

La accesión industrial

(Especial atención al Derecho catalán) (*)

SUSANA NAVAS NAVARRO
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

A José María y Pilar, con cariño

SUMARIO: I. El Usatge «*Si quis in alieno*» y las impensas posesorias (*Bosquejo histórico*): 1.— El que construye, siembra, planta o rotura en suelo ajeno es poseedor; 2.— La buena y la mala fe en la accesión. El Derecho Intermedio; 3.— Gastos y mejoras: las impensas posesorias; 4.— La *exceptio doli* y el derecho de retención; 5.— Obra nueva: mejora; 6.— Addenda: La jurisprudencia del TS en torno al Usatge *Si quis in alieno*; II. Los antecedentes inmediatos del artículo 278 Comp.; III. La accesión industrial en el Derecho catalán (Análisis del artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña): 1.— La accesión como modo de adquirir previo pago del importe de los materiales, semillas y jornales de los operarios; 2.— El art. 278 Comp. es un supuesto de mejora-gasto útil. Soluciones normativas: 2.1.— El aumento de valor; 2.2.— La compra del terreno según el art. 361 Cc; 2.3.— La demolición en caso de mala fe; 2.4.— Gastos de puro lujo o de mero recreo. El *ius tollendi*; 3.— La buena y la mala fe en el art. 278 Comp.: 3.1.— Previo; 3.2.— La opinión de la doctrina. La tesis de Carrasco. Mi opinión; 4.— Ambito subjetivo de la accesión; 4.1.— Planteamiento de la cuestión; 4.2.— El presupuesto subjetivo del derecho de retención; 4.3.— La jurisprudencia del TS; 4.4.— Conclusión; 5.— El derecho de retención en el art. 278 Comp. *Su ejercicio y extinción*: 5.1.— El ejercicio del derecho de retención; 5.2.— La extinción del derecho de retención; 5.3.— La declaración de la cantidad a abonar.

Nuevamente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de enfrentarse con un supuesto en el que había de aplicarse la

(*) Este estudio fue concluido en 1993.

norma relativa a la accesión o, como también se ha denominado, el derecho de accesión. Me refiero, en concreto, al art. 278 de la Compilación catalana. Precepto éste que es el único que se cuida de la accesión y, sin embargo, no dejan de ser infrecuentes los casos que aparecen en el foro.

El litigio que dio origen a la sentencia de 1 de marzo de 1993 aparece marcado, como tantos otros, por la presencia de actos posesorios tolerados o consentidos sobre unas fincas en las cuales se realizan siembras, plantaciones y se edifica una granja. Todo ello con la anuencia del propietario de las mismas que, a su vez, era el padre del edificante. El Tribunal Superior reconoce el derecho de retención con el fin de que cobre el precio de los materiales, de las semillas y los jornales de los operarios por «...*les construccions, plantacions i millors fetes pel fill...*» (Fto. de Derecho n.º 9). Dichas mejoras supusieron la obtención de unas plusvalías en las fincas. La cuestión que se suscita es la siguiente: de acuerdo con el artículo 278 CDCC el constructor sólo puede reclamar los conceptos antes indicados si lo es de buena fe; ahora bien y dado que se ha producido un aumento de valor, ¿no podría el propietario del suelo optar por abonar éste? Nótese que es ésta la solución que aporta el Código civil en el art. 453 al cual se remite el artículo 361 del mismo cuerpo legal. Sobre ello insistiré posteriormente. Por ahora, sólo quiero poner de relieve el interrogante en cuestión junto con otros que se pueden formular tras la lectura del precepto cuyo análisis me ocupa. En este sentido, se puede plantear si cabe aludir a la tradicional trilogía en materia de gastos respecto a la regulación del art. 278 o, en cambio, debe prescindirse de ella ya que el precepto *edifica* —valga la expresión— su normativa, exclusivamente, bajo el principio de la buena o de la mala fe; si el antecitado precepto está, implícitamente, haciendo referencia a una mejora con el consiguiente desembolso del denominado gasto útil; si el precepto se enmarca dentro de un cuadro más general, cual es la doctrina del enriquecimiento injusto, etc... A todas estas problemáticas —como a posteriores que vayan surgiendo— intentaré dar solución sin desdeñar, por supuesto, las respuestas que se aportaron por los clásicos catalanes del s. XVI y siguientes los cuales no fueron ajenos a esta polémica y trataron los diferentes aspectos que se contemplaban bajo el fenómeno de la accesión.

I. EL USATGE «*SI QUIS IN ALIENO*» Y LAS IMPENSAS POSESORIAS. *Bosquejo histórico*

Se suele señalar por la doctrina que el antecedente mediato del actual art. 278 Comp. es el conocido Usatge «*Si quis in alieno*» en el que se contemplaban dos supuestos según existiera un vínculo jurídico entre el edificante y el propietario del suelo o no. El Usatge decía así:

«Si algu en lo sol de altre de sa propia materia edificara casa, de aquell sie la casa de qui sera lo sol; pero si a bona fe haura edificat creent lo sol esser seu, poras retenir la casa fins que lo preu de la materia e lo loguer dels mestres li sie restituit. Mas si ab mala fe, sabent que edificava en sol de altre contra voluntat del senyor, es vist haver coratge de donar. Mas si per dret de loguer o de conduccions voluntariament, si sens culpa del senyor no forçant lo alguna necessitat, desamparara la casa, no cobrara lo preu de la materia ni lo loguer dels mestres: pero si per culpa del senyor o forçat per necessitat la casa desamparara, axi com per fam de aquella regio o per guerra o per oppressio de algun potent, lavors lo senyor es forçat de retre li lo preu de la materia, compensat si alguna cosa li deu per lo loguer de la casa; e qualsevol cosas qui sien ditas de aquell qui a bona fe e a mala fe edifica, totas sien entesas de aquell qui sembra o planta o la silva infructuosa deneja» (1).

Sólo el primero de los supuestos de hecho nos ha sido legado y en él voy a centrar la investigación (2). Se trata de un edificante poseedor

(1) D'ABADALI VINYALS, R. y VALLS TABERNER, F. «Usatges de Barcelona» Imprenta de La Casa Provincial de Caritat. Barcelona (1913). también en el Libro VII, Título I, Constitución única del volumen 1.º de las Constituciones y altres drets de Catalunya.

(2) En relación con el arrendatario y, concretamente, respecto a las impensas que puede recuperar destaca CANCER, J. que el Usatge discrepa respecto del Derecho común. En este «... de iure Communi colonus, sive inquilinus, repetiam expensas etiam utiles, quas fecit in re conducta, etiam extra domini voluntatem, dummodo non valde oneret dominum, et per eas sic facta res majoris pretii, ut superius (...) sive locatio sid facta ad longum tempus, sive non: et procedit etiam sive locatio finita sit tempore, sive culpa conductoris...» Y Añade, por contraste, que «in nostro autem textu manifeste contrarium disponitur, ut si conductor voluntarie ante finitum tempus conductionis a domo discedat, expensas per eom in ea factas non repetat». («Variarum resolutionum iuris Universalis Caesarei, Pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae» Pars. II Cap. VI Lugduni (1712) folio n.º 132 n.º 79-83). En cambio, si abandona la casa debido a culpa del dueño o por otra justa causa se admite que el arrendatario detraiga «expensas utiles quas in re conducta fecit...» (n.º 84). Por justa causa debe entenderse según el propio jurista «...si inquilinus ruinam metuat, etiamsi venera nullum adhuc subsit periculum, sed tantum probabiliter evenire posset...Item si famas, pestis, vel bellum superveniat...» (folio n.º 133 n.º 85). También se refiere a este supuesto MARQUILLES, J. «Commentaria super Usatici Barchinone» Barchinonis J. Luschmer (1505) en folio n.º 397.

En este punto no es impertinente recordar la crisis económica y demográfica provocada por las epidemias y la Peste Negra de 1348 que padeció la población catalana de la segunda mitad del siglo XIV y de todo el XV de la que dan razón VICENS VIVES, J. «Noticia de Cataluña», pp. 32 y ss.; PONS GURIS, J. M.³ «Motivaciones jurídicas de la Sentència Arbitral de Guadalupe» en «Recull d'estudis d'Història jurídica catalana» V. III Fundació Noguera. Barcelona (1989) p. 264; SALRACH, J. M.³ «La Corona de Aragón» T. IV «Feudalismo y consolidación de los Pueblos Hispánicos» (siglos XI-XV) en Historia de España dir. por Tuñón de Lara, m. Ed. Labor 2.^a edic. (1980). 308.

que construye, planta, siembra o rotura en suelo ajeno sin que exista ningún tipo de relación jurídica con el propietario de éste.

J. Marquilles consideró que el Usatge «*Si quis in alieno*» podía dividirse en seis partes aunque centró la atención, básicamente, en la buena o mala fe del edificante/constructor. La primera parte en que divide la norma en cuestión es a modo de presentación de lo que estatuye el Usatge: *edificante in alieno solo punit* (3). A partir de aquí se diferencia según la buena o mala fe: *In secunda edificante bona fide remunerat; in tertia edificante mala fide condempnat*. Las tres partes restantes aparecen descritas del siguiente modo por el comentarista: «*In quarta declarat conductore sine culpa oxi domu deserente aducta puniri. In quinta aenectit a ductore incitate conpulso domu deserente aductam repari. In sexta concludit id quo dictu est de hedificante bona vel mala fide, idem intelligat in seminate*» (4).

La doctrina de Marquilles es acogida, posteriormente, por Jaime Cáncer (5). Es menester destacar que los Doctores catalanes no se apartan del análisis de los demás juristas del Derecho Común o romano-común, como guste denominarse al Derecho de esta época. El mismo Cáncer recuerda que «*concordat hic text serè in omnibus eius partibus, cum iure Communi...*» (6).

El análisis de la accesión ha sido —y entiendo sigue siendo— casuístico. En esta dirección los juristas van señalando y comentando cada una de las posibles hipótesis en que se pueden encontrar edificante y dueño del suelo haciendo conjugar todos los elementos del supuesto de hecho del Usatge. Ello es necesario para determinar los efectos jurídicos de cada una de ellas. Así pues voy a dirigir mi análisis hacia cada uno de los elementos que conforman la *species facti* de la accesión para obtener una visión de conjunto de la misma a lo largo de la historia del Derecho.

I. EL QUE CONSTRUYE, SIEMBRA, PLANTA O ROTURA EN SUELO AJENO ES POSEEDOR

Tanto la doctrina clásica como la moderna ha venido planteándose la conveniencia de aplicar la normativa de la accesión a aquellas hipótesis, como el contrato de arrendamiento, en las que existe un vínculo jurídico entre los sujetos. En general, se sostiene que cuando existe dicho vínculo la temática de las mejoras y gastos realizados debe anali-

(3) Obsérvese que el punto de vista que se adopta cuando se comenta el Usatge es el del propietario del suelo: el edificante poseedor se inmiscuye en una esfera ajena y por eso se le sanciona.

(4) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396.

(5) CÁNCER, J. *op. cit.* folios n.ºs 129-130-131.

(6) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 2.

zarse y resolverse de acuerdo con los criterios establecidos por las partes y, en su defecto, por lo que determine la ley. La accesión queda, por tanto, como normativa aplicable supletoriamente a los supuestos que, como he señalado, no se hallan regulados por las partes (7). Sin embargo, es necesario señalar que en materia de gastos y mejoras, ya desde el Medievo, se agrupaban todas las hipótesis, sin distinción, estudiándose en sede de IMPENSAS POSESORIAS. De ahí que autores catalanes de fines del s. XIX y principios del s. XX al hacer referencia a la accesión y al Usatge en el texto transcrito, aludan, sin ninguna discriminación, al depositario, comodatario, mandatario, tutor, gestor oficioso y arrendatario (8). A mi modo de ver la cuestión queda ya apuntada en el propio Derecho común. En este sentido es significativa la opinión

(7) ALBALADEJO GARCÍA, M. «Derecho civil» (Derechos reales) T. III V. I 2.^a edic. (1989) revisada por J. M. GONZÁLEZ PORRAS pp. 305-306; LACRUZ BERDEJO, J. L. et alí «Elementos de Derecho civil» T. III V. I p. 161; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. «Fundamentos de Derecho civil patrimonial» (1978) T. II pp. 212-213 (considera este autor que «las normas reguladoras de las mejoras en cada institución concreta no son absolutamente incompatibles con las normas de la accesión»); ANGEL YAGÜEZ, R. de «La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código civil» La Ley (1985-4) p. 497; LÓPEZ VILAS, R. «Comentario del Código Civil» T. I Ministerio de Justicia p. 1007. Con anterioridad, vid. MANRESA NAVARRO, J. M.^a «La segunda cuestión a que nos referimos es si el art. 361 es aplicable a aquellos casos en los que el que edifica, planta o siembra sea arrendatario, enfiteuta o usufructuario del terreno de que se trata. Indudablemente que no. El mismo autor citado (se refiere a SÁNCHEZ ROMÁN) entiende, de acuerdo con nuestra opinión, que deberán tales casos resolverse con arreglo a los principios generales aplicables a tal supuesto en el arrendamiento, enfiteusis y usufructo»; y así, por lo que respecta al primero de dichos contratos resulta confirmado en la sentencia de 28 de febrero de 1906» («Comentarios al Código Civil español» T. III Madrid, 1910 3.^a edic. p. 210).

Para el Derecho catalán destaca PUIG FERRIOL, L. que «Es cert que darrerament s'ha defensat l'aplicació del dret de retenció que estableix l'article 278 sempre que tinguin lloc en virtut o como a conseqüència de relacions obligacional entre l'amo i el retenedor (MIRO I GILI). Però la sistemàtica del precepte és contrària a la interpretació extensiva del dret de retenció ex article 278. L'afirmació ens sembla més segura després de la vigència de la Llei catalana 22/1991, de garanties possessòries sobre cosa moble, d'acord amb la qual el dret de retenció es pot exercitar en base als supòsits que explica el seu article 3, i per consegüent l'àmbit d'aplicació de l'article 278 es refereix al cas particular de les relacions entre el posseïdor i el propietari. A més cal tenir present que l'article 278 sols reconeix el dret de retenció al constructor de bona fe; i segons l'usatge Si quis in alieno la bona fe del contractista es fonamentava en el fet de que creia que el sòl era seu; i si existia una relació jurídica entre el propietari i el constructor, sembla poru clar que el constructor havia de conèixer que edificava en terreny d'altri, i per consegüent mai pot tenir la consideració de constructor de bona fe (JUANOLA I SOLER)» («Institucions del Dret de Catalunya» Part. General. Obligacions i Contractes. Drets reals. V. I 4.^a edic. p. 280 junto con ROCA TRÍAS, E.). Vid. con criterio erróneo, MIRÓ I GILI, M. «El dret de retenció d'immobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació» RJC (1992,4) p. 913; JUANOLA I SOLER, J. «Dret d'accessió» en «Simposi Dret civil de Catalunya» (1989) p. 87 y ss.

(8) BROCA y MONTAGUT, G. M.^a y AMELL y LLOPIS, J. «Instituciones del Derecho civil catalán» T. II 2.^a edic. Barcelona (1886) p. 5; PELLA y FORGAS, J. «Código civil de Cataluña» T. II Barcelona (1917) p. 82.

que expresa Jaime Cáncer —común en los juristas del Medievo— acerca del sujeto que edifica en suelo del cual ostenta un dominio resoluble: «...*et ratione suae commoditatis, dum rem detinet, aut alias ratione iuris, quod in illa re habet, aedificat, cessare dictam regulam et per consequens nostri usatici, quia cessat animus donandi, ut marito, creditore, emphyteuta...*» (9). Ahora bien, incluye al acreedor y A. Vinnio comprenderá, dentro de estas hipótesis, al colono o inquilino. En concreto, pone como ejemplo del cese del *animus donandi* el del inquilino que edifica en terreno arrendado pues sostiene que no lo hizo con intención de donar sino para usar más cómodamente la casa y habitar en ella (10). El fenómeno de la accesión, pues, pretende solucionar un conflicto de intereses en el que no existe ninguna relación jurídica entre los contendientes. No obstante, el hecho de que el Usatge no se aplique a las hipótesis en las que existe una previa relación jurídica no conlleva necesariamente que, en el caso de la edificación propia de la accesión, el constructor no sea poseedor. Antes bien *debe serlo*. Y esta rotunda aseveración no se desmiente ante la constatación de que se diferenciara por los juristas según el edificante poseyera o no la cosa para otorgarle determinados derechos y acciones a fin y efecto de recuperar las impensas realizadas. *El edificante no poseedor es el que ha perdido la posesión*: era poseedor, sin embargo, ha dejado de serlo en virtud de un acto ajeno a su voluntad. Por ello destaca Vinnio la opinión de Cujacio según el cual el edificante que no posee puede reclamar la posesión por la *condición de lo incierto* y de este modo conseguir sus impensas oponiendo la excepción de dolo malo contra el demandante (11). La idea está en consonancia con el comentario, que realiza el propio Vinnio, a la que denomina la tercera especie de accesión: la siembra. En relación con la misma afirma que «si, empero, uno sembró a su costa un fundo de otro, y lo hizo con buena fe, si se encuentra en posesión podrá por medio de la retención conseguir las impensas hechas oponiendo la excepción de dolo malo si la cosa fuere vindicada; pero si hubiere perdido la posesión no tiene acción ninguna para conseguir las impensas...» (12).

Ahora bien, no sólo ha de ser poseedor, sino poseedor en *concepto de dueño*. Cáncer afirma «*si autem non nomine suo possideret, sed no-*

(9) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 19.

(10) VINNIO, A. «Comentario académico y forense» anot. por J. GOTTLIEB HEINECCIO T. I Barcelona. Imprenta de José Torner (1846) p. 261.

(11) VINNIO, A. *op. cit.* p. 262. La opinión es consecuente con la derivación de la excepción de dolo en el derecho de retención el cual, para que se efectivo, requiere la posesión de la cosa en o sobre la cual se realizaron las impensas.

(12) VINNIO, A. *op. cit.* p. 266. En las notas de A. VINNIO y J. G. HEINECCIO señalaba que «dice, en caso que posea; pues que sino poseyere no tiene acción ninguna por la que pueda conseguir el precio de la materia y las impensas hechas» (*ob. últ. cit.* p. 260 «*In possessione constituto*»).

mine domini, ut sunt commodatarius, depositarius, creditor, socius, mandatarius, tutor, negotiorum gestor, deducunt impensas necessarias in re facta, etiam re perempta», mientras que en los supuestos en los que se posee *nomine proprio* las impensas no se cobran si la cosa ha perecido (13). La afirmación, como puede observarse, se hace a los efectos de determinar qué impensas son recuperables por el sujeto-constructor. Pero, a mi entender, dice mucho más. Está admitiendo que el edificante es un *poseedor* y, concretamente, un *poseedor en concepto de dueño* («*nomine suo possideret*»). La cuestión no puede pasar desapercibida ya que será una constante en momentos históricos posteriores hasta llegar al vigente Código civil. Baste, por ahora, destacar el análisis del art. 555 *Code*, por F. Laurent, en el cual manifestará que el edificante de buena fe es tercero poseedor en concepto de dueño.

El tercero que edifica es, para el Derecho Común, *poseedor*. Y creo que ello no ofrece duda ya que todos los juristas estudian el objeto de esta investigación en una doble sede. Se parte de la base de que la accesión es un modo de adquisición de la propiedad y así perdurará hasta llegar al vigente Código civil (14). Pero, posteriormente, en

(13) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.ºs 45-46.

(14) En Derecho romano la accesión se regulaba como un modo de adquirir el dominio en virtud del poder de atracción real de que gozaba el derecho de propiedad en Roma. De ahí el adagio *omne quod inaedificatur solo cedit*: Gayo 2. 73; D. 9.2.50 [B. BIONDI «*Istituzioni di Diritto Romano*» Milano (1965) p. 245; P. BONAFANTE «*Istituzioni di Diritto Romano*» p. 215; VOCI, P. «*Modi di acquisto della proprietà*» (Curso di Diritto Romano) Milano (1952) p. 255; MAYNZ, C. «*Curso de Derecho Romano*» 2.ª edic. T. I vertido al español por D. Antonio José Pou y Ordinas, Barcelona (1892) Jaime Molins, editor p. 760]. Ahora bien, bajo la expresión «*accessio*» o «*accedere*» se amalgamaban supuestos heterogéneos como la *satío* (Gayo II, 75; J. II 1. 32; D. 41.1.7.13), la *implantatio* (Gayo II, 74; J. II 1.31; D. 6.1.5.3; D. 41.1.26,2) y la *inaedificatio* (D 6.1.23.6.7; 41.1.12). Junto a éstos, que se suelen englobar como supuestos de unión de cosa mueble a cosa inmueble, se comprendían otras categorías: 1.— la unión de cosa mueble a cosa mueble (la *ferruminatio*, *adplumbatio*, *acriptura*, *pinctura*, *tinctura*, *textura*); 2.— la unión de cosas inmuebles (avulsio, *alluvium*, *ius alluvionum*, *insula in flumine nata*, *alveus derelictus*); 3.— la *specificatio*. Por otra parte, destaca BRANCA los diversos significados de dicho vocablo. Inicialmente, se trataba de un simple hecho en virtud del cual una cosa accesoria sigue la suerte de otra que es la principal. Quizá, por ello sea más acertado aludir a relación de accesoriedad y no de accesión. En segundo lugar, también podía significar un incremento patrimonial y, finalmente, se refería a un modo de adquirir la propiedad [voz «*Accessione*» en E. de D. p. 261; voz «*Accessione*. *Diritto Romano*» en NDI p. 129 a cargo de A. MONTEL. También puede consultarse, BONAFANTE, P. «*Corso di Diritto Romano*» T. II V. II Milano (1968) p. 94]. Esta última es la que pasará a la legislación vigente por obra de Pothier que la considerará un modo de adquirir de Derecho natural [POTHIER, R. J. «*Traité du droit de domaine de propriété*» en «*Oeuvres...*» T. X (1821) París p. 82; «*Pandectae Justinianae*» T. VI trad. M. de Bréard-Neuville secc. II art. I p. 541 París (1822) de L'imprimerie de Dondey-Dupré]. Aunque el Derecho histórico patrio no fue absolutamente ajeno a ello pues el régimen de impensas se regulaba en el Título XXVIII de la III Partida que se dedicaba a «las cosas en que ome puede aver señorío e como lo puede ganar».

cuanto a la liquidación del estado creado por la edificación, plantación, siembra o roturación, se declina el análisis en el ámbito del derecho de propiedad para tratarlo al estudiar la posesión (15) o bien se alude simplemente —en sede de accesión— al poseedor y, en concreto, al *bonae fidei possessor* y al *malae fidei possessor* lo cual corrobora el aserto anterior. El constructor, cultivador, etc... es *poseedor*. De ello deriva que no se limiten a estudiar la hipótesis que motiva este estudio sino que, en cuanto analizan el estado posesorio creado y su liquidación se refieran a cualquier situación que lo genere, como es el caso del fideicomiso (16), del usufructo (17) o incluso en sede de compraventa (18).

El aserto de que el edificante, cultivador, ..., es un poseedor y, además, a título de dueño se ve confirmado en el Derecho histórico castellano: la accesión es un efecto de la reivindicación (19). En la P 3,28,41 (también en las Leyes subsiguientes de la misma Partida y Título) se alude a tercero que ha sido «vencido en juycio». Es decir, aquél que posee en concepto de dueño la heredad en la cual se construye, siembra o planta. En relación con ello la buena o mala fe consistía en conocer o no que el transmitente tenía poder para vender. Por tanto, que no carecía de poder de disposición sobre el bien. Pues bien, si se tenía certidumbre acerca de dicho evento y pese al mismo se edificaba, el sujeto edificante lo era de mala fe. En caso contrario, se trataba de un edificante de buena fe.

En cambio, García Goyena en este extremo, como también el Proyecto de Código civil de 1851 que es el precedente más directo de los

El texto del Digesto que aquí interesa es el siguiente: *D. 41,1,12: «Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cūtus et solum est, et si scit, alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur; itaque neque diruto quidem aedificio eius materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit, qui aedificavit; nam si scit, culpa ei obiiici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intelligeret alienum».*

(15) El caso preclaro es el de POTHIER en su «*Traité...*» T. X que estudia el régimen de impensas al tratar de la posesión y haciendo referencia a las obligaciones personales del poseedor (p. 197).

(16) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 13; RAMONI, J. «*Decisiones nullibi adhuc impressae*» Bononiae (1639) Pars. II folio n.º 132 y ss. Dec. 37 n.º 18.

(17) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396; CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 15 y ss.

(18) PEGUERA, L. «*Decisiones Aurae in actu practico frequentes. Ex variis Sacrii regii Concilii Catalonia conclusionibus collecta*» (cum additionibus in Quinquaginta priores quae antea sine eis editae fuerunt) Pars I Barcinone RX Typographie Iacobi à Cedrat (1605) folio n.º 380 n.º 2 Decisión de 1 de febrero de 1591 «...non recuperatur meliorationes et expensae quia emptor in dictis meliorationibus fuit in mala fide...» (Referente Francisco Descamps Regio., *Vid. P. 3, 28, 41*: «como deue ome cobrar las despensas que faze en las cosas que compro a buena fe, si le son vencidas en jyzio» (*vide P. 5,5,24-38-39*: mejoras en la cosa vendida).

(19) En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A. «*Ius aedificandi y accesión*» p. 114.

artículos vigentes de nuestro Código civil, se aparta del magisterio del Code civil francés. En este orden de ideas, no se alude en los preceptos de dicho Proyecto a tercero poseedor sino que se utiliza la forma gramatical impersonal que pasará a los arts. 360 y ss. Cc. El citado coautor del Proyecto de 1851 se cuestionará si «el accidente de *posser* o no *posser* el edificante o plantante, de ser rico o pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia en el fondo?». Para Florencio García Goyena el artículo 404 (20) se desembaraza de «las distinciones injustificables de si el dueño del terreno es o no muy pobre, *si el que edificó o plantó está o no en posesión*, si han de abonarse los frutos... distinciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento en lo principal» (21). Además, destaca el hecho de que sea diferente del art. 555 *Code* civil.

En la doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código civil de 1889, también se planteará el aspecto relativo a la posesión o no del sujeto edificante, cultivador,..., (22), aunque Q. M. Scaevola dudará de dicha diferenciación por el simple razonamiento de sentido común de ¿cómo edificar, plantar o sembrar si no se tiene la posesión de la tierra, suelo, finca o heredad? (23).

A mi entender, la pregunta que se plantea parte de la doctrina, obedece a la sorpresa que produce la distinción según se sea o no poseedor, cuando necesariamente, al menos, se debe tener la tenencia del bien inmueble en cuestión. La perplejidad desaparece cuando se atisba la razón de la diferencia: *no poseedor es aquél que ha perdido la posesión*. Este parece ser el dato que a dicha doctrina le ha resultado ajeno. Sin embargo, no debe darse por zanjado el problema, pues, a las reflexiones de Q. M. Scaevola, como también de aquellos otros que, quizá por emulación, repitieron lo advertido por los clásicos sin detenerse excesivamente en ello, conviene —o, al menos, así parece que se deduce de sus afirmaciones— darles otro significado. Tal vez, la división trazada

(20) Art. 404: «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 prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta.

Art. 432,2: «Los útiles lo son al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención; pero el propietario tendrá la elección de pagar el importe de los gastos o el aumento de valor que por ellos tenga la propiedad».

(21) GARCÍA GOYENA, F. «Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español» T. I-II Sociedad Tipográfica. edit. Barcelona, Base (1973), p. 362. Como se habrá comprobado aquí el jurista se hace eco de la doctrina del Derecho Intermedio que diferenciaba según se fuera poseedor o no del suelo en el que se levantaba un edificio y que, en líneas superiores, he tenido ocasión de desentrañar.

(22) MANRESA NAVARRO, J. M.^a T III *op. cit.* p. 203.

(23) SCAEVOLA, Q. M. «Código civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día» T. VI por Ortega Lorca, F. 5.^a edic. Madrid (1949) p. 582.

entre poseedor y no poseedor obedezca a otra distinción: *poseedor civil y poseedor natural*. Reflejado a modo de pregunta, ¿debe diferenciarse entre posesión civil y posesión natural a los efectos de determinar: 1.º si es aplicable la normativa de la accesión; y, 2.º dándose la afirmativa por respuesta, si puede retener el precarista, el sujeto cuyos actos posesorios se toleran o son ejecutados en virtud de licencia (en general, el poseedor natural)? (24). Estas son las palabras de Scaevola, «*indudable nos parece que el edificante, plantador o sembrador que no poseyesen jurídicamente, aun cuando sí de hecho (porque de otra suerte no sería posible la edificación, la plantación o la siembra), la finca en que realizasen estas operaciones, tienen derecho a retenerla mientras no se les pague...*» (25).

Por su parte, el Código civil francés aludirá en su art. 555 (26) a «*tiers*» habiendo pasado, en su elaboración, por otras expresiones como «*tiers évincé*» o «*possesseur de bonne foi*» denotando, como ha puesto de relieve Carrasco, «que la construcción en suelo ajeno se concibe “de modo general” como una lesión y un atentado (no como una mejora)...» (27). El Codice civile de 1865 (arts. 447 a 462) sigue fielmente las pautas normativas del Código civil francés (28) considerándose al edificante, cultivador, etc... como poseedor, si bien también se considera incluido al mero tenedor: «*per terzo s'intende qualunque persona che in suo nome e per suo proprio conto, fa costruzioni, piantagioni od opere in un fondo che non gli appartiene in proprietà e del*

(24) La cuestión será objeto de estudio en la tercera parte de este trabajo.

(25) SCAEVOLA, Q. M. T. VI *op. cit.* p. 582.

(26) Art. 555 (Ref. L. n.º 60-464 du 17 mai 1960): «Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, sit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever.

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

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

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent».

(27) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 119.

(28) En materia de accesión así lo destaca BRANCA, G. en la voz «*Accessione*» en E.Dir. p. 265.

quale ha soltanto il possesso di buona o di mala fede, o la semplice detentazione» (29).

En nuestro Código civil se elude, de entrada, cualquier cualificación del sujeto-constructor. Se emplea la forma impersonal como también lo hace el art. 278 de la Compilación catalana por lo que habrá que dilucidar si dicho constructor es o debe ser un poseedor civil, si ha de serlo necesariamente en concepto de dueño, y si al poseedor natural pueden aplicársele las normas de la accesión. Se tienen dos puntos de referencia. El primero de ellos es el bosquejo histórico trazado: el edificante es un poseedor en concepto de dueño. El segundo es el criterio que aportan los datos legislativos: tanto el Cc como la Compilación se centran en la *buena o mala fe del edificante, plantador, constructor o roturador* (30).

2. LA BUENA Y LA MALA FE EN LA ACCESIÓN. EL DERECHO INTERMEDIO

De entrada, debe destacarse que la buena fe —en sede de accesión— no aparece descrita o definida por los Doctores, sin embargo, veremos cómo puede extraerse un concepto de la misma de los supuestos que van analizando.

Del Usatge «*Si quis in alieno*» se desprende que la buena fe del edificante (plantador, roturador, etc...) consiste en tener la creencia de que el suelo en el que se edifica es propio: *creent lo sol esser seu* (31). Por tanto, de que se es propietario. De ahí, precisamente, que la mala fe consista, según el mismo Usatge, en edificar, plantar, sembrar o roturar en suelo ajeno conociendo dicho carácter y que, además, ello se realice contra la voluntad del propietario del mismo.

(29) PACIFICI-MAZZONI «*Istituzioni di Diritto Civile Italiano*» V. III 2.^a edic. Firenze. Eugenio e Filippo Cammechi (1873) *cit.* p. 65; BARBERO, D. «*Sistema istituzionali del Diritto privato italiano*» T. I 2.^a edic. Torino (1949) p. 690; RUGGIERO, F. «*Istituzioni de Diritto Civile*» p. 624. El art. 450 *i.f. Codice 1865* decía: «il proprietario però non può chiedere che siano tolte le piantagioni, costruzioni od opere fatte da un terzo che abbia sofferto evizione e, per la sua buona fede sia andato esente dalla restituzione dei frutti, ma deve pagarle in uno dei modo accennati».

(30) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 263.

(31) El mismo concepto se extrae de la *Ley 44 Tít. 28 Partida 3*: «Otro sí dezimos, que si el fizo despensas provechsas al heredamiento, o a la casa agena de que era tenedor, que si las fizo en buena fe, cuydandolas fazer en lo suyo...mas si las fizo aviendo mala fe, sabiendo que el heredamiento, o la casa, que era agena...». En el comentario a la Ley 46 de Toro, GÓMEZ A. afirma que la buena fe consiste en la *creencia de ser dueño* [«*Compendio de los Comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*» Ed. Facsímil (escrito por P. N. de Llano) Valladolid, Lex Nova (1981) folio n.º 239].

Los autores van diferenciando y analizando cada uno de los posibles supuestos que pueden presentarse en la praxis. Así, Marquilles distingue dos supuestos que conviene mencionar:

— *bona fide ab initio ex post facto cum hedificavir*;

— *bona fide ab initio et male fidei cum hedificat*: en este supuesto el propio comentarista señala que debe elegirse una vía de solución intermedia: «*ista ut neq. male fidei puniat neq. bone fidei expensas servet*» (32).

A estas dos hipótesis, se agrega aquélla en la que el edificante es un poseedor de buena fe cuando construye y una vez realizada la obra conoce la ajenidad del terreno mutándose, entonces, su buena fe. A partir de ese momento se trata de un poseedor de mala fe que «*...poterit tollere edificium dummodo fieri possit abique dispendio domini soli probatur...*» (33).

Pero, quizá, lo que ostenta mayor interés sean las soluciones que se ofrecen según haya oposición o no, a la edificación, por parte del *dominus soli*. Dicha oposición se verifica mediante la *denuncia* de la obra realizada o que se esté llevando a cabo (34) «*secundum informan a iure Communi statutam*» (35). Se considera al edificante de *mala fe* cuando el dueño denuncia la realización de la obra. La denuncia puede hacerse ante testigos, mediante la presentación de documentos comprobando los datos de medición en los mismos: «*quod si ante nuntiationem aliquid fuerit constructum, et postmodum nuntiatum fuerit novum opus, quod facias mensurari novum opus coram testibus, in longitudine et latitudine eius, et quod de eo siat instrumentum...*» (36). En esta dirección, afirma Jaime Cáncer que para constituir al edifican-

(32) Ambas hipótesis las plantea el prestigioso jurista en el folio n.º 396. Sobre el segundo supuesto incide CÁNCER, J. —aludiendo también al caso de las edificaciones (que en este supuesto denomina mejoras) por el dueño cuyo dominio es revocable— señalando que cuando las mejoras se realizan por un poseedor que en el momento de la edificación conoce la ajenidad pero que, sin embargo, el dueño del suelo no se opone a dichas mejoras, se entiende que «*...eius negotium generando, domini sibi obligant actione ex eo contractu...*» (folio n.º 132 n.º 68-69).

(33) PEGUERA, L. «*Decisiones aurae...*» T. I Dec. 99 (5 de abril de 1593. Referente: Francisco Descamps Regio) folio n.º 280 n.º 3. *Vid.* D. 6.1.37. En el Código Alfonso se regulaba otro supuesto cuya solución no estará alejada de la transcrita en el texto. Se trata del edificante de buena fe cuando obtuvo la heredad pero que antes de que empezara a construir conoce que «aquel de quien la gana, non avia derecho de la enagenar» con lo cual si persevera en edificar se convierte en un edificante de mala fe. En este caso «non deve cobrar las despensas que y fizo, mas puede llevar ende aquello que y metio, o labro....» (P 3,28,41 i. f.).

(34) Se trata como destacan los Doctores de una obra nueva.

(35) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 7. Recuérdese que los autores clásicos catalanes no se apartan de la doctrina de la época.

(36) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 7; MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396.

te, cultivador, ..., en mala fe «*sufficit protestatio, cum ostensione instrumentorum, ex quibus constat illum aedificare, aut seminare in alieno solo...et instrumento protestationis optimum erit facere designationem operis facti coram testibus*» (37).

La consecuencia de construir o plantar o roturar en suelo ajeno pese al conocimiento de dicha ajenidad —verificada a través de la denuncia del *dominus soli*— es la posibilidad de *demoler* la obra: «*si post nunciatione fuerit hedicatus: probare possis demoliri debeas*» (38). No obstante, dicha posibilidad tiene una excepción, que pone de relieve Marquilles, conllevando que no se pueda demoler toda la obra realizada con posterioridad a la denuncia (39). La demolición de la obra no es una solución generalizada sino que dicha obra se mantiene en aras a la pública utilidad. También debe mantenerse íntegra cuando se edifica parte en suelo propio y parte en suelo ajeno (supuesto típico que la doctrina moderna viene designando como accesión invertida). En este extremo se destaca la diversidad de régimen jurídico cuando el edificio está construido totalmente en suelo ajeno a cuando sólo una porción del mismo está ubicada en aquél. Con estas palabras lo describe Marquilles: «*distingue aut tu totaliter hedifices in solo mio: tuc propria aucte poto destruere. Aut hedifices in solo tuo diq. post transit. in solo mio, tunc aucte propria non potere destruere*» (40).

Obvio es señalar que la denuncia también podía operar *viva voce* en cuyo caso se transfería la posesión al edificante: «*ubi sit denunciatio viva voce in hedicantem transferat possessio*» (41). En tales supuestos se hace referencia a una «obra nueva» cuya denuncia realiza el propietario del suelo en el que se ha construido.

(37) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 13.

(38) MARQUILLES, J. *op. cit.* GÓMEZ, A. Coment. n.º 20 folio n.º 250 *op. cit.* a la Ley 46 de Toro.

(39) «... *si forte ex adverso denegaret vel inde fieri pacias publicum instrumentum als non demoliret totum opus quod est, factum post nunciationem...*» (MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396).

(40) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 396.

(41) MARQUILLES, J. *op. cit.* CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 12. Conviene señalar que semejantes afirmaciones realizó Gómez, A. respecto de la Ley 46 de Toro en materia de mayorazgos (folio n.º 249 n.º 19) «*De tres modos puede hacerse la denuncia de nueva obra: Primero verbalmente; segundo: poniéndose alguna piedra o piedras en lo edificado expresando que denota denuncia y tercero acudiendo al Juez a fin de que éste personalmente, o por medio de otra persona con su mandato pase al sitio donde se está edificando y haga saber a los operarios que cesen en la construcción*». la diferencia entre el sistema «sólo verbo» y los restantes estriba en que mediante el primero se pierde la posesión del terreno que se transmite al constructor, debido a la timidez del denunciante, cosa que no sucede en los otros dos supuestos.

3. GASTOS Y MEJORAS: LAS IMPENSAS POSESORIAS

El criterio de la buena/mala fe fue básico ya en el Derecho romano para determinar a qué tenía derecho el edificante/constructor.

El Usatge «*Si quis in alieno*» determinaba que, en caso de que el edificante fuera de mala fe se entendía que «*es vist haver coratge de donar*». De forma semejante se consideró en el Derecho común y así lo recuerda J. Cáncer explicando el por qué: «*...qui scienter indebitum solvit, quod donare videatur, cum alia conjectura capi non possit...*» (42). Sin embargo, posteriormente, en plena etapa precodificadora, la presunción de donación desaparecerá ya que se considerará que el ánimo liberal no se presume, lo que comportará que el acento se ponga en el equilibrio patrimonial y en el intento de solucionar el conflicto de intereses generado con base en dicho equilibrio. Pero, dicho equilibrio y el intento de evitar que uno de los sujetos se enriquezca a costa del otro se centra en los denominados *gastos útiles*. No obstante, conviene señalar que el intento de evitar que uno se enriquezca a costa de otro era ya un tema presente en el Derecho Intermedio respecto del poseedor de buena fe y de los gastos útiles (43).

El *animus donandi* que se presumía en el edificante de mala fe debe ponerse en relación, a mi entender, con la tradicional trílogía en materia de *impensas posesorias*. Como se conoce, se diferenciaban tres categorías a las cuales se agrega una cuarta que la doctrina moderna ha separado de las anteriores y que denomina gastos ordinarios para la producción de frutos. Me refiero a las impensas necesarias, útiles y voluntarias (o de puro lujo o recreo). A ellas se añade, como he dicho, las *expensae fructuum gratia*.

La distinción aparece trazada en Derecho romano, con Justiniano, en materia de posesión (44). El egregio compilador clarificó y simplificó el Derecho clásico. Los denominados gastos necesarios eran aquellos que (45) «*...si factae non sit, res aut peritura aut deterior futura*

(42) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 129 n.º 3. PEGUERA, L. «*Decisiones aureae...*» T. I Dec. 99 (de 5 de abril de 1593). Referente: F. Descamps) folio n.º 280 n.º 2 «*...quando plena constat ex scientia edificantis in solo alieno eun voluisse donare...*». Cfr. LÓPEZ, G. en su glosa 3 «llevar» a la Ley 45, Tít. 28, P. 3 («*Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono*» T. II Madrid, 1789 folio n.º 394).

(43) VINNIO, A. *op. cit.* p. 263 en donde plantea la cuestión respecto del ladrón.

(44) ULPIANO «Comentarios a Sabino L. XXXVI»: «*Impensarum quaedam sunt necessariae, quaedam utiles, quaedam vero voluptariae*» (D. 25, 1).

(45) B. I.16,79.

sit». Este concepto se reproducirá en el Código Alfonsino en la P 3, 28, 44 (46) y es el que permanecerá en nuestra doctrina y legislación.

Los segundos «*esse Fulcinus ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant*» (47).

Los gastos de puro lujo o recreo son, según D. 50,16,79,2, «*quae speciem duntaxat, ornant, nom etiam fructum augment, ut sunt vinidia, et aquae salientes incrustationes, loricationes, picturae*» (48).

Junto a estas tres categorías se sitúan los gastos de producción, cultivo y mero entretenimiento (49): *fructuum gratia*.

La clasificación no es ajena al Derecho Intermedio (50), en el que también se diferencian estos tipos de gastos y se mantiene sustancial-

(46) P 3, 28, 44: «Despensas fazen los omes en las casas, o en las heredades agenas que tienen, non faziendo y de nuevo alguna cosa, mas refaziendo o endereçando los edificios en los lugares do es menester, o faziendo y algunas otras cosas, que son provechosas a la casa o a la heredad...».

(47) D. 50, 16, 79, 1; D. 25, 1, 5, 3; D. 25, 1, 6. Vide P 3,28,44: «...Otro sí, dezimos, que si el fizo *despensas provechosas al heredamiento*, o a la casa agena de que era tenedor...»

(48) Vid. de nuevo, la P 3,28,44: «...Otro sí dezimos, que si aquellos que son tenedores de casas, o de heredamiento, fazen despensas en ellas, que non son muy provechosas, mas son a apostura de la casa, o de la heredad: assi como las pinturas que fazen en ellas...».

(49) Esta cuarta categoría ha sido considerada por parte de la doctrina como una subclasificación dentro de las impensas necesarias. En este sentido considera PROVERA, G. que «nell'ambito delle spese necessarie fu pure individuata una più ristretta categoria di spese, *quelle necessarie alla produzione dei frutti*: esse restavano a carico del marito al quale spettava il godimento dei frutti medesimi...» [voz «*spesse (dir. rom.)*» en E. de Dir. p. 322]. El autor se refiere a los bienes dotales.

La consideración de los gastos ordinarios de producción de frutos como gastos necesarios destinados a la conservación del bien en cuestión aparece en SOCARRATS, IOANNIS de, que afirma que «*non est dubium quod impensa facta gratia custodiae dicitur facta gratia conservationis...*». De ahí, precisamente, que precise que el poseedor de mala fe pueda deducirlas: «*mala fidei possessorem ex fructibus perceptis deducere posse impensas factas gratias fructuum quaeredorum*» [*«Iurisconsulti cthalani in Tractatum Petri Alberti canonici Barchinonensis, de consuetudinibus Cthaloniae inter Dominos et Vasallos, ac nonnullis alliis, quae Commemoraciones Petri Alberti appellantur, doctissima, ac locupletissima materia diligentissime per tractatur*» Apud. Iannet Gordiolan Barchinonae (1551) folio n.º 96 n.º 12].

(50) Quizá el autor más representativo de esta época sea IOANNIS GARSIAEA SAABEDRA y su «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» en el cual observa que «*quadruplices autem reperiuntur expensae, necessariae, utiles, voluptariae; quartum genus earum est, quae fiunt colligendorum fructuum gratia*» (folio n.º 8 n.º 10 Lugduni, 1671 Sumptib. Laurentis Arnaud et Petri Borde). Vid. su contribución en el «*Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate iurisconsultorum*» De variis iuribus et acquisitionibus Tomus XVIII «*De expensis et meliorationibus*» Venetiis, 1584 (folio n.º 258 n.º 10). La clasificación con idéntico significado se halla, respecto de los bienes dotales, en MIERES, T. «*Apparatus super Constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*» (Pars I) Petrus III in Curia Perpiniiani Coll. sexta folio n.º 359 n.º 169-170: «...quod illae impensae necessariae dicuntur sine quibus res deterior efficitur...»; *utiles vero dicuntur, quae rem meliorem reddunt...*; *voluntariae sunt, quae rem exornant...*» y has voluntariis, ut quae sunt in balneis, perdit maritus, quia voluntariae impensae actionem non pariunt...etiam si de voluntate mulieris sint factae...». De otra parte, en el Código Alfonsino se recoge un significado de «*despensas*» que no diverge del que llegará a nuestros días (P. 7.33.10).

mente idéntica la clasificación justiniana individualizando la última categoría que después en la etapa codificadora tendrá una ubicación propia. Los tres tipos de gastos aparecen en el comentario de Marquilles al Usatge «*si quis in alieno*» a propósito del arrendatario: «*conductor in reticiendo domus plures expensas sec nunquod ons tenet illas sibi restituere...Dicas aut conductor bona fide dictas sec expensas, tunc necessarias et utiles recuperavit doli exceptiones. Voluntarias abrasionen suat*» (51). En caso de mala fe afirma «*..necessarias consuat officium iudic. cum tum possidet. Utiles abrasionem servat. Voluntarias nullo*» (52). Sin embargo, el comentario no se limita a señalar las soluciones a los posibles conflictos de intereses entre edificante y dueño del suelo cuando el primero es el arrendatario, antes bien se refiere indistintamente al arrendatario, al usufructuario... en general al poseedor: «*bone fidei possessori dat retentio pro impensis*» (53). Ello corrobora lo que antes señalé: el estudio de la accesión va enlazada con el de la posesión y, concretamente, con los gastos y mejoras como liquidación de estados posesorios. De ahí que estos conceptos a efectos de la accesión se estudien en sede de *impensas posesorias*. Además puede señalarse que se estudian conjuntamente estas hipótesis con aquéllas en las que existe una previa relación jurídica entre edificante o mejorante y dueño del suelo porque en todas ellas el primero es POSEEDOR. Pero pueden distinguirse, entre otros, por el criterio de la buena o mala fe. Es decir, si a efectos de accesión la mala fe supone el conocimiento de que se edifica en suelo ajeno (54), la previa existencia de una relación jurídica determina que se conozca este evento. Luego, por hipótesis, cualquier construcción, plantación o siembra realizada por el arrendatario, depositario, etc. ... sería de mala fe no dando lugar a la indemnización correspondiente y determinando que se entendiese hecha donación. Ahora bien, la doctrina de la época consideró que no todas las situaciones daban lugar a una donación y excluyen precisamente los supuestos en los que existe esa relación jurídica o un dominio resoluble (55). De ahí que en la regulación vigente de las mejoras o gastos llevados a cabo por estos sujetos (ligados mediante un vínculo jurídico) se prescindiera del criterio de la buena o de la mala fe y, en cambio, se acuda a otra clasificación, aquélla que diferencia entre gastos ordinarios y extraordinarios (56).

(51) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 397.

(52) *Ibidem*.

(53) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 397.

(54) Recuerde que el Usatge alude a «*creent lo sol esser seu...*».

(55) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 19. BROCA I AMELL *op. cit.* p. 5.

(56) Arts. 500 a 505 Cc (usufructo), 527 (uso), 1.743, 1.746 a contrario y 1.751 (comodato), (arrendamiento). Obsérvese que son relaciones jurídicas en las que se confiere al tercero poseedor (en nombre ajeno) el *derecho de usar la cosa*. Por otra parte, esta clasificación no excluye que también se pueda aplicar a dichas situaciones la normativa propia de la trilogía a la que vengo haciendo referencia, así en los arts. 487 y 1.573 Cc (al respecto pueden consultarse las agudas reflexiones de DEL POZO CARRASCOSA, P. «*El derecho de retener en prenda del depositario*» Barcelona (1989) pp. 57 y ss.

La distinción entre gastos necesarios, útiles y voluntarios tenía su importancia en cuanto al régimen jurídico y los efectos jurídicos que se derivaban según fuera el poseedor de buena o de mala fe quien los llevara a cabo. Tanto uno como otro tenían derecho a recuperar las impensas necesarias: «*Ubi vero expensae necessariae essent, sive essent factum novum opus, sive refectum antiquum, indistincte etiam a mala fidei possessore repetuntur...*» (57). La razón que se arguye para que el poseedor de mala fe pueda reembolsarse de dichos gastos es considerar que dichas impensas también las debería haber realizado el propietario del suelo: «*et est ratio, quia in necessariis est periculum, si non siant, et imputaretur malae fidei possessori domum, quod eveniret, e quod necessarias impensas non fecisset*» (58). Si, por tanto, podía recuperarlas, habrá que convenir en que el *animus donandi* no se refería a este tipo de gastos sino a otra clase de gastos. Es decir, a los gastos útiles. Estos son los que se realizan para aumentar el valor —«precio» (59)— de la finca o del bien en el que se realizan y que, por tanto, comportan una mejora (60), pues «*non omne impensam includit melioramen-*

(57) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 36-41. ANTONII DE RIPOLL DOMICELLI, A. «*Variae iuris Resolutions, multis diversorum Senatum decisionibus illustratae*» Lugduni Sumptibus Iacobi, Andreae et Malthaei Profl. (1630) Cap. X «De dotis recuperatione et de iuribus ratione illius competentibus» folio n.º 481 n.º 108-109; TRISTANY, B. DE «*Sacri Supremi...*» T. III Dec. 19 folio n.º 414. (Cfr. P. 3.28.44).

(58) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 37. La razón destacada en el texto reaparecerá una vez publicado el Código Civil español. Así recordará MANRESA NAVARRRO, J. M.^a, que «nada más justo que si la cosa subsiste o no se ha empeorado merced a los gastos y esfuerzos del poseedor, si por ellos vuelve al poder de su dueño, éste tenga que satisfacer esos gastos sin distinguir entre buena o mala fe. *No se concibe que el propietario hubiere dejado de hacerlos*» («*Comentarios al Código civil español*» T. IV 7.^a edic. revisada por J. M.^a Pou de Avilés p. 345. Siguiendo la huella de MANRESA, *vid. voz «Gastos»* por A. DE ROVIRA MOLA en NEJ Seix p. 557).

(59) «*...habet actionem pro recuperandis expensis factis in re, quam reddit, quarum pensarum occasione res fuit majoris pretii, ut superius...*» (CÁNCER *op. cit.* folio n.º 132 n.º 69). La cuestión del mayor precio reaparecerá en POTHIER que aludirá a «*plus grand prix*» («*Traité...*» T. X p. 198) mientras que los textos legales y, como no, el *Code civil* se referirán a *aumento de valor* [art. 555. 3 mala fe. *No se concibe que el fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit...*» (ref. por L. n.º 60-464 du 17 mai 1960)].

(60) La doctrina moderna conviene en que la mejora no es el aspecto del gasto útil realizado. La mejora es un concepto más amplio que el de gasto ya que existen otras fuentes susceptibles de producir mejoras en los bienes y que están contempladas por los textos legales. Así en el Código civil se alude a «*mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo*» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. en «*Fundamentos...*» T. II p. 573; LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii «*Elementos...*» T. I V. III p. 67; ALBALADEJO GARCÍA, M. «*Derecho civil*» T. I V, II 11.^a edic. (1991) p. 129; MALUQUER DE MOTES, C. J., «*Los conceptos de "sustancia", "forma" y "destino" de las cosas en el Código Civil*» Civitas, 1992 pp. 139 y 155). En el Derecho Intermedio, mejora suponía «*... plus reditur sit quam in vineis, vel arbutis, vel olivetis quae fuerint, forsam etiam haec deicere poterit; siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*», si bien el verbo *meliorare* tenía varios significados:

tum» (61). Estos gastos eran susceptibles de recuperación si quien los realizaba era el poseedor (edificante) de buena fe. Para la recuperación de los mismos se arbitraba el *derecho de retención* de la cosa —«...eo quod bonae fidei possessor utiles expensas, non aliter, quam per rei retentionem, opposita doli exceptione adversus actorem possit deducere...» (62)—, el cual era, también, el remedio jurídico para recuperar las impensas necesarias llevadas a cabo por el poseedor de buena fe (63).

a) mejora en el Derecho sucesorio: «*filius melioratur, quem pater bonis praelegatis inter caeteros meliorem fecit, atque meliorationem factam fuisse filio*».

b) mejora como aumento producido en los bienes suponiendo un cambio en los mismos: «*quando qualitas bonorum est mutata et bonitas eorum mutata et adaucta: ita definiunt melioratum ut sit augmentum bonorum mutata eorundem qualitate*». Tal aumento se puede producir en cualquier tipo de bienes que sean objeto de contrato o de cualquier otra relación jurídica («...idque contingit in omni bienes que sean objeto de contrato o de cualquier otra relación jurídica («...idque contingit in omni genere rerum et contractum, emptoris, locatoris, emphyteusis, societatis, in vassallo, curatore, procuratore, administratore, haerede, possessore, de quibus omnibus acturi sumus»). El citado aumento puede provenir de la obra e industria, «*frequenter autem nostra opera et industria*», como destaca I. GARSIAE, con lo cual nosotros somos los protagonistas del aumento de los bienes (Vid. GARSIAE, I. «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.^o 5 n.^o 8). Obvio es señalar que esta segunda aceptación la que aquí se debe tener en cuenta. En este sentido la edificación en suelo ajeno se considera una mejora producida por un gasto útil y creo que es este el supuesto de hecho que contempla el actual art. 278 Comp.

(61) RAMONI, J. «*Decisiones nullibi adhuc impressae*» Pars II Bononiae (1639) Dec. 37 n.^o 26 que cita a J. García *últ. cap.*

(62) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.^o 131 n.^o 59-60. ANTONII DE RIPOLL, A. *op. cit.* Cap. VII folio n.^o 204 n.^o 412.

(63) En el fenómeno romano de la accesión el edificante no perdía la propiedad de los materiales con los que había construido. No obstante, resultaba impedido para ejercitar la acción reivindicatoria. Por ello los estudiosos del Derecho romano no han dudado en afirmar que el dominio del dueño de los materiales se mantenía *latente* [BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 245; BONFANTE, P. «*Istituzioni...*» p. 217; VOCI, P. «*Istituzioni...*» p. 236; del mismo autor en «*Modi di acquisto della proprietà*» p. 256; SCIALOJA, V. «*Teoría della proprietà nel Diritto Romano*» (Lezioni ordinate curate edite de P. B.) V. I Roma (1928) p. 342] de suerte que podía ejercitarse cuando el edificio se destruyera pues podían reivindicar los residuos de los materiales (D. 1,7,10; 41,1). Ahora bien, en el estudio del derecho de accesión deben discriminarse las diferentes etapas del Derecho Romano. Fue con la Ley de las XII Tabas que se estableció el conocido «*tignum iunctum aedibus vineave et concepit ne solvito*» (XII Tablas. 6,8) que vedaba, precisamente, la posibilidad de separar las vigas de los edificios y las cepas de las viñas. Pero la jurisprudencia romana incluyó bajo el vocablo «*tignum*» todo material de la construcción. El dominus soli era propietario del total edificio pero su dominio era compatible con el del dueño de los materiales si bien éste no tenía derecho a ninguna indemnización la cual aparecerá, tímidamente, en el derecho pretorio (BONFANTE, P. «*Corso...*» *op. cit.* p. 125; Inst. II, 1, 29) y alcanzará importancia en el Derecho Justiniano. En esta última etapa del Derecho romano también varía el fundamento de la indemnización. Con el Pretor, ésta era otorgada por razones de equidad (BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 279). Con Justiniano, en cambio, toma por norte el *equilibrio*

El poseedor de mala fe no tenía derecho al reembolso de los gastos útiles pues se consideraba que se llevaban a cabo con ánimo liberal (dado el conocimiento de la ajenidad del terreno) si bien gozaba del *ius tollendi* siempre que fuera «...*sine laesione prioris status...*» (64). Semejante régimen jurídico refiere Antonio Gómez al comentar la Ley 46 de las de Toro (65). Sin embargo, el reintegro de las impensas útiles por el poseedor de buena fe se condiciona a «que el dueño de la cosa las hubiese de haber hecho o hubiere de haberla vendido inmediatamente, o si fuese rico, y por lo mismo no le fuese molesta la satisfacción de las mejoras porque sino, sólo se le permite separarlas sin detrimento de la cosa, excepto si el dueño de ella apronta su valor» (66). El elemento de la riqueza o de la pobreza desaparecerá, obviamente desde el punto de vista legislativo, con las tareas codificadoras.

Son los gastos útiles los que plantearán la temática del equilibrio patrimonial y, por ende, el reembolso del aumento de valor o de la plusvalía. La cuestión de evitar el enriquecimiento de un sujeto a costa del empobrecimiento de otro aparecía ya en el Derecho romano, estaba presente en el Derecho Común, y será una constante en la etapa pre y postcodificadora francesa y también posteriormente, española.

patrimonial: nemo ex alieno iactura locupletari debet. El conspicuo compilador acuerda la resarcibilidad de los gastos necesarios tanto al poseedor de buena como de mala fe. Pero otorga sólo al primero el derecho de retención el cual se arbitraba mediante la *exceptio doli*. Aunque sobre volveré a tratar precisamente del derecho de retención.

(64) GARSIAE, I. «*Tractatus universus iuris...*» T. XVII folio n.º 260 n.º 2 y folio n.º 270 n.º 1. CÁNCER, J. no se aparta de esta doctrina y así afirma que: «si verò opus factum melioraret, aut ampliaret, permittitur abrasio sine laesione prioris status rei...» (*op. cit.* folio n.º 130 n.º 34). este mismo derecho fue acordado por Justiniano para el poseedor de mala fe contradiciendo, en este sentido, el derecho anterior (BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 279). Nótese que CÁNCER utiliza el vocablo *meliorare* y el régimen jurídico que le aplica es precisamente el destinado por la doctrina del Medioevo a regular los denominados gastos útiles. (VINNIO, A. *op. cit.* p. 261 y ss).

(65) *Ley XLVI de Toro*: «Todas las fortalezas que de aquí adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares, y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas ciudades, villas y lugares de mayorazgo así los que de allí delante se hubieren de nuevo, como lo que se reparare, ó mehorare en ellas, y asimismo los edificios que de aquí adelante se hicieren en las casas de mayorazgo labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean así de mayorazgo como lo son, ó fueren las ciudades, villas ó lugares y heredamientos, y casas donde se labraren. Y mandamos que en todo ello succeda el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus hijos, ni á sus herederos ni sucesores, pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad para que sin nuestra licencia á de los reyes que de nos vinieren se puedan hacer, ó reparar las dichas cercas, ó fortalezas: mas que sobre esto guarden las leyes nuestros reynos como en ella se contiene».

(66) GÓMEZ, A. *op. cit.* p. 238 n.º 2. LLAMAS Y MOLINA, S. «*Comentario crítico-jurídico-literario a las 83 Leyes de Toro*» Madrid Imprenta de Repullés, 1827 T. II pp. 90 y ss.

Finalmente, en relación con los gastos voluntarios conviene destacar que el poseedor de mala fe no tenía derecho a recuperarlos ni siquiera a retirarlos sin detrimento del bien en el que se hubieran realizado («...*nec deducit, nec abradit...*»); derecho, en cambio, que se arbitraba para el de buena fe siempre que no fuera en detrimento del bien en cuestión: «*voluptatis causa, ut has expensas bonae fidei possessor non deducat, abradat autem sine lesione prioris status*» (67). El *ius tollendi* podía ser enervado por el propietario del suelo ofreciendo la estimación del gasto realizado. Con estas palabras lo destaca Cáncer «*quae abrasio prohiberi potest a domino, si ipse offerat rudem aestimationem...*» (68). El derecho de retirada se hacía imposible cuando las mejoras se habían realizado en un fundo rústico o urbano y, por tanto, el propietario del mismo debía ofrecer la estimación de aquéllas con base en el siguiente argumento: «*deformitas autem urbis aliis iuribus est prohibita*» (69). Se prohíbe a su vez la posibilidad de demoler el edificio.

De otra parte, la valoración de las mejoras debe hacerse al tiempo de la restitución: «*ubi aestimatio melioratorum est facienda de tempore restitutionis...non secundum aestimationem temporis, in quo facta sunt melioramenta...*» (70).

4. LA EXCEPTIO DOLI Y EL DERECHO DE RETENCIÓN

El art. 278 Comp. determina, como es sabido, el derecho de retención respecto del edificante, cultivador... de buena fe. Derecho de retención que, según ha destacado la doctrina moderna (71), lo es sólo del edificio, cultivo o plantación. Mediante el citado derecho se preten-

(67) GARSIAE, I. «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.º 18 n.º 32. Aquí existe un enlace directo con el Derecho justinianeo, pues, precisamente fue Justiniano el que en contravención con las XII Tablas, acordó este derecho de retirada al poseedor de buena fe (D. 6.1.38. BIONDI, B. «*Istituzioni...*» p. 279).

(68) D. 41.1.7.10. CÁNCER *op. cit.* folio n.º 130 n.º 35.

(69) GARSIAE, I. «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.º 19 n.º 35. La misma razón se aducía en el Derecho romano (D 47.3.1; 43.8.7 «*nec urbs ruinis deformetur*») y así lo recordará con anterioridad al Código civil español GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. en «*Códigos o estudios Fundamentales sobre el Derecho civil español*» 3.ª edic. T. II Madrid, 1871 p. 90; y con posterioridad a dicho texto legal, SCAEVOLA, Q. M. «*Código civil*» [rev. por F. Ortega Corec T. VI p. 555 edic. 5.ª Madrid (1949)]. Vid. CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* pp. 90-91. Argumento semejante se daba respecto de la demolición (*vid. «supra»* p. 16).

(70) RAMONI, J. *op. cit.* Dec. 38 folio n.º 136 n.º 27. TRISTANY, B. T. III *op. cit.* Dec. 19 n.º 6 folio n.º 408.

(71) PUIG FERRIOL, L. ROCA I TRIAS, E. «*Instituciones...*» (1992) p. 223. Del primer jurista en «*Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*» dir. Manuel Albaladejo en EDERSA (1987) T. XXX p. 14. DORIL CAMPOY, J.M. «El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán» RCDI 1995 pp. 1899 y ss.

de garantizar un derecho de crédito: el que ostenta el edificante respecto del dueño del suelo por los materiales empleados y los jornales de los operarios o el precio de las semillas. Se trata de una deuda de valor (72).

El derecho de retención, como actualmente se le conoce, aparece en el Derecho romano absorbido en la *exceptio doli*. Posteriormente reaparece en el *Ius Commune* diferenciado de todas aquellas medidas de defensa que se englobaban en dicha *exceptio* y empezará a denominarse *ius retentionis*.

En el *Ius civile* al propietario de los materiales no correspondía ninguna indemnización a excepción del supuesto, ciertamente singular, de que dichos materiales hubieran sido robados en cuyo caso se acordó la *actio de tigno iuncto* por el doble (73). Sin embargo, el pretor mitigando la rudeza del *Ius civile* considera con base en la equidad que al poseedor-edificante debe concedérsele contra el *dominus soli* la *exceptio doli* para que pueda reembolsarse de los gastos realizados en la cosa. Los gastos necesarios eran reembolsables al poseedor de buena y de mala fe y la *exceptio doli* se confiere para recuperar los gastos necesarios y útiles, no para los voluntarios, y en caso de gastos útiles sólo al poseedor de buena fe (74). En este período, la razón estriba en el equilibrio patrimonial que debe existir o debe intentarse hallar entre el propietario del suelo y el edificante/poseedor.

La *exceptio doli* se arbitraba mediante la *retentio* de la cosa: posibilidad de retener la cosa hasta que no se recuperaran los gastos realizados en la misma por parte del poseedor. Consistía, en este sentido, en un medio de defensa ante la reclamación del *dominus soli* (75). Con Justiniano la pretensión del edificante puede ejercitarse no sólo por vía de excepción sino también por vía de acción de suerte que puede obtener el reembolso de lo gastado con independencia de la posesión de la cosa. Se trata de un derecho de crédito cuya garantía es la *retentio* de la cosa la cual conlleva la posesión de la misma para hacerla efectiva. Se-

(72) BONET CORREA, J. «El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1977) ADC, 1978 p. 457; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.³ «Comentario del Código civil» (com. art. 453 Cc) p. 1220; DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. «La doctrina del enriquecimiento injustificado» (contestación al discurso leído el 14 de diciembre de 1987 por Luis Díez-Picazo y Ponce de León en el acto de su recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) p. 163, Madrid, 1987. Vid. la STS de 20 de mayo de 1977.

(73) BIONDI, B. «Istituzioni...» p. 246. Con posterioridad, el doble adquiere el carácter mixto de pena e indemnización (vid. al respecto BONFANTE, P. «Istituzioni...» p. 217).

(74) BIONDI, B. «Istituzioni...» p. 279.

(75) «...apparirà come l'unico mezzo processuale di affermazione e di tutela del credito da essa (retentio) generato» (NARDI, E. «Profilo evolutivo della ritenzione romana» RDC p. 750).

gún E. Nardi, la retención comportaba que, indirectamente, se reconociera un crédito en el *retentor*: «*l'emergere sempre piú netto della nozione d'un credito del retentor doveva prima o poi -con minore o maggior ritardo a seconda delle urgenze pratiche e delle resistenze opposte da vecchi antagonistici principii di ius civile- condurre alla concessione del mezzo principe per la sua tutela: un'actio ad hoc. Cosicché in definitiva possiamo dire che, in uno sviluppo normale, dalla retentio e sorto il credito e, mediatamente, attraverso il richiamo da questo esercitato, anche l'azione*» (76).

Este esquema se mantiene sustancialmente idéntico en el Derecho común y a él no son ajenos los clásicos catalanes. Conviene recordar que Marquilles, respecto del arrendatario, señalaba que podía recuperar las impensas necesarias y útiles mediante las «*doli exceptiones*» (77). Debe destacarse, no obstante, que algunos juristas del Medievo siguen anclados en la consideración de que la retención era el único medio de defenderse o de recuperar los gastos realizados y en esta dirección A. Vinnio afirmará que «*de ningún otro modo pueden deducirse las impensas hechas en cosas ajenas que por la retención oponiendo la excepción de dolo malo en caso que el dueño vindicara la cosa*» (78). En sede de Partidas también lo destaca Gregorio López si bien excepciona en dos casos el supuesto de que perdida la posesión de la cosa se carezca de medio para defenderse. El primero de ellos tiene lugar cuando fuese poseedor de buena fe y hubiese gastado para una obra nueva de la que tampoco habría podido prescindir el dueño. El segundo cuando los gastos fuesen hechos con intención de obligar a otro pues entonces podía recobrarlos por medio de la acción *negotiorum gestorum*, debiendo decirse lo mismo del poseedor de mala fe que haya hecho gastos útiles, pues si los ha verificado con la intención de obligar al dueño podrá repetirlos por medio de dicha acción en cuanto de ellos hubiese resultado utilidad del mismo al dueño (79). Otros autores de la época, sin embargo, consideran que no es sólo ésta la única vía para poder reclamar los gastos realizados, sino que cabe, al menos, otra que es me-

(76) NARDI, E. *op. cit.* pp. 750-751. En p. 752 afirma que «il diritto giustiniano, come tappa avanzata sulla via dell'estendimento dell'actio a tutte le fatispesie, lo è anche del correlativo processo di generale trasformazione della retentio in garanzia. *Pero è un innegabile vizio d'anticipazione d'un dato successivo e moderno definir la retentio giustiniana sempre e soltanto (...) quale forma di garanzia, laddove, a ben guardare al panorama dei casi, una simile qualifica non risulta rispondente che ad una parte di essi, e non alla maggiore.*»

(77) MARQUILLES, J. *op. cit.* folio n.º 397. CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 38-39: «...*tamen deducit, si res extat, per rei retentionem, iudicis officio...*» (también folio n.º 131 n.º 53). FONTANELLA, I. P. «*Sacri Regii...*» T. II (1645) Dec. 545 folio n.º 670 n.º 16.

(78) VINNIO, A. *op. cit.* p. 261.

(79) LÓPEZ, G. *op. cit.* glosa n.º 2 «ante entregar» a la Ley 44 Tít. 28 P. 3 folio n.º 393.

diante el ejercicio de una acción: *officio iudicis*. Afirma, pues, Ioannis Garsiae que «...*necessarias expensas, bonae fidei possessor semper deducit (...) idque non solum excipiendo de dolo et retinendo...sed noviora iure Codicis, actione quoque et petitione*» (80).

La retención es también el remedio jurídico del poseedor de buena fe en el Derecho histórico castellano. En el Código Alfonsino aparece, ambigüamente, el derecho de retención en la P. 3, 28, 44 respecto de los gastos denominados necesarios: «...e en tal caso como este dezimos, que aquel que las despensas fiziere, que sean menester de fazerlas, que las deue, e las puede cobrar, de mientras que fuere tenedor de la casa, o de la heredad en que las fizo, quien aya buena fe, quien mala, entendiendolo: *e manguer el señor de la casa, o de la heredad lo venciesse della en juyzio, non gela deue ante entregar, fasta quel de lo que dispendio en esta razon...*». Con posterioridad en la Ley 46 de las Leyes de Toro, Antonio Gómez considera también que el medio único para recuperar las impensas realizadas es la retención de la cosa «...quando se le pide particularmente por reivindicación...» (81).

Sin embargo, conviene apuntar, desde luego, que el derecho de retención estuvo ausente en la codificación francesa en materia de accesión. En el art. 555 Code no se arbitra esta garantía. La doctrina de la Exégesis consideró que, a pesar del silencio del mismo se podía admitir que el tercero poseedor ostentaba un derecho de retener el inmueble hasta que el propietario lo reembolsara de la cantidad que le debía (82). La mayor parte de la doctrina francesa acordó el

(80) «*Tractatus de expensis et meliorationibus*» Cap. I folio n.º 14 n.º 24. En el folio n.º 20 (n.º 1) insiste en la misma idea afirmando que el poseedor de buena fe goza, para recuperar las impensas necesarias del *officio iudicis possessori* (también en folio n.º 81 n.º 1). TRISTANY, B. T. II (1688) Dec. 41 n.º 37 folio n.º 242 «...*emptorem multoties rem retinere posse, quam petre non valeret, quia retentio licita regulariter est, et admittitur, licet non competat actio et exclusus à petenendo, non dicitur exclusus à retinendo*». Conviene destacar que el ámbito propio de la retención, en Derecho romano, fue el del procedimiento formulario en el cual se actuaba según los tipos de juicio: *iudicia bonae fidei, officio iudicis, juicios interdictales, en los juicios no de buena fe, doli mali exceptione opposita, arbitratu de restituendo* (voz «*Ritenzione (diritto romano)*» en NDI a cargo de NARDI, E. p. 167).

(81) GÓMEZ, A. *op. cit.* folio n.º 238 n.º 2.

(82) DEMOLOMBE, C. «*Cours de Code Napoléon*» T. IX «*Traité de la distinction des biens*» (de la propriété) T. I 4.^a edic. París, DURAND-L. HACHETTE et Cie (1870) p. 604 en donde destaca el origen consuetudinario del derecho de retención. Se consagró en Francia por el art. 97 de l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, art. 52 de l'Ordonnance de Moulins de 1566 y art. 9 Tit. XXVII de l'Ordonnance civile pour la réformation de la justice du mois d'avril 1667 (voz «*Ritenzione*» a cargo de E. Dezza en E. Dir. p. 1371). También en MARCADÉ, V. «*Explication théorique et pratique du Code civil*» T. II 7.^a edic. París (1873) p. 424; PLANIOL, M. RIPERT, G. «*Traité pratique de Droit Civil Français*» T. III «*Les biens*» para M. Picard París (1952) pp. 267 y ss.

derecho de retención al poseedor de buena fe excluyendo al de mala fe (83).

El derecho de retención en sede de accesión aparece en el Proyecto de Código civil de 1851 en el cual se introduce por vez primera en las tareas codificadoras (84).

En cambio, con anterioridad, en el Proyecto de Código civil de 1836 no existe, como sí en el vigente Cc, remisión alguna a las normas relativas a la posesión. No obstante, conviene destacar que entre los preceptos dedicados a la accesión se inserta uno que alude de forma expresa al poseedor de buena fe para referirse al edificante: mientras que los arts. 676-677 y 678 aluden, respectivamente, a la forma impersonal «si uno plantare...», «se hubiera edificado», «el que plantare o edificare» (85), el art. 680 se inicia mencionando «el poseedor de buena fe...» (86). Los dos preceptos restantes —el art. 681 y el art. 682— vuelven a emplear la forma impersonal (87). A mi entender, no obedece simplemente a un descuido del codificador, antes bien, teniendo en

(83) DEMOLOMBE, C. *op. cit.* p. 607 donde parece confundir el derecho de retención con la *exceptio non adimpleti contractus* lo cual aparece claramente en sus conclusiones al respecto; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. C. CHAUVEAU «*Traité théorique et pratique de Droit Civil*». Des Biens 3.^a edic. (1905) p. 253; AUBRY et RAU p. 357 los cuales afirman que no se trata de un verdadero derecho de retención. Sintomático es que POTHIER, R. J. no aluda a la retención respecto de la accesión y también guarde silencio F. LAURENT.

(84) Recuérdese el art. 432 del Proyecto «los útiles lo son al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención...».

(85) *Art. 676*: «Si uno plantare o edificare en finca ajena con semilla y materiales propios, y lo hiciere con buena fe, estará obligado el propietario del terreno a reintegrar al plantador o constructor el valor de los granos, semillas, o materiales y el de los jornales de los operarios o bien a pagarle una cantidad equivalente al aumento de valor que haya tenido la finca».

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

Art. 678: «El que plantare o edificare en terreno ajeno con mala fe, pierde lo plantado o edificado y no tiene derecho a indemnización alguna». [LASSO GAITE, F. «*Crónica de la Codificación Española*» Codificación civil del Ministerio de Justicia (1970) T. II V. II p. 188].

(86) *Art. 680*: «El poseedor de buena fe que edificare o plantare en heredad ajena, podrá exigir del que reivindicare ésta como verdadero dueño la indemnización de los gastos que hubiese hecho, deduciendo el valor de los frutos percibidos por el mismo» (LASSO GAITE, F. *op. cit.* p. 188).

(87) *Art. 681*: «Si las obras ejecutadas en finca ajena fueran de mero adorno o recreo, el que las ejecutó, si lo hubiere hecho con buena fe, podrá llevárselos, a menos que el dueño del edificio o heredad se preste a satisfacerle el valor de ellas; pero si las hubiere ejecutado de mala fe las perderá enteramente, quedando a beneficio del dueño de la casa o heredad».

Art. 682: «El que de buena fe hubiere ejecutado obras de gran consideración en finca ajena, de suerte que el valor de aquéllas supere al de ésta, se hará dueño de todo y sólo estará obligado a entregar al verdadero dueño el primitivo valor de la finca u otra igual a ésta» (LASSO GAITE, F. *op. cit.* p. 188).

cuenta cómo se planteó la cuestión en el Derecho histórico, se está considerando —quizá, de forma inconsciente— que el edificante, ..., es un poseedor y así se mantendrá en el Código civil vigente. Por su parte, el Proyecto de Código civil —presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882 por el Ministro de Gracia y Justicia D. Mariano Alonso Martínez— contiene la redacción definitiva que pasará al vigente Código. El actual art. 361 coincide con el art. 364 del Proyecto de 1882 y los vigentes arts. 453, 454 y 455 se corresponden, respectivamente, con los arts. 457, 458 y 459 del Proyecto (88).

Retornando al Derecho catalán, conviene señalar que la retención como medio jurídico para recuperar las impensas realizadas también se hallaba presente en el Usatge «*Si quis contradixerit*» y de ello da razón Socarrats, I: «*dominus pro expensis custodum, et pro redetibus castri receptis habet actionem ad illas petendas et retentionem castri...ubi habet quando datur actio vel retentio pro expensis*» (89).

5. OBRA NUEVA: MEJORA.

Recuérdese que J. Marquilles y J. Cáncer solían aludir, en su estudio del Usatge «*si quis in alieno*», a una obra nueva. Para poder referirse al fenómeno de la accesión el edificante debía construir una *obra nueva*. Parece, pues, que no es suficiente restaurar o rehacer un edificio ya existente. En este último supuesto no se está propiamente, ante el fenómeno de la accesión. Se trata, en cambio, de un dispendio necesario destinado a la conservación de la cosa en el sentido al que líneas más arriba hice referencia (90). Dicho gasto no da lugar a una mejora. La mejora supone un aumento de valor de la cosa en la (o sobre la) cual se realiza el gasto. Dicho aumento de valor se aviene con el concepto de gasto útil. Es éste el que da lugar a una mejora aunque no necesariamente sea la mejora consecuencia del llamado gasto útil —v. gr. mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo— (91).

Ahora bien, el concepto que se da de obra nueva es un concepto amplio. Se considera obra nueva toda edificación que se eleve sobre el suelo como también aquélla que consista en sobreelevar un edificio ya existente. En este sentido se contemplaba en el Derecho Castellano en la Ley I del Título XXXII de la Tercera Partida: «*Lavor nueva es toda obra que sea fecha, e ayuntada por cimiento nuevamente en suelo de tierra o que sea comenzada de nuevo sobre cimiento, o muro, o otro*

(88) LASSO GAITE, F. *op. cit.* p. 584 y 592 respectivamente.

(89) *Op. cit.* folio n.º 94 n.º 5. *Vid.* además, folio n.º 93 n.º 3 y folio n.º 98 n.º 18

(90) *Vid.* pp. 17-18 de este estudio.

(91) *Vid.* Nota n.º 50. Además, MANRESA NAVARRO, J. M.ª T. IV *op. cit.* p. 322.

edificio antiguo: por la qual labor se muda la forma, e la facion de como ante estava. E esto puede avenir labrando o edificando ome y mas, o sacando ende algunas cosas, porque este mudamiento aconzeca en aquella labor antigua...». El propio Código también se refería, en el Título XXVIII de la misma Partida, Ley XLI y Ley XLIV, a la obra nueva pero diferenciando según consistiera en elevar de nuevo un edificio (92), al que Gregorio López, en sus glosas, concibe como un gasto útil (93), y aquellas impensas que consistían en rehacer la obra ya existente (94). La distinción conllevaba efectos jurídicos diversos, como se ha cuidado de destacar Carrasco, al estudiar las Leyes XLI y XLIV de la Legislación real de Alfonso X: «a) Cuando se trata de una obra de “mejora”, el poseedor de mala fe tiene derecho al cobro de los gastos necesarios y a la retirada de los útiles. Pero ningún derecho goza el constructor de mala fe (L. 42), b) El constructor en terreno ajeno de buena fe cobra “todas las despensas”, mientras que el mejorante de buena fe sólo los gastos necesarios y útiles» (95).

Los autores catalanes no se alejan, en demasía, de la doctrina expuesta si bien no distinguen, como hace la Legislación regia, entre «labor nueva» y reparación de otra antigua. Se alude a la trilogía antes reseñada aplicando la expresión *melioratio* al gasto útil. *Melioratio* que consiste en una obra nueva (96).

Por su parte, las Leyes de Toro y, en concreto, aquélla a la que, constantemente vengo aludiendo (Ley XLVI) no concedía derecho alguno a los poseedores de los bienes de mayorazgo por las obras nuevas y reparaciones realizadas en los mismos. El alcance de dicha norma se intentó atemperar para el caso de que se edificara sin licencia del Rey y, en esta dirección, Antonio Gómez consideró que «la prohibición no rige respecto de reparaciones leves o porque el edificio amenace ruina o se le haya caído alguna parte...» (97). En la misma línea, Llamas y Molina afirma tajantemente que las obras a las que se aplicaba la Ley eran obras *nuevas y renovadas* (98).

La distinción trazada en sede de Partidas desaparece en la normativa posterior. Es el Proyecto de Código Civil de 1851 el que elimina, definitiva-

(92) «Heredades agenas compran, o ganen los omes a buena fe, e despues que las han compradas, fazen y de nuevo alguna cosa, assi como torre, o casa, o otro edificio, o si es heredad, plantan y a las vegadas arboles, o ponen majuelos, o fazen y otras cosas semejantes destas nuevamente, como en elo suyo...».

(93) «*Et sic loquitur ista lex in melioramentis quae siunt de novo*» (glosa n.º 3 «nuevamente» folio n.º 391).

(94) «Despensas fazen los omes en las casas, e en las heredades agenas que tienen, non faziendo y de nuevo alguna cosa, más refaziendo o endereçando los edificios en los lugares do es menester, o faziendo y algunas otras cosas, que son provechosas a la casa o a la heredad...».

(95) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 143.

(96) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 33-34.

(97) GÓMEZ, A. *op. cit.* folio n.º 244.

(98) LLAMAS Y MOLINA, S. *op. cit.* (Banchs Editor) Barcelona, 1974 folio n.º 380.

mente, la distinción al remitirse en materia de accesión (art. 404) al precepto correspondiente en el que se regulan las impensas posesorias (art. 432,2). Es menester destacar que la remisión operada por el Proyecto de 1851 se hace sólo a la solución normativa de los gastos útiles. Se concibe, por ende, a la edificación, siembra y plantación como mejora (99) y ésta será la concepción que la doctrina posterior a la publicación del Código Civil considere acertada para los arts. 358 y ss. del mismo (100). De hecho, ya con anterioridad al vigente Código civil, B. Gutiérrez escribía que los gastos invertidos «en obras hechas de nuevo no son necesarios» (101).

El codificador francés entendió que la normativa de la accesión era aplicable exclusivamente a las hipótesis de obra nueva excluyéndose, por tanto, las reparaciones, obras de conservación, etc... Estas últimas serían consideradas impensas necesarias que no suponen una mejora en el sentido que aquí se está considerando sino que se trata de gastos relativos a la conservación de un bien. Destaca Demolombe, C. que respecto a la naturaleza de los trabajos realizados debe tratarse de «...*constructions ou de plantations nouvelles, d'ouvrages nouveaux enfin, qui on été créés par le tiers possesseur*» (102), mientras que «...*quand les travaux sont de simple entretien, ou que ce sont des améliorations d'un ouvrage existant, nous ne sommes plus dans les termes de l'article 555...*» (103). La misma línea seguirá el codificador italiano

(99) Lo expuesto no significa que exista —reitero— una perfecta correspondencia entre el gasto realizado y la mejora efectivamente proporcionada a la cosa y ello lo recuerda F. GARCÍA GOYENA cuando en las concordancias del art. 432,2 cita, en primer lugar, la Ley 38, Tít. 1, Lib. 6 del Digesto: «en lo edificado suele suceder que los gastos esceden á la mejora ó utilidad real...» (*op. cit.* p. 382). En el mismo sentido, en época posterior dirá MANRESA NAVARRO, J. M.^a que «cosas distintas son el gasto y la utilidad que ese gasto puede proporcionar. Hay gastos que no producen mejora y, viceversa, mejoras que no reclaman gasto» (T. IV *op. cit.* p. 322).

(100) SCAEVOLA, Q. M. T. III *op. cit.* (por De Apelategui, P. 5.^a edic. Madrid, 1948) p. 464 se refiere a gasto útil como mejora; MANRESA NAVARRO, J. M.^a T. IV *op. cit.* pp. 322 y 330 «los efectos de los gastos útiles...se llaman mejoras. Son mejoras útiles las que aumentan el producto o causan verdadero provecho o beneficio».

(101) *Op. cit.* p. 93.

(102) DEMOLOMBE. C. *op. cit.* p. 609.

(103) LAURENT, F. «*Principes de Droit civil Français*» T. VI 3.^a edic. (1878) p. 351. Cuando se trata, por tanto, de trabajos no reglados por el art. 555 del Code «les rapports entre le propriétaire et le possesseur se règlent alors, non par la considération de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, mais para la nature des travaux: sont-ils nécessaires, tout possesseur a droit à une indemnité compète: sont-ils utiles, le propriétaire est tenu jusqu'à concurrence de ce dont il s'enrichit...». De otra parte, el criterio de distinción entre las simples «améliorations» y las obras sometidas al imperio del art. 555 Code es, según el mismo insigne autor, el de la retirada: «...l'article 555 porte que le propriétaire a le droit de retenir les constructions ou d'obliger le tiers à les enlever. Donc, quand il n'est pas possible d'enlever les ouvrages, la loi devient inapplicable...» (p. 352). *Vid.* en el mismo sentido, AUBRY et RAU «*Droit civil français*» 7.^a edic. par P. Esmein T. II (1961) pp. 358-359; H. L. y J. MAZEUD y CHABAS, F. «*Leçons de Droit civil*» T. II V. II 7.^a edic. par F. Chabas pp. 305 y 312; CARBONNIER, J. «*Droit civil*» T. III «Les biens» p. 335 Thémis (1956); PLANIOL, M.-RIPERT, G. *op. cit.* pp. 268 y ss.

de 1865 en el art. 450 de dicho cuerpo legal y así lo entendió la doctrina que se entretuvo en su análisis (104).

Por su parte, la doctrina española que más recientemente ha estudiado el tema considera que el tipo de gasto que contempla la normativa de la accesión es el útil y que se trata de una relación jurídico-mejoraticia (105) y entiendo que éste es el mismo supuesto de hecho que contempla el art. 278 Comp. 1984.

6. ADDENDA: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN TORNO AL USATGE «SI QUIS IN ALIENO»

El Tribunal Supremo se hizo eco en sus inicios de lo que ya parecía advertir la doctrina clásica —y, con posterioridad la moderna de forma unánime— acerca de la no aplicación del Usatge a supuestos en los que existía entre los contendientes una relación jurídica.

De las sentencias examinadas, la de *14 de junio de 1956*, es la que más relieve ostenta ya que no sólo se refiere al extremo antes aludido sino que incide en otros aspectos de la accesión. En concreto, respecto de la ausencia de relación jurídica para que sea aplicable la normativa de la accesión, advierte en el segundo considerando que «...en primer lugar el supuesto de hecho en que se apoya es distinto del contemplado en el caso presente, ya que al aludido Usatge, como los preceptos del Código Civil que se citan, presuponen que sea en suelo ajeno lo que se planta, siembra o edifica y que quienes ejerciten tales operaciones no tengan vínculo jurídico de cualquier otra clase con el predio en el que las realizan...» (106).

(104) PACIFICI-MAZZONI *op. cit.* p. 66.

(105) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 148; LÓPEZ VILAS, R. *op. cit.* pp. 1006-1007.

(106) En el mismo sentido, *vid.* STS de 8 de marzo de 1898, 28 de febrero de 1906, 9 de abril de 1949, 17 de diciembre de 1955, 1 de febrero de 1979 («...la accesión invertida nada tiene que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario, que vienen reguladas por su específica normativa...»), 1 de marzo de 1979, 27 de febrero de 1979, 20 de septiembre de 1989, 18 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990, 15 de abril de 1991, sentencia de la Sala 3.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona de 28 de julio de 1988. Sin embargo, *vid.* STS de 11 de junio de 1985, 17 de junio de 1985, 4 de julio de 1985 las cuales responden a un mismo supuesto de hecho con idéntico pronunciamiento jurisprudencial. Recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 1991 ha señalado «...no conteniéndose en las específicas normas rectoras de los arrendamientos rústicos disposición alguna acerca de la liquidación de los efectos de la relación arrendaticia en cuanto a las labores y plantíos existentes al tiempo de extinguirse el contrato, ni teniendo los arts. 1.600 y 1.604 y ss. LEC carácter de normas materiales, sino procesales, reguladoras de un procedimiento especial privilegiado para al reclamación de aquéllos, estos es de su equivalente, habrá necesariamente que acudir a los preceptos que el CC dedica a la accesión respecto a inmuebles...».

Los hechos que generaron el pleito fueron los siguientes: Mercedes N. D. (actora) celebró un contrato de compraventa en 16 de diciembre de 1939 con Ramón M. A. y Tiburcia A. M. en virtud del cual vendía a los segundos unos solares. El pago del precio se estableció de forma aplazada dejando los demandados de cumplir su obligación. Ante ello, la vendedora dedujo demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona solicitando que se declarara resuelto el contrato de compraventa y la devolución de los terrenos ocupados con opción de recobrar las sumas abonadas o elegir otro terreno por su importe. Por su parte, los demandados reconocieron el incumplimiento y reconvinieron solicitando que les fuesen abonados los gastos que importaban las mejoras realizadas en la finca durante el tiempo de su posesión, con derecho a retención del predio en tanto no se pagase la cantidad señalada (90.840,15.- pts.). La Sala de Instancia estimó la demanda declarando la resolución del contrato, con la opción anteriormente transcrita y ordenó que se desocuparan los terrenos dejándolos libres a disposición de la actora. Estimó asimismo la reconvenición condenando a la demandante a abonar a los demandados la cantidad de 17.500.- pts. como importe de los gastos realizados (únicos que se consideraron útiles), declarando conforme a lo pedido el derecho de los demandados a retener la finca en tanto no les fuese satisfecha dicha cantidad. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la confirmó. Se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por diversos motivos, de los que interesa el primero: infracción del Usatge «*Si quis in alieno*» y diversos preceptos del Cc relativos a la accesión.

El supuesto de hecho no es aquél genuino de existencia de una relación jurídica que no transmita el dominio del bien en cuestión. Se trata de una relación jurídica que, con posterioridad, se resuelve, lo cual no impide el pronunciamiento del Alto Tribunal acerca de cuál es el supuesto de hecho de la accesión, a lo que añade que en el caso de Autos la cosa que se mejora es propia: «... cosa muy diferente de la acaecida en el caso que ha dado origen al litigio actual en el que los demandados poseían como propios los terrenos consabidos, en virtud de contrato de compraventa perfeccionado y de comenzada consumación y por lo tanto no les son aplicables las citadas normas que consideran infringidas, sino las relativas a los efectos de la resolución de los contratos...». Sin embargo, pese a estas manifestaciones, considera a los demandados *poseedores de buena fe* y acertada la resolución de Instancia —confirmada por la Audiencia— de conceder la indemnización por las mejoras realizadas así como el derecho de retención.

Sin duda el fallo adoptado en este caso obedece a razones de justicia material. Parece abusivo no conceder la indemnización por las obras realizadas. Ahora bien:

i) podría haberse aplicado el art. 1122 en relación con los arts. 487-488 Cc o el principio general de interdicción del enriquecimiento injusto.

ii) se incurre en contradicción al afirmar la no aplicación de las normas de la accesión y, en cambio, conceder el derecho de retención (recuérdese el tenor literal del Usatge que comento);

iii) ¿cuál es el concepto de buena fe que parece sustentar el Alto Tribunal? Desde luego no el que debe tenerse en cuenta en materia de accesión y al que en líneas sucesivas me referiré. Tampoco el del art. 433 Cc. Parece por el contrario que se vislumbra la noción del principio general de la buena fe y la no defraudación de las expectativas o confianza generada acerca del cobro de los gastos realizados (107).

De otro lado, considero correcto que se diferencie entre gastos necesarios, útiles y de puro lujo (o de mero recreo) a los efectos de aplicar el Usatge «*Si quis in alieno*». En este sentido, de todas las obras llevadas a cabo el Juzgador de Instancia, en méritos de la apreciación de la prueba, considera reembolsables sólo aquéllas que pudieran calificarse como *útiles* y así lo reitera el Tribunal Supremo en su segundo Considerando ya que el Usatge como el art. 278 Comp. —como después se dirá— regulan un supuesto de mejora/gasto útil.

De otro lado, la STS de 4 de marzo de 1892 aborda, en relación con el Usatge «*Si quis in alieno*», un extremo que en la tercera Parte de este estudio relataré. Se refiere a los conceptos retribuibiles al edificante de buena fe respecto de los cuales entiende que «*la indemnización debida al poseedor de buena fe que edificando de nuevo o de cualquier otro modo mejorase la finca ajena, no está determinada por el coste de la obra, sino en tanto en cuanto siendo la misma obra necesaria o útil, se conserve sin menoscabo y exista al tiempo de entrar el verdadero dueño en su posesión, porque de otra suerte podría enriquecerse aquél indebidamente en perjuicio de éste...*».

II. LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL ART. 278 COMP.

Expuesta la doctrina del *Ius Commune* en torno al Usatge «*Si quis in alieno*», es menester referirse a los Anteproyectos y Proyectos de

(107) En cambio, en la STS de 1 de octubre de 1874 en cuyo recurso de casación se alegaba dicho Usatge, el Alto Tribunal sostenía un concepto de buena fe que se corresponde con lo señalado en el texto acerca de este extremo: «*Considerando que D. Bartolomé Soler por haber recibido, siendo nombrado Dean, la casa sita en la calle de las Chimeneas, no pudo creer que era suya, ni que era inquilino, sino que la tenía y le correspondía por la dignidad que ejercía y mientras la conservara, sin poder transmitir el derecho a sus herederos*». En el tercer considerando añade que «*por no haber sido el Dean D. Bartolomé poseedor en la creencia de dueño ni inquilino ó arrendatario, no tienen recta aplicación al caso la Constitución 1.^a, Tít. 1.^o, libro 9.^o de las de Cataluña, ni las leyes 41 y 44 del Tít. 28, Partida 3.^a, referentes á los que edifican ó reconstruyeren de buena fe...*».

Apéndice de Derecho catalán al Código civil y al Anteproyecto y Proyecto de Compilación, para llegar a la redacción definitiva del art. 278 Comp. 1984. Quizá lo más destacable de este epígrafe sea la constatación de que la accesión se regula dentro de la institución jurídica de la posesión y, por tanto, sin alejarse de la regulación contenida en el Código civil, se estudian los derechos del edificante-propietario del suelo como *liquidación de estados posesorios* y, tal vez, ello sea más patente en la Compilación catalana que en el Código Civil pues como ha destacado Carrasco «este art., encabezado por el título de “Accesión”, formula una norma idéntica no al art. 361 CC, sino al 453...» (108).

Dígame, desde ya, que seguiré el orden cronológico de existencia de los Anteproyectos y Proyectos de Apéndice y sólo haré referencia a aquéllos que sean relevantes para la investigación que he propuesto.

En este orden de ideas, debe tomarse como punto de partida el *Proyecto de Apéndice elaborado por Durán y Bas* y su Memoria al respecto. En el Proyecto de Apéndice, la accesión ocupa un solo artículo, es el artículo CXXXVI —precepto que ha pasado casi literalmente al art. 278 Comp.— cuyo tenor es el que sigue:

«el que con buena fe ha edificado en solar ajeno con materiales propios, o ha sembrado en suelo ajeno o desmontado un bosque infructífero que también lo sea, puede retener la edificación o plantación hasta que por el dueño se le reintegre el precio de los materiales y semillas y el importe de los jornales de los operarios. Si ha obrado de mala fe lo pierde todo a favor del dueño» (109).

Debe destacarse que el precepto se inserta en la reglamentación dedicada a la posesión y, en concreto, es el último precepto de la misma. Tras regular el fenómeno de la posesión, se hacía referencia a la accesión que, a su vez, iba seguida de la normativa acerca de las relaciones de vecindad. Se atisba, por un lado, que se liquidan estados posesorios y, por otro, todos los artículos tratan de solventar conflictos de intereses semejantes o paralelos.

Ningún comentario, en especial, dedica Durán y Bas a la accesión, salvo destacar, como hace toda la doctrina, el precedente remoto del actual art. 278 Comp. —el Usatge «*Si quis in alieno*»—, así como un precepto de las *Costums de Tortosa* que hacía referencia a la ocupación de las tierras yermas.

Destaca, Durán y Bas la corta distancia que media entre la Legislación castellana y el Derecho municipal insertando estas alusiones dentro del marco más general del derecho de propiedad y del derecho

(108) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 128.

(109) DURÁN Y BAS, M. «*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*» Barcelona (Imprenta de La Casa de Caridad, 1883) p. 337.

de cosas (110), lo cual no es ajeno a la doctrina de la época que considera la accesión como una extensión del dominio, una de las facultades inherentes al mismo (111).

El *Anteproyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código Civil elaborado por Almeda i Trías* no contenía ninguna referencia al derecho de accesión. Sólo el Libro III regulaba «De la ocupación» en los arts. 54 a 58 (112).

Por su parte, el *Anteproyecto de Apéndice redactado por Romaní i Puigdemogolas y Trías i Giró* se limita a remitirse a los arts. 349 a 429 del Código civil. El art. 268 de dicho Anteproyecto dice así:

«Son aplicables a Cataluña los artículos 349 a 429, 610 a 615 y 617 del Código civil».

En cambio, en el *Proyecto de Apéndice de Permanyer i Ayats* (113) se dedica el Capítulo II al «Derecho de accesión» que se inserta en el Título II —«De la propiedad»— y, en concreto, en la Sección II cuyo encabezamiento reza «Del derecho de accesión respecto de los bienes inmuebles» (arts. 390 y ss.). Deben hacerse al respecto dos precisiones:

- i) se estudia la accesión en sede de derecho de propiedad;
- ii) la regulación de la misma es, por lo que respecta al tema que aquí trato, idéntica a la del Código civil. Así, el art. 393 del Proyecto de Apéndice se corresponde con el art. 361 Cc, el art. 394 Proyecto con el art. 362 Cc y el art. 395 con el art. 363 Cc.

El art. 135 del *Proyecto de Apéndice de 1930* (revisado en 1931) reguló el derecho de accesión —Título V «De las cosas y de los derechos

(110) En concreto, es la Parte IV «De los Derechos reales», Cap. I «De las cosas y de los derechos reales en general» (*op. cit.* p. 97).

(111) SÁNCHEZ ROMÁN, F. así lo definía: «La accesión que fue pensada por los romanos como un modo de adquirir el dominio, es considerada posteriormente como una extensión del derecho de propiedad: es un aumento de las facultades dominicales, toda vez que se aumentan o extienden la materia sobre que ella se ejerce» (T. III *op. cit.* p. 88). Además, *vid. notas n.º 15-16*. la doctrina catalana del S. XIX y principios de la presente centuria considerará, también, en el mismo sentido a la accesión (PELLA y FORGAS *op. cit.* p. 70; BROCA y AMELL *op. cit.* p. 4; CORBELLÀ, A. «Manual de Derecho catalán» Reus (1906) p. 389; BORRELL y SOLER, A. M. «Derecho civil vigente en Cataluña» 2.^a edic. Barcelona p. 73; ELÍAS, A. y FERRATER, E. «Manual de Derecho civil vigente en Cataluña» 3.^a edic. (1885) p. 233).

(112) ALMEDA, J. y TRÍAS I DOMÉNECH, M. «Anteproyecto de Apéndice del Derecho Catalán al Código Civil» Imp. Casa Provincial de Caridad (publicado sin fecha).

(113) PERMANYER I AYATS, J. J. «Proyecto de Apéndice al Código Civil» Barcelona. Imprenta de la Casa Provincial de Caridad (1915).

en ellas»— (114), precepto que pasará a ser el art. 135 del *Anteproyecto de Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* (115) que se hallará inserta en el título I dedicado a «De la posesión y de la accesión» del Libro II —«De las cosas y de los derechos reales»—. Nótese que se regula conjuntamente con la posesión.

El *Proyecto de Compilación* contenía un precepto relativo a la accesión —parecido al del art. 135 del Anteproyecto— cuyo tenor literal permanecerá hasta llegar al actual art. 278 Comp. El art. 164 explicitaba que:

«el que con buena fe edificare en solar ajeno con materiales propios. o sembrare, plantare o roturare en suelo o bosque infructíferos también ajenos, podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales invertidos, según declaración de su importe por el que pretenda la retención. sin perjuicio de su comprobación posterior. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe, lo perderá en favor del dueño de la finca» (116).

Puede observarse, pues, que en definitiva los distintos textos legales se mantienen sustancialmente en la línea del Usatge «*Si quis in alieno*» que como señalará Durán y Bas es la única o una de las escasas diferencias entre el Derecho de Castilla y el Derecho Catalán (117).

(114) Art. 135: «El que con buena fe ha edificado en solar ajeno con materiales propios. o ha sembrado o plantado en suelo ajeno o desmontado un bosque infructífero que también lo sea, puede retener la edificación o plantación hasta que por el dueño se le reintegre el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios, mediante declaración de su importe. o que se consigne judicialmente este porte, sin perjuicio de su comprobación posterior. Lo pierde todo a favor del dueño el que, al edificar, sembrar, plantar o desmontar el bosque, haya obrado de mala fe» (Fuente: «*Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil*» 1931 (Proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente jurista Don Manuel Durán y Bas, Revisado y completado por la actual Comisión. constituida de acuerdo con el R. D. de 24 de abril de 1989).

(115) Fuente: «*Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*» (Barcelona, 1953).

(116) Fuente: «*Proyecto de Compilación del Derecho civil Especial de Cataluña*» (formado con arreglo a lo dispuesto en el art. 6.º de la Ley de Bases del Código Civil y en el Decreto de 23 de mayo de 1947, por la Comisión de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones de Derecho Foral de Cataluña nombrada por Orden del Ministerio de Justicia de 10 de febrero de 1948) Ed. Ariel Barcelona.

(117) Y añade «...siendo ligeras las variantes que según el derecho de Castilla y el especial de Cataluña existen respecto á la organización del dominio. —pues no son esenciales las que presenta aquel derecho respecto al romano de donde están casi en su totalidad tomadas sus disposiciones, y las diferencias, p. ej., sobre el hallazgo del tesoro y algunas otras no son de tal índole que recíprocamente se repugnen—, es evidente que ó pueden convertirse en derecho común los preceptos del romano si tienen más valor jurídico que los del de Castilla por ser más conformes á justicia y á la naturaleza de la institución, ó hacerse comunes los de la legislación castellana» (*op. cit.* p. 105).

Los distintos Anteproyectos de Apéndice, así como la Compilación, no se alejan en demasía de su remoto precedente tratado *supra* (sub I). De otro lado, vuelve a ponerse de relieve que la accesión y toda la cuestión de los conceptos que son reembolsables para el edificante, cultivador, etc. ... se estudia en sede de impensas posesorias. De ahí, precisamente, que los autores clásicos analicen la accesión en dicha sede.

Finalmente, sólo destacar que el derecho de accesión en la Compilación catalana, dado el engarce directo con el Usatge en cuestión, está regulado en un solo precepto. Obvio es señalarlo. Sin embargo, a pesar de la obviedad conviene destacarlo para, seguidamente, afirmar la parca normativa en esta materia y su insuficiencia para regular las situaciones que acontecen en la realidad social. En este sentido, es menester una nueva regulación que aborde cuestiones relacionadas con la accesión o, cuando menos, ofrecer soluciones normativas a los potenciales conflictos de intereses.

III. LA ACCESIÓN INDUSTRIAL EN EL DERECHO CATALÁN. *Análisis del artículo 278 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña*

En esta sede va a analizarse la *species facti* del art. 278 Comp. teniendo en cuenta no sólo las opiniones de los autores clásicos catalanes, que, por lo demás, no se apartan de los restantes juristas del Derecho Común, sino también la doctrina jurisprudencial al respecto elaborada por el Tribunal Supremo y la escasa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Escasez debida, como se conoce, a la corta «vida» del mismo.

1. EL DERECHO DE ACCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR PREVIO PAGO DEL IMPORTE DE LOS MATERIALES, SEMILLAS Y JORNALOS DE LOS OPERARIOS

Conviene iniciarse con una lectura del artículo 278 Comp.:

«el que con buena fe haya edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno, podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas o de los jornales de los operarios, en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe, perderá en favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo».

Escribían Faus y Condomines, cuando contaba pocos años de vida la Compilación de Derecho civil de Cataluña que el precepto, cuyo comentario me ocupa, divergía del artículo 361 del Código civil. «Bastaría recordar que este último precepto formula una declaración de

derechos a favor del dueño del terreno, con una opción; mientras el precepto que examinamos (*se refiere al art. 278 Comp.*) regula el caso partiendo de los derechos del que ha edificado...» (118). Además, añaden que el edificante,... gozaba «...de un amplio derecho de retención para el caso de que no se le satisfaga, pagando, afianzando o consignando judicialmente». La medida de aseguramiento prevista en el art. 278 Comp. ha sido un elemento de primer orden para que la moderna doctrina catalana considerara que en el Derecho catalán la accesión es un modo de adquisición de la propiedad «*ipso iure*». Se dice que de ahí precisamente el derecho de retención, retención sobre cosa ajena, dado que el dominio ha pasado al *dominus soli*. Se añade, por otra parte, que de la propia literalidad del art. 278 Comp. se deduce el carácter automático pues el precepto se refiere a la retención de la edificación, plantación o cultivo. En pro de ello cabe argüir que el art. 358 y el art. 359 Cc recogen el principio *superficies solo cedit* (119). El tenor literal del art. 278 Comp., ciertamente, parece abogar en pro de la automaticidad de la accesión como modo de adquirir la propiedad. Sin embargo, no es menos cierto que el inciso final del propio precepto estatuye que en caso de que el edificante sea de mala fe pierde la edificación, plantación o cultivo («...*el que al edificar, sembrar, plantar o roturar haya obrado de mala fe, perderá en favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo...*»). La pregunta que puede suscitarse es la siguiente,

(118) F. DE A. CONDOMINES VALLS-R. FAUS ESTEVE «*Derecho civil especial de Cataluña*» Barcelona (1960) p. 321. Palabras que hace suyas CUSÍ ESCOFET, W. en el comentario a la STS de 30 de mayo de 1969 en «*Accesión industrial-Derecho de retención*» publicado en la obra «*El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*» T. VII (1969) p. 87.

(119) PUIG FERRIOL, L. «*Comentario al art. 278 Comp.*» T. XXX cit. p. 14 «Por tanto, en este caso, y no obstante la buena fe del edificante o cultivador, juega el principio de accesión en beneficio del propietario del suelo conforme al artículo 359 del Código Civil, o sea, que la edificación, plantación, siembra o roturación pertenecen al propietario del suelo. Pero, como contrapartida, el artículo impone a dicho propietario el deber de indemnizar al que edificó, plantó, sembró o roturó el importe de los materiales, semillas, plantas o jornales empleados, *de suerte que aquí puede presentarse la duda de si el propietario de la finca adquiere por accesión estas incorporaciones desde que se produjeron, o únicamente a partir del momento en que hace efectivo el deber de indemnizar que le impone el precepto. Creo debe acogerse la primera de estas posibles soluciones, no sólo porque así se deriva de la declaración general del artículo 358 del Código civil, que como se sabe, establece la accesión a favor del dueño del suelo de todo lo edificado, sembrado o plantado en él; sino también porque el referido artículo 278 de la Compilación otorga en este caso al constructor, o al que sembró, plantó o roturó el derecho de retención, que por su propia naturaleza implica que el titular de este derecho no es propietario de la cosa objeto de la retención. Por consiguiente, en estos casos de accesión ex artículo 278 el propietario del suelo adquiere, por accesión, y desde el momento en que se producen, todas las edificaciones, plantaciones o siembras que se asientan sobre la finca de su propiedad; pero la posesión de lo construido, sembrado, plantado o roturado no la tiene, caso de que el edificante haga valer el derecho de retención...*».

¿qué pierde? ¿la propiedad o la posesión? La respuesta que se impone, de acuerdo con la tesis anteriormente destacada, es que se pierde la posesión de la obra, plantación, etc. ... dado que el dominio desde el momento de la incorporación pasó al propietario del suelo. Este posicionamiento parece acoger la teoría que, en su momento, defendió R. M.^a Roca Sastre según el cual y en referencia al art. 361 Cc «el desplazamiento de la propiedad de lo edificado en terreno ajeno, por un tercero de buena fe, a favor del *dominus soli* se produce automáticamente, *ipso iure*, sin que sea requisito indispensable esperar a que se satisfaga la indemnización ni se ejercite la opción que a favor del dueño del predio en que se ha edificado señala el art. 361 y que de no ser así, no tendría razón de existir el derecho de retención a favor del que ha edificado en terreno ajeno» (120). En conclusión, por tanto, resultaría cierto que lo que se pierde es la posesión.

No obstante, en mi sentir, esta teoría puede ser cuestionable. *Prima facie* parece cierto que se retiene la edificación, plantación, cultivo, siembra.... Es más, el Usatge «*Si quis in alieno*» así lo precisaba: «...poras retenir la casa», «de aquell sie la casa de qui sera lo sol». Ahora bien, la misma norma establecía la donación de la edificación en caso de que el edificante fuera de mala fe. Por tanto, no existía hasta ese momento transmisión de la propiedad.

De otra parte, también se ha aducido que la tesis del Profesor Roca Sastre halla corroboración en las fuentes clásicas. En concreto, en el párrafo 30 Título I Libro II de las Instituciones de Gayo (121). Se recordará que en el estudio histórico precedente se señalaba que en Derecho romano la accesión contaba, entre sus posibles acepciones, con la de ser un modo de adquisición de la propiedad. Sin embargo, también se destacaba que el fenómeno de la accesión no dejaba de ser peculiar por cuanto el dueño de los materiales no perdía el dominio de los mismos, si bien el *dominus soli* adquiriría la propiedad del total edificio. El dominio se mantenía latente —en expresión de los estudiosos del Derecho romano— de suerte que si el edificio se destruía, el dueño de los materiales podía reivindicarlos: renacía, pues, su derecho de propiedad (122). Esta situación se transmite al Derecho Intermedio (123). Dado este especial mecanismo de adquisición de la propiedad, en mi opinión, no es demasiado sólido el fundamento de la adquisición automática del derecho de propiedad mediante la accesión, con base en el argumento histórico.

(120) ROCA SASTRE, R. M.^a «*Ensayo sobre el derecho de superficie*» RCDI (1961) pp. 26-27.

(121) Así lo ha señalado, CUSÍ ESCOFET, W. *op. cit.* p. 91.

(122) *Vide supra* nota n.^o 63.

(123) VINNIO, A. *op. cit.* p. 261.

Finalmente, si se considera que lo que pierde el edificante de mala fe es la posesión, deberá entenderse que la edificación de mala fe en suelo ajeno es causa de pérdida de la posesión. Ahora bien, en el art. 460 Cc en el cual, como se sabe, se prevén las causas de pérdida de la posesión, no se alude como posible causa de pérdida de la posesión a la edificación en suelo ajeno de mala fe. De otro lado, la doctrina ha considerado que el elenco contenido en el artículo 460 Cc es *numerus clausus* (124). Por tanto, desde el tenor del Código civil surgen dudas acerca de la interpretación que combato. En esta dirección cabría plantearse la posibilidad de que, tal como acontece en el art. 361 Cc, el dominio del edificio,... no se adquiere hasta que se haya realizado el pago de los conceptos que detalla el art. 278 Comp. (125). A esta tesis cabe oponer un obstáculo: el derecho de retención aparece concebido en función de una cosa ajena en la cual se han llevado a cabo gastos o por razón de la cual se han sufrido una serie de perjuicios. Con la interpretación que aquí se propone, resultaría que el edificante retendría una cosa propia lo cual es un imposible jurídico. De hecho, el inconveniente es tan sólo aparente ya que, en realidad, el edificante retiene el suelo sobre el que ha edificado, cultivado, plantado o roturado y del cual ostenta la posesión necesaria para llevar a cabo la construcción o plantación (126). Luego, por tanto, el derecho de retención se verifica en cosa ajena: *el suelo es, por hipótesis, ajeno*. Ahora bien, ello no debe llevar a que la retención sea del total de la finca, sino de la parte sobre la cual se edificó, roturó, sembró o plantó.

(124) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «Fundamentos...» T. II p. 530 entiende que, quizá, el único supuesto que no quedaría comprendido estrictamente en el elenco del art. 460 Cc sería el caso de atribución judicial de la posesión a un persona distinta del poseedor actual.

(125) La *sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 18 de octubre de 1971* así parece entenderlo. Por su parte la *SSTJ de Cataluña de 25 de abril de 1992*, alude, con cierta confusión de conceptos, a compra en caso de pago de los jornales de los operarios y precio de semillas y materiales, lo que postula en favor de la tesis defendida en el texto pues, implícitamente, no parece pensarse en una adquisición automática (Fto. de Derecho 4.^o en La Llei T. 1992-2 p. 19). De forma parecida DÍEZ-PICAZO consideraba que la indemnización a la que se refiere el art. 361 Cc «*opera como contraprestación de la adquisición de lo edificado y por este carácter de contraprestación que la indemnización tiene, se produce un sinalagma funcional: el pago del previo debe ser precio o, por lo menos, simultáneo a la adquisición*» («Estudios de jurisprudencia civil» T. II p. 269 en el Coment. A la STS de 2 de enero de 1928).

(126) En esta dirección, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A. «*Sistema de Derecho civil*» T. III (1990) p. 183 «por eso debe recaer sobre la posesión del terreno ocupado, lo que carece de sentido dado que ya es poseedor necesariamente porque forma un todo con lo edificado, plantado o sembrado. En suma, el derecho de retención en el juego del artículo 361 carece de justificación plausible». No convengo con la afirmación transcrita ya que precisamente para poder ejercitar el derecho de retención debe ser poseedor. El problema estriba, a mi modo de ver, en desvincular los presupuestos del derecho de retención del supuesto de hecho de la accesión: para comprender la justificación del derecho de retención como garantía en la accesión debe tenerse presente la base fáctica de aquél, es decir, la tenencia material o posesión del bien que se retiene así como su carácter.

Cuando el constructor es de mala fe pierde la propiedad de la edificación y no ostenta el derecho de retención sobre la finca ajena porque no se da el supuesto de hecho para que nazca tal garantía. La buena/mala fe integra el supuesto de hecho de las soluciones normativas en materia de accesión y, además, la buena fe es uno de los requisitos exigidos para que se goce de la medida de aseguramiento que representa el *ius retentionis*. De ahí, precisamente, la literalidad del inciso final del art. 278 Comp. que, en este sentido, es equivalente al tenor literal del art. 362 Cc («*el que edifica, planta o siembra de mala fe, en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización*»).

Como se conoce, la doctrina en general ha sostenido la misma teoría para el artículo del Código civil. Se considera que no se da una adquisición *ipso iure* sino que se condiciona al previo ejercicio de la opción prevista en el art. 361 en relación con los arts. 453 y 454 Cc (127). La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta cuestión y a pesar de que, en un primer momento, se encuentran fallos que parecen acoger la tesis de la adquisición automática del dominio —*SSTS de 8 de julio de 1897 y 21 de mayo de 1928* (128)— posteriormente, con mejor criterio, ha entendido que la doctrina jurisprudencial debe orientarse de acuerdo con la doctrina científica dominante emanada en torno a la in-

(127) Una rigurosa exposición de las distintas teorías en CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* pp. 217 y ss. *Vid.* DE ANGEL YAGÜEZ, R. *op. cit.* p. 482 y ss; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Estudios de jurisprudencia civil*» T. II p. 269; ALONSO PÉREZ, M. en EDERSA T. V V. I (1990) *op. cit.* pp. 370 y ss.; LÓPEZ VILAS, R. *op. cit.* p. 1015.

(128) La *STS de 21 de mayo de 1928* que, por regla general, la doctrina se ha cuidado de destacar como una de la primigenias que mantenían la adquisición automática de la propiedad de la edificación, siembra, plantación por el *dominus soli*, es sin embargo, confusa. Se dice en su tercer considerando que «aun admitiendo como un error la cita que se hace en el segundo motivo del recurso del artículo 361 del Código de Comercio y estimando que ha querido invocarse el mismo artículo del CC, es notorio que su aplicación ha sido acertada, porque, reconocido por la sentencia recurrida, y consentida esa declaración por el recurrente, que la finca era propiedad de don Sebastián Henríquez y Henríquez, hoy de su viuda doña María Manuela Navarro y Navarro, tiene igualmente que admitirse que las obras ejecutadas en la gañanía y en el estanque, y sobre todo en la ampliación del terreno de éste, son accesiones que se han verificado y que deben regirse por lo dispuesto en el artículo 361, el cual guarda íntima relación con el 453, dada la referencia que al mismo hace, y no excluye el derecho del que verificó la accesión de buena fe para retener en su caso la cosa en la cual se ejecutó la accesión hasta que se le abone o indemnice el valor de la misma, pues al fin y al cabo en ambos casos existe la posesión del bien en que se realizó la mejora...». El abono del valor es ¿de la accesión misma o de la cosa en la cual se ejecutó la accesión? Si es el valor de esta última, parece obvio que no se refiere a la edificación, plantación, siembra, etc... sino al terreno que es en el que se verifica la accesión y ello resulta incompatible con la adquisición automática. Sin embargo, posteriormente aduce que «...no hay razón alguna para negar la retención, si no se indemniza al que ejecutó las mejoras».

interpretación del art. 361 Cc. En esta dirección, se afirma en la STS de 31 de diciembre de 1987 que «Primera. La doctrina jurídica dominante emanada en torno a la interpretación del precepto del art. 361 del Código civil, viene sosteniendo de manera uniforme que esta disposición legal, no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a quien simplemente se concede un derecho potestativo consistente en optar «por hacer suya la obra» o, contrariamente, por «obligar al constructor a la adquisición del terreno». Ahora bien este derecho potestativo o de configuración jurídica, que supone una facultad de decidir conlleva necesarias contraposiciones. Y así, en el supuesto de que el dueño del terreno opte por hacer suya la obra, deberá indemnizar de una manera previa, o cuando menos simultánea, evitando con ello un enriquecimiento injusto por su parte y sin que, hasta que la indemnización se haya producido, pueda el propietario del suelo ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con relación a las construcciones levantadas sobre su terreno. Segunda. Que en análogo sentido se oriente la doctrina jurisprudencial de esta Sala recaída en torno a los citados preceptos, al declarar: A) Que el acto de edificar en terreno ajeno puede revestir las siguientes modalidades: a) con plena conciencia por parte del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización, si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor; siguiendo, por tanto, el principio «superficies solo cedit» (art. 362 y 363 del Código Civil); b) en la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en derecho y en este específico caso también el dueño del solar tiene la facultad jurídica de hacer suya la obra, pero con la indemnización al constructor ésta decide a favor del poseedor de buena fe vencido en juicio, si no prefiere obligarle a pagar el precio de la finca ocupada (art. 361, relacionado con el 453 y 454 del propio Cuerpo legal). B) Que la mera lectura del art. 361 del Código civil pone de manifiesto que en él se reconoce al que edificó de buena fe el derecho a ser indemnizado a lo que ha de unirse la acción que puede ejercitar; y sobre cuyo cumplimiento, en su caso, puede optar en derecho al ser interpelado, haciendo uso del derecho de opción que el artículo le concede, mas no de forma subrepticia, sino en el momento procesal en el que se invoca la aplicación de dicho art. 361. C) Que si bien es cierto que el art. 353 del Código Civil preceptúa que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos produzcan o se les una o incorpore natural o artificialmente, no lo es menos que conforme al art. 358, un derecho se regula, cuando se trata de bienes inmuebles por los artículos 453 y 454, o a obligar al que edificó o sembró a pagarle el precio del terreno, lo cual interpretado no sólo en su sentido literal sino en el sentido que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código, puesto que la «res

nova» que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada sin más y por la sola constancia de lo edificado un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el art. 361, y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado que al dueño del terreno sobre el que se edificó...». El giro jurisprudencial se inicia con la STS de 2 de enero de 1928, 4 de julio de 1928, 23 de marzo de 1943 y 18 de marzo de 1948, a la que siguen las SSTS de 17 de diciembre de 1957, 2 de diciembre de 1960, 17 de junio de 1961, 24 de enero de 1986 y 17 de febrero de 1992, entre otras. Obsérvese que de acuerdo con esta corriente doctrinal y jurisprudencial, el Tribunal Supremo entiende que el propietario del suelo no puede ejercitar la acción reivindicatoria de lo incorporado (pues previamente debe decidirse por alguno de los miembros de la opción prevista en el art. 361 Cc) como también le está vedada al edificante.

Por su parte, la doctrina más moderna, que se ha dedicado al tema, considera que, de hecho, los preceptos del Código civil contemplan toda una serie de acciones a favor del propietario del suelo «entre las cuales se encuentra la de la posibilidad para el propietario de hacer suya la construcción levantada en su suelo» (129). Es una decisión que corresponde tomar al *dominus soli*. No en vano el Cc regula la accesión tomando por norte los derechos de aquél. En la Compilación catalana, como he señalado al hilo de las palabras de Faus y Condomines, se adopta el punto de vista del edificante, lo cual a mi modo de ver no es óbice para considerar que el edificante mantiene la propiedad del edificio si del mismo es predicable la buena fe, hasta que no se le satisfaga el precio de los materiales o semillas y los jornales de los operarios. Pese a ello, no es descartable que la literalidad del art. 278 Comp., en concreto en su inciso final sea explicable con base en el trasvase de textos. Es decir, motivado por la abrogación de la presunción de donación que se contenía en el Usatge «*Si quis in alieno*» y que para el Derecho del Código se cuidó de eliminar el Proyecto isabelino de 1851.

Quizá el estudioso del Derecho y, en concreto, el del Derecho civil se pregunte qué sentido tiene la disquisición teórica ofrecida. En mi opinión, la misma tiene unos efectos jurídicos de orden práctico innegables. La decantación por una u otra posibilidad —adquisición *ipso iure* de la propiedad o condicionada al previo pago de la indemnización— condiciona las soluciones que se pueden dar a las diferentes situaciones que se presentan: si se diferencia entre gastos necesarios,

(129) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 239 donde contundentemente afirma «Es, por tanto, un conjunto de acciones, no un particular modo de adquirir con consistencia autónoma».

útiles y de puro lujo (o de mero recreo), como creo debe hacerse, deberán determinarse las soluciones normativas en cada uno de estos supuestos y para los cuales guarda silencio el art. 278 Comp., trasunto del Usatge «*Si quis in alieno*», y para adoptar dichas soluciones es menester detenerse en la accesión como modo de adquirir *ipso iure* o condicionado al previo pago de los conceptos detallados en el precepto en cuestión.

2. EL ART. 278 COMP. ES UN SUPUESTO DE MEJORA-GASTO ÚTIL. SOLUCIONES NORMATIVAS.

Como destacué en la primera parte de este trabajo, el art. 278 Comp. no distingue entre gastos necesarios, útiles, y de puro lujo o de mero recreo. En cambio, la tricotomía fue reiterada y estuvo presente en el estudio que hicieron los clásicos catalanes de la accesión y del Usatge en cuestión.

Se recordará que los gastos necesarios eran abonables a todo poseedor, ora de buena ora de mala fe (130). Si esto era y es así, se convenirá en que el supuesto de hecho del art. 278 Comp. no puede referirse a este tipo de gastos. De hecho, de la propia literalidad del precepto se desprende la afirmación.

De otra parte, edificar, plantar, sembrar, roturar son actividades que implican una mayor utilidad para la finca en la cual se desarrollen y, en su caso, pueden conllevar un aumento del valor de la misma (131). Este es el gasto útil con la consiguiente vertiente mejoraticia que presenta. Nótese que, además, el supuesto de accesión y al que hacen referencia los autores catalanes y que después pasa, en su fórmula legal más cercana al art. 278 Comp., es el de *melioratio*. Aun a riesgo de ser insistente, conviene recordar que con dicha expresión se viene haciendo alusión, en el bosquejo histórico precedente, a edificios, arbustos, plantaciones, etc. ... En este sentido se definía a la mejora como aquellas que «...*plus redditur sit quam in vinetis, vel arbustis, vel olivetis quae fuerunt, forsam etiam haec deicere poterit; siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*» (132). Aceptación que se encontraba ya presente en el Derecho romano: D. 41.1,7,12; 6.1,23,4; 6.1,38. Este último texto es especialmente importante pues destaca cómo la construcción en suelo no propio se concebía como un dispendio que debía ser abo-

(130) La misma normativa se encuentra en el art. 453 Cc primer inciso: «*Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan*».

(131) *Vid.* SCAEVOLA, Q. M. T. VIII *op. cit.* p. 456 y que recuerda MARTÍN PÉREZ, A. en sus Comentarios al art. 453 Cc en Edersa T. VI (1980) p. 303.

(132) *Vid.* nota n.^o 60.

nado al poseedor de buena fe. Ahora bien, el abono quedaba limitado entre dos cantidades y así se reintegraba la menor suma entre el gasto y el aumento de valor (mejora) efectivamente producido en el fundo ajeno: «*In fundo alieno quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti deinde evincitur...: redatt impensam ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundo accesserit, solum quod impensum est*».

También los clásicos catalanes se refirieron a la edificación como un supuesto de mejora-gasto útil (133) y en sede de Partidas, recuérdense las Leyes XLI a XLIV del Tít. XXVIII de la Partida III. En efecto, para la mejora-gasto útil, se consideraba la posibilidad de que el edificante de buena fe se viera reembolsado del mismo con la posibilidad de ejercitar el derecho de retención (*exceptio doli*), mientras que respecto al de mala fe se entendió que se hacía donación de las mismas. Desaparecida la presunción de donación, se consideró que perdía la obra en la que se materializaba dicho dispendio, en beneficio del propietario del suelo.

Por su parte, la doctrina anterior (134) y posterior (135) a la publicación del Código civil consideró que «*el constructor de buena fe era aquél que había mejorado la finca*». Semejante parecer ha sostenido la doctrina moderna respecto de la accesión regulada en el Código civil o, por mejor decir, respecto de las soluciones normativas que éste aporta al conflicto de intereses que subyace en aquélla (136).

En consecuencia, pese a la parquedad normativa del art. 278 Comp., éste regula un supuesto de mejora/gasto útil. Tesis a la que no es ajena la moderna doctrina catalana que en el estudio del artículo en cuestión alude al enriquecimiento injusto del propietario del suelo a expensas del edificante. Enriquecimiento injusto que presupone que ha habido un aumento de valor de la finca. Por tanto, que se ha mejorado (137).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró, en su momento, que el Usatge «*Si quis in alieno*» no era aplicable a las mejoras hechas en una casa por la persona que la ocupaba (*STS de 1 de octubre de 1874*) o distinguió entre gastos necesarios, útiles y voluptuarios a los efectos de su aplicación (recuérdese la *STS de 14 de junio de 1956*). Más reciente en el tiempo, la *STS de 27 de febrero de 1979* entendió no aplica-

(133) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 130 n.º 33.

(134) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *op. cit.* p. 544 y ss.

(135) SÁNCHEZ ROMÁN, F. T. III p. 150.

(136) *Vid.* por todos, CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 132 y ss. y 148 y ss.

(137) PUIG FERRIOL, L. «*Comentario al art. 278 Comp.*» *cit.* p. 13. Más claramente, quizá, en p. 12 cuando al referirse al supuesto de roturación se afirma que «...sirve para indicar el supuesto de desmonte de un bosque infructífero, que experimenta una mejora o sobrevalor como consecuencia de los trabajos realizados para ponerlo en situación de ser explotado». En cambio, guarda silencio al respecto, CUSÍ ESCOFET, W. *en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1969 op. cit.* pp. 81 y ss. Así parece entenderlo MALUQUER DE MOTES, C. J. *op. cit.* p. 142.

ble el art. 278 Comp. a las *mejoras* hechas por uno de los copropietarios en la finca común. También alude a mejoras la *STS de 3 de diciembre de 1991* en relación con dicho precepto de la Compilación catalana. Esta línea jurisprudencial es seguida, décadas después, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en *SSTSJ de Cataluña de 25 de abril de 1992 y de 1 de marzo de 1993*, al aludir al art. 278 se refiere indistintamente a plantaciones, siembras y mejoras concediendo el derecho de retención al demandado/recurrente de las fincas sobre las cuales se desarrollaron las actividades que conllevaron una plusvalía para las mismas (138).

2.1. El aumento de valor

La referencia a la plusvalía o aumento de valor de las fincas en las que se ejecutan las plantaciones, siembras, obras y, en general, cualquier mejora, permite traer a colación el precepto del Código civil que regula la temática. Sabido es que el art. 453, 2 Cc estatuye la misma solución jurídica que el art. 278 Comp. si bien la contempla a modo de alternativa con el aumento del valor de la cosa mejorada. El precepto dice así: *«los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en la posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa»*.

La mejor doctrina ha reflexionado —y con ella convengo— acerca de este extremo en el sentido de plantearse la conveniencia de aplicar el art. 453,2 al Derecho Catalán significando que para evitar abusos en la práctica *«cabe apuntar la conveniencia de relacionar este artículo 278 de la Compilación con el art. 453 del Código civil, que resuelve el conflicto entre el propietario y constructor de buena fe en el sentido de conceder a aquél la facultad de indemnizar al poseedor (también con derecho de retención), bien el importe de los gastos o el aumento de valor que haya experimentado la finca»* (139). La opción compete,

(138) Esta última sentencia no diferencia entre los tipos de gastos dado que es una cuestión de hecho que aprecia el Juzgador de Instancia en función de las pruebas practicadas.

(139) PUIG FERRIOL, L. *«Comentario al art. 278 Comp.»* cit. p. 16. *«Pero cabe preguntarse si podrá el dueño del terreno invadido enervar el derecho de retención del constructor mediante reintegrarle el valor de la mejora que haya experimentado la finca como consecuencia de la edificación, plantación, siembra o roturación, en el supuesto de que dicho valor sea inferior al importe de los materiales, semillas y jornales de los operarios. Bajo la legalidad anterior se entendió que con respecto a la cesión no se seguía el sistema de valoración propio de las mejoras en general, sino que el constructor podía exigir el importe de los jornales y materiales, aunque excediera del aumento de valor experimentado por la finca. El artículo 278 parece que acoge este mismo criterio que quizá no sea el más adecuado en la práctica, pues es posible que la edificación, plantación, siembra o roturación no resulten beneficiosas para el dueño del terreno, o lo sean en una medida bastante inferior al importe de los materiales, semillas y jornales»*.

como se sabe, al vencedor en la posesión el cual eligirá la suma inferior entre ambas (140). La elección de la menor cantidad ha sido una constante a lo largo de la historia de la institución. Partiendo del Derecho Romano (D. 6,1,38) llega hasta nosotros justificándose en la idea de que el derecho de opción se concede en justa reciprocidad a la atribución patrimonial que se impone, por el constructor, plantador, etc. ... al dueño del suelo. El precedente legislativo más directo del art. 453 Cc es, nuevamente, el art. 432,2 del Proyecto isabelino el cual aparece concordado con el art. 456 del Código Sardo. Respecto de los mismos comenta García Goyena que «El artículo 456 Sardo dispone lo que el nuestro y la ley Romana: “en caso de diferencia entre el precio de las mejoras efectivas y el de las cantidades gastadas, el poseedor (de buena fe) *no tendrá derecho sino al menor de los dos valores*”» (141). En la misma dirección lo abordó la doctrina francesa anterior a la Codificación, si bien partía del supuesto de que, por regla, el costo de la obra, plantación, etc. ... realizada sería superior al efectivo aumento del valor generado en la finca. En esta hipótesis, el propietario del suelo no venía obligado al pago íntegro de los gastos sino *«seulement jusqu'à concurrence de ce que la chose sur laquelle il les a faits, et qui fait l'objet de l'action en revendication, se trouve en être augmentée de valeur au temps du délais qu'il en doit faire»* (142). En el caso inverso, es decir, que la suma por el aumento de valor fuera superior al desembolso realizado *«...le propriétaire n'est obligé de rembourser que ce qu'elle (impense) a coûtée; car, quoique le propriétaire profite de plus, ce n'est que jusqu'à concurrence de la somme que l'impense a coûtée, qu'il profiterait, aux dépens du possesseur, de l'impense qu'il a faite»* (143).

Esta doctrina, basada en el intento de la búsqueda de un equilibrio patrimonial, es acogida por los autores franceses posteriores a la

(140) «Posición ventajosa del propietario que de las dos cantidades puede pagar la menor» (MANRESA T. IV *op. cit.* p. 350).

(141) GARCÍA GOYENA, F. *op. cit.* p. 382 (la cursiva del texto es mía).

(142) POTHIER, R. J. «*Traité...*» T. X *cit.* p. 198. La solución ofrecida se fundamentaba en el principio del enriquecimiento injusto: «Cette obligation ne naît que de cette règle d'équité, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui. Suivant cette règle, le propriétaire ne doit pas profiter, aux dépens de ce possesseur de l'impense que ce possesseur a faite; mais il n'en profite qu'autant que sa chose trouve augmentée de valeur par cette impense: il ne doit donc être obligé à le rembourser que jusqu'à cette concurrence, quand même le possesseur auroit déboursé davantage» (p. 199). Con posterioridad al alumbramiento del Code Civil de 1804, *vid.* MARCADÉ, V. *op. cit.* p. 426; BAUDRY-LACANTINIERE, G. y CHAUVEAU, M. *op. cit.* p. 248.

(143) *Ibidem* p. 199.

Codificