de la oportuna indemnización al dueño del terreno. En esa línea y siguiendo la tesis sostenida por el Tribunal Supremo la SAP Segovia 2117/999 de 31 de Julio AC 1999\8180 dijo que “*la doctrina que configura la construcción extralimitada habla de ella como una modalidad de acceso a la propiedad de una cosa o porción de ella por el propietario de otra dotada de preeminencia, en atención a **razones de política económica, social y de buena vecindad, siempre que el constructor, procediendo de buena fe, haya edificado en parte sobre suelo ajeno, y en parte sobre fundo propio quedando obligado a abonar al dueño del terreno ocupado no sólo el valor de éste, sino también, a la vez la indemnización reparadora de los daños y perjuicios causados***”.

¹² ALONSO PÉREZ, Mariano, Ob. Cit. pág. 238

2.1. Edificante de buena fe

Este concepto significa, a grandes rasgos, que el edificante ignoraba que la invasión que estaba realizando era ilícita, es decir, ignoraba que estaba invadiendo terreno ajeno como dice la STS 31 diciembre 1987 RJ\1987\9715 *“actuar en la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho”* o como dice la STS 54/2000 de 27 enero del 2000 RJ 2000\126 *“para que tal suceda (la accesión invertida) ha requerido siempre la existencia de la buena fe en el constructor, esto es que la invasión se haya producido, en la creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir”*. De esta manera puede extraerse que, para que pueda hablarse de accesión invertida y, lo que es más importante, para que esta tenga efecto ha de existir la buena fe.

En mi opinión, es totalmente acertada la apreciación de la jurisprudencia ya que parece un sinsentido que se castigue a alguien no dándole la opción de poder adueñarse de la parcela invadida previo pago, eso sí, de una indemnización para poder apropiarse del todo indivisible construido. El motivo es que el edificante actuó sin ninguna intención de adueñarse de lo ajeno, esto es, sin ninguna malicia, al contrario de lo que ocurre cuando el actor edifica de mala fe. Si, aun mediando buena fe, se optara por las mismas soluciones que para cuando concurre la mala fe, esto es, la demolición o transmisión de la propiedad al dueño del suelo, conllevaría un riesgo inherente para cualquier constructor que, aun siendo diligente en su trabajo, no podría permitirse el descuido de construir, sin quererlo, parcialmente en terreno ajeno. Para alcanzar a comprender la magnitud de la cuestión debe pensarse en elementos que de demolerse o pasar a propiedad del *dominus soli* causarían un perjuicio muy gravoso para el edificante, elementos tales como estructuras, cimientos e incluso materiales.

En el primer caso, el perjuicio económico sería muy grave debido a que perdería todo lo invertido en la construcción por la simple invasión, tal vez relativamente menor, en un terreno propiedad de otra persona. En el segundo caso, esto es, en el caso de que lo invadido pase a ser propiedad del dueño del suelo, el perjuicio para el edificante sería el inexorable surgimiento de una comunidad de bienes pro indiviso que, aunque con cuotas diferenciadas, ya se manejaría por las normas que rigen esta figura jurídica en el Código Civil, con la incomodidad que puede suponer el tener que recabar la autorización de todos los comuneros para, por ejemplo, vender una parte. Por lo dicho, esta última idea se antoja inviable y, a mi juicio, afectaría negativamente a la sociedad y a la economía, sobre todo al tejido empresarial ya que ninguna empresa se arriesgaría a construir en un terreno en el que se presume o se sabe que linda con otro terreno pero que no existe el debido deslinde. Como consecuencia, al no asumir este tipo de riesgos inherentes, su actividad se reduciría y en un país como España, movido mayoritariamente por empresas dedicadas a la construcción, esta reducción podría provocar graves situaciones de crisis económica.

Llegados a este punto es interesante la opinión de MARIANO ALONSO, que dice que si bien es cierto que lo que se propugna mediante la reiterada jurisprudencia es invertir la accesión, el Tribunal Supremo confunde reiteradamente la figura de la accesión invertida para solucionar los problemas de la construcción extralimitada con la adquisición o compra del terreno mediante el pago del precio. Sobre eso añade *“Ya sabemos que no es accesión invertida, sino derecho del edificante para obligar al dominus soli a que le venda el espacio ocupado. En definitiva, huyendo de la aplicación del artículo 361 CC, se adopta la solución de su*

*inciso final, pero subjetivamente inversa: es el constructor el que obliga al dueño del terreno a que le venda el suelo invadido, y no viceversa”.*¹³

2.2. Edificante de mala fe

A diferencia de la anterior, en este supuesto nos encontramos con que un constructor o edificante ha construido en terreno ajeno, o mejor dicho, ha invadido parcialmente suelo ajeno pero con la consciencia de que no podía realizarlo. No obstante, aunque *a priori* aparentemente la solución parezca clara, lo cierto es que ha habido algunas posiciones contradictorias como, por ejemplo, las diferentes opiniones de dos importantes autores: ALBADALEJO y MANIANO ALONSO. Mientras para el primero la buena fe o mala fe son elementos esenciales para conceder o no la opción al propietario del suelo de demoler lo construido; para el segundo la buena o mala fe no debe impedir la marcha normal de la accesión, como forma automática de adquisición de la propiedad. Esto último quiere decir que si el edificio y suelo propio son lo principal, la accesión se invierte en perjuicio del *dominus soli*, pues el autor alega que aunque el art. 363 CC impide la accesión cuando se haya obrado de mala fe, no deja de ser una solución antieconómica e individualista y que debería, como máximo, permitirse la accesión en favor del propietario del suelo aunque eliminando la posibilidad de demolición, fundamentado esta tesis indicando que las construcciones y edificios de nuestra sociedad no consienten perder riqueza creada, aunque se haya obrado de mala fe¹⁴.

Por el contrario, según ALBADALEJO¹⁵ la denegación de la opción de la demolición no debe admitirse faltando buena fe, pues es un elemento insoslayable de la figura de la accesión invertida y, si el constructor corre el riesgo de que se demuela, que lo corra, que es solo culpa suya o, como dice la SAP Madrid 452/2001 de 18 junio. JUR 2001\248500, *“La plena consciencia por parte del constructor de que el suelo no le pertenece, determina conforme a los artículos 373 del Código Civil la pérdida de lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización y si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor”*. A mi parecer esta tesis es la más acertada por ser la más justa y la que mejor puede contribuir a la defensa del derecho a la propiedad privada.

3. Derecho comparado

Como ya expresó la STS de 15 junio 1981, la figura de la construcción extralimitada ha sido objeto de regulación en diferentes ordenamientos europeos, debido entre otras cosas, a la importancia de una solución ya que ocurre con relativa frecuencia. Dicho esto, en este epígrafe se intentará analizar la figura de la construcción extralimitada desde un prisma supranacional, y más concretamente a nivel europeo, para comparar las diferencias y analogías de las soluciones que da el ordenamiento jurídico español, el más antiguo de todos ellos, y las que ofrecen los ordenamientos jurídicos de otros países europeos, entre ellos el moderno Código Civil portugués.

¹³ ALONSO PÉREZ, Mariano, Ob. Cit, pág. 246

¹⁴ ALONSO PÉREZ, Mariano, Ob. Cit, pág. 248

¹⁵ ALBADALEJO, Manuel, op. Cit. pág 306-308

3.1. Código Civil Alemán

En primer lugar, nos encontramos con que el Código Civil alemán dispone, en su artículo 912¹⁶, que: *“si el propietario de una finca, en la construcción de un edificio, invade los linderos del vecino, sin dolo ni culpa grave, éste tiene que tolerar la construcción extralimitada, salvo que se hubiese opuesto antes o inmediatamente después de la extralimitación”*, añadiendo que el vecino invadido **tiene derecho a una renta en dinero**. Asimismo, el 915 dice que *“el titular de la renta puede exigir que, a cambio de la transmisión de la propiedad de la parte invadida, se le abone el valor que tenía al tiempo de la extralimitación”*. Como puede observarse, el sistema es muy parecido al elegido por la doctrina y jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico, ya que solo cabe el éxito de la adquisición de la porción del terreno invadido por parte del edificante si concurren los requisitos de: 1) el requisito indispensable de la buena fe y 2) sin oposición del propietario del suelo, entendida esta como una oposición real, es decir, con actos fehacientes y constatables de oposición a la construcción o como dice la SAP de Barcelona de 29 de Junio de 1998 AC\1998\5944 *“una oposición clara, rotunda y oportuna”*. Si no existe la oposición de la forma mencionada puede presumirse que existe buena fe, o como dice la SAP de Lleida de 31 de Julio de 2002 JUR 2002\247972 *“La doctrina jurisprudencial relaciona la presunción de buena fe con la falta de oportuna oposición por parte de quien sufre la invasión. En el caso, no consta requerimiento previo o comunicación de los demandados para el cese de la ocupación o, al menos, para poner de manifiesto la ilegitimidad de la obra”*.

En este caso, como para el modelo español, el dominus soli tendrá derecho a una renta en dinero aunque por el precio que tenía el suelo en el momento de la extralimitación. No obstante, en el modelo alemán no encontramos la indemnización por responsabilidad extracontractual que sí reconoce la jurisprudencia española. En ese sentido la SAP Almería 30/2003 de 4 de febrero AC 2003\535 que dispuso que *“cuando una construcción invade de buena fe parte de predio ajeno el dueño de la obra adquiere la propiedad de esa franja sobre la que se ha sobrepasado en la edificación, debiendo entonces indemnizar al dueño del terreno no sólo en el valor de la porción del suelo invadido sino también, por imperativo del art. 1902 del Código Civil, en el posible quebranto o menoscabo patrimonial que sufra el resto de la finca a consecuencia de la merma de su extensión”*. En ese mismo sentido las STS de 12 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5582), de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9715) y de 29 de julio de 1994 (RJ 1994\6305), SAP Segovia 2117/1999 de 31 de Julio AC 1999\8180, y SAP Teruel de 22 de noviembre de 1994 AC 1994\2002.

3.2. Código Civil Suizo

Por su parte el Código Civil suizo, en su art. 674, concede al constructor, si el propietario del terreno no se opuso en tiempo hábil desde que tuvo conocimiento, el derecho a pedir el

¹⁶ Art 912 *“(1) Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne dass ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Überbau zu dulden, es sei denn, dass er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. (2) Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend”*

mantenimiento de lo construido como un derecho real o a la adquisición del terreno, previo pago de una indemnización equitativa:

Art. 674¹⁷:

Los edificios e instalaciones que sobrepasen de un terreno a otro, seguirán siendo parte del terreno del que salieron cuando su propietario, en su haber, tenga un derecho real.

El derecho a la superficie se puede utilizar como una servidumbre e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Si existe una superestructura injustificada y la parte perjudicada, aunque esto se haya convertido en evidente para él, no ha opuesto objeción oportuna, los constructores que hayan actuado de buena fe podrán, si las circunstancias justifican y a cambio de una compensación razonable, obtener el derecho real a la superestructura o la propiedad del suelo.

Pues bien, en el ordenamiento suizo también se regula la figura de la construcción extralimitada de manera muy parecida al modelo alemán y español, sobre todo en cuanto al no explicitar cuanto tiempo es el hábil o razonable para oponerse desde que se tuvo conocimiento. En ese sentido, se deja en cierta medida que se sigan unos estándares objetivos aunque no estrictos, lo que puede acarrear, en algunos casos, inseguridad jurídica para el edificante. También hace hincapié, en su párrafo tercero, en la indemnización al perjudicado y, cómo no, en la buena fe del edificante como requisito indispensable para obtener los beneficios que estipula el precepto, como son el derecho real al mantenimiento de la edificación o a la propiedad del suelo. Desde mi punto de vista, la diferencia más significativa con los ordenamientos analizados es que permite que el edificante pueda optar por elegir entre la propiedad del suelo o al mantenimiento de lo construido y que, en este último caso, este derecho sea de naturaleza real.

3.3. Código Civil Italiano

En el caso del Código Civil italiano de 1942, la regulación es más explícita alegando que si el propietario del terreno no se opone a la construcción en los tres meses siguientes al inicio de ésta, la autoridad judicial puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado, pagando al primero el doble del valor de la superficie invadida, además del resarcimiento de los daños causados:

¹⁷ Art 674.3º « Ist ein Überbau unberechtigt, und erhebt der Verletzte, trotzdem dies für ihn erkennbar geworden ist, nicht rechtzeitig Einspruch, so kann, wenn es die Umstände rechtfertigen, dem Überbauenden, der sich in gutem Glauben befindet, gegen angemessene Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden »

Art. 938¹⁸:

“Si la construcción de un edificio de buena fe se refiere a una porción de parte de terreno adyacente, y el dueño de este no se opone en un plazo de tres meses a contar desde el día en que comenzó la construcción, el tribunal, en tales circunstancias, puede atribuir la propiedad al constructor del edificio y los terrenos ocupados. El edificante está obligado a pagar al propietario de la tierra dos veces el valor de la superficie ocupada, así como daños y perjuicios”.

Del análisis se extrae que, además de tenerse en cuenta los requisitos de rigor como la buena fe y la indemnización por daños y perjuicios, establece un plazo de caducidad en el que el perjudicado podría oponerse y que, pasado ese tiempo, el edificante adquirirá la propiedad del suelo en todo caso previo pago de la indemnización. Ahora bien, del mismo modo que se establece un plazo explícito y razonable también establece algo que no establece el ordenamiento español, esto es, que el edificante, a pesar de haber construido de buena fe, pague el doble de lo que vale terreno.

3.4. Código Civil Portugués

Por su parte, el Código Civil portugués de 1966 establece en su art. 1343¹⁹ que, cuando en la construcción de un edificio en terreno propio se ocupa, de buena fe, una parte de terreno ajeno, el constructor puede adquirir la propiedad del terreno ocupado, si hubiesen transcurrido tres meses desde el inicio de la ocupación sin oposición del propietario, pagando el valor del terreno y reparando el perjuicio causado, especialmente el que resulte de la posible depreciación del resto del terreno. Además, en el apartado segundo del precepto se dispone que *“Serán de aplicación las disposiciones del párrafo para cualquier anterior derecho real de un tercero en el suelo ocupado”*, por lo que menciona algo que no se observa en los demás ordenamientos, esto es, que cuando lo edificado invade suelo ajeno pero, por ejemplo, quien lo utiliza es otra persona en calidad de usufructuario también les serán aplicables las disposiciones anteriores, es decir, también tendrá derecho a indemnización.

3.5. Recapitulación

Por lo que se ha podido observar, en líneas generales las soluciones que se dan en los distintos ordenamientos jurídicos del ámbito comunitario son bastantes parecidas a la solución adoptada por la jurisprudencia y doctrina españolas. También es de destacar que el Código Civil suizo permite el llamado derecho real de mantenimiento de lo edificado como alternativa a la transmisión de la propiedad, algo que desde mi punto de vista es muy poco práctico. Es curioso como el precepto permite la opción del mantenimiento de lo edificado que por su literalidad podríamos encuadrarlo a caballo entre la figura del usufructo y del derecho de superficie, separándolo de la figura de la transmisión de la propiedad del suelo. En mi opinión, el derecho

¹⁸ Art 938 « Se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato »

¹⁹ Art 1343 « Quando na construção de um edifício em terreno próprio se ocupe, de boa fé, uma parcela de terreno alheio, o construtor pode adquirir a propriedade do terreno ocupado, se tiverem decorrido três meses a contar do início da ocupação, sem oposição do proprietário, pagando o valor do terreno e reparando o prejuízo causado, designadamente o resultante da depreciação eventual do terreno restante.

real de mantenimiento es un sistema poco práctico, puesto que sería una suerte de usufructo que podría extinguirse, por ejemplo, con el fallecimiento del edificante, de los adquirentes en caso de compraventa o por cualquier otra vía pactada, en cuyo caso el *dominus soli*, que hasta ese momento solo tenía la nuda propiedad, tendría derecho a disfrutar de lo edificado en proporción a sus cuotas. A mi parecer creo que es un sistema poco utilizado por su poca practicidad y la gran inseguridad que conlleva aunque, en cualquier caso, se puede optar por obtener la propiedad del suelo.

Para concluir se ha de mencionar que, como ya se ha remarcado en algunos puntos, también es identificable una mayor elaboración pretendiendo una mejor calidad técnica en los preceptos del Código Civil portugués e italiano, posiblemente por ser más recientes. No obstante, estipulaciones como la del pago del doble del valor del suelo hacen del precepto, además de novedoso a la hora de dar solución al problema, un tanto polémico ya que, aunque parece más justo para el dueño del predio que ha visto como pierde parte de su terreno de golpe, quizá no lo es tanto para el invasor, pues el pago del doble del precio más bien parece una sanción para alguien que, según los casos, ha construido de buena fe. En este contexto y citando una vez más al profesor GUILLERMO CERDEIRA, este añadía que *“existe una actual tendencia 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, 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).*

En opinión de este autor, aunque dicha tendencia constituya un grave error, también lo ha sido su imposición en Italia, *“sin que sea por ello extrañar que ésta sea allí una de las cuestiones más discutidas: algunos, desde la perspectiva del dueño del suelo ocupado, justifican lo del doble como una compensación a aquél que se ve privado de su propiedad; otros, desde la perspectiva del constructor invasor, lo justifican como sanción, o pena, impuesta a su extralimitación. 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”*. Además de lo indicado por el Código Civil italiano, el portugués añade tener la misma consideración para los derechos reales que tuviese un tercero en el suelo ocupado como, por ejemplo, una servidumbre. Por lo expuesto, creo que el Código Civil portugués es, a parte del más reciente, el más novedoso y el que ostenta mayor rigor y justicia, al menos en lo que a la solución de la construcción extralimitada se refiere.

4. Conclusión

Como se ha podido observar a lo largo del estudio, el principio general que sigue la figura de la accesión es el *“accessorium sequitur principale”* o *“lo accesorio sigue a lo principal”*, principio que se concreta en el *“superficies solo cedit”* para los casos de accesión inmobiliaria. No obstante, en los casos de inversión de la accesión o, más concretamente, en los casos de construcción extralimitada ocurre que, como afirma el Profesor GUILLERMO CERDEIRA BRAVO

DE MANSILLA, *“En esta ocasión el modo de proceder a la inversión ha sido bastante simple: sabiendo que el principio superficies solo cedit es concreción del más genérico principio accessorium sequitur principale, y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico-social del suelo que 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 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 principali²⁰. Aunque a costa de invertir otro principio, concreción de aquél, el del superficies solo cedit hasta darle un giro de 180º, para convertirlo en la excepción solum superficiei cedit (o solo cedit superficie, según dijo la STS de 10 diciembre 1980 [RJ 1980, 4742])²¹”.*

Así pues, se observa como realmente no es una excepción al principio de que la superficie cede al suelo, sino que, para resolver el problema de la construcción extralimitada, primero se debe dar un giro al principio de *“la superficie cede al suelo”* para pasar a considerar como principal lo edificado. Las razones por las que se lleva a cabo son tales como la necesidad de asegurar la buena vecindad y la de proteger la riqueza inmobiliaria cuando el edificio tiene mayor valor económico e importancia social que la porción de suelo ajeno invadido. Una vez hecho esto, tan solo habrá que atender al principio más genérico y fundamental en cuanto a accesión se refiere, esto es, el principio que estipula que **lo accesorio siempre sigue a lo principal** y estos casos no son una excepción. En mi opinión, como ya he apuntado, creo que es totalmente acertada la postura de los autores expuestos ya que, como bien dicen, el considerar hoy día, en todo caso, que el suelo es la cosa principal en detrimento de lo edificado sobre él sería un despropósito en la mayoría de ocasiones debido a los perjuicios económicos que podría acarrear. Por lo tanto, una vez tratado el principio de *“superficies solo cedit”*, puede vislumbrarse como la accesión invertida no es una excepción al mismo sino todo lo contrario, lo que cambia es la calificación de cada uno de los elementos inseparables, es decir, que, en este caso, el suelo pasa a ser lo accesorio rigiéndose *a posteriori* por las reglas generales de la accesión.

Está claro que de un tiempo a esta parte, el sector de la construcción de viviendas está fuertemente paralizado por el efecto de la crisis económica pero hubo un tiempo en que se construyó en grandes proporciones, sobre todo a partir de la propugnación de la célebre Ley 6/1998, de 13 de Abril, sobre el Régimen del Suelo. Esta norma obligaba, al contrario que hasta ese momento, a motivar el porqué de la calificación de una determinada porción de suelo como no urbanizable, es decir, con esa medida se disminuían considerablemente las restricciones a la hora de calificar un terreno como urbanizable, en un intento de facilitar el auge de la construcción y apostar así por este sector como motor para el crecimiento económico de nuestro país, intento que parecía estar bien hasta la explosión de la burbuja en 2008. No

²⁰ Así, 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); y la STSJ Cataluña de 22 julio 1991 (RJ 1991, 3905)

²¹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, Profesor titular de la Universidad de Sevilla, artículo doctrinal «LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL»

obstante, a pesar de esta disminución de restricciones (entre otras cosas) para facilitar el incremento exponencial de construcciones, bien es cierto que con la sombra del principio "*superficies solo cedit*" planeando sobre todos aquellos constructores que fuesen poco profesionales, poco precavidos o simplemente tuviesen mala suerte, ese afán de construir, crecer y ganar dinero hubiese sido más limitado debido a que no se hubiesen asumido riesgos sobre todo por parte del tejido empresarial más importante: las pequeñas y medianas empresas, ya que estas disponen de poco patrimonio para poder asumir ciertos reveses como estos. Este principio era anacrónico en tiempos en los que en este país se pretendía dar ese impulso económico con el sector de la construcción como punta de lanza y, por ello, la figura de la construcción extralimitada viene resolviéndose desde hace ya algún tiempo de manera jurisprudencial, es decir, no nació con el auge del sector de la construcción, pero es cierto que facilitó mucho las cosas porque, como ya he dicho, ¿qué promotor inmobiliario se arriesgaría a construir en un predio sin deslindar teniendo en cuenta que si invade suelo ajeno la edificación pasaría al dueño del suelo? Creo que muy pocos. Dejando aparte, claro está, corruptelas como las habidas en lugares varios de nuestra geografía.

Por otra parte, en cuanto a la edificación en suelo ajeno de mala fe, creo que lo más correcto es que el propietario del suelo pueda decidir que el "invasor" le pague el precio de la parte de terreno invadido además de que se le pague siempre, y en todo caso, una indemnización por daños y perjuicios u optar por la demolición. En esa línea, estoy totalmente de acuerdo con la idea de que, si el *dominus soli* así lo decide, se demuela lo construido habida cuenta de que el edificante actuó con falta de diligencia y con una acusada malicia y picaresca con el objeto de adueñarse de algo que no era suyo, lucrándose, de esa manera, injustamente de esa parte del patrimonio de otra persona por la que no ha dado nada a cambio. Si desestimásemos la idea de la demolición de lo ilícitamente construido para los casos en que el edificante ha actuado con mala fe para adquirir patrimonio de otra persona, usando tretas y artimañas, conductas que no son propias del buen hacer y del comportamiento social y moralmente aceptable, obligaríamos al dueño del suelo bien a entrar en una comunidad de bienes con el constructor (como propugna MARIANO ALONSO), bien recibiendo una cantidad de dinero pero perdiendo parte de un terreno que, quizá, para esa persona tenía más valor que el valor de esa porción de terreno en el mercado, tal vez porque tenía mucho valor sentimental o porque, lisa y llanamente, tenía otras ideas para con el mismo. Además, si el dueño del terreno aceptase el dinero se estaría contribuyendo a que el infractor, el que ha actuado ilícitamente en contra de los principios fundamentales del derecho y de la convivencia, consiga su objetivo. Concluyendo, estimo que la idea de ALBADALEJO para estos casos es la más acertada.

5. Bibliografía

ALONSO PÉREZ, Mariano, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo Tomo V, Vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado Editoriales de Derecho Reunidas, Edersa 1980. ISBN 8471303094

ALBADALEJO, Manuel, *Derecho Civil, III, Derecho de bienes*, vol. I, Ed. Edisofer, 2004. ISBN: 9788489493926

CARRASCO PERERA, Ángel, *"Ius aedificandi" y accesión: la construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Ed. Montecorvo, Madrid 1986 ISBN 8471112280

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Las construcciones extralimitadas en el derecho español», <http://www.uma.es/derecho-de-la-edificacion/info/32984/cerdeira-construcciones-extralimitadas/> (última visita: 4 de mayo de 2014)

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Ed. Thomson/Civitas, 2007-2008, ISBN 9788447029440

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil III Derechos Reales*, vol.1º, 1ª parte. Ed. Dykinson, 2009 ISBN 13:9788498493030

NÚÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados, *Concepto, elementos y efectos de la accesión*, Id. vLex (www.vlex.com): VLEX-284321. 2014

SANZ FERNANDEZ, Francisco, *Edificación en sitio ajeno: sus problemas*, publicado en *Curso de Conferencias 1947*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Ed. Diana, Valencia, 1948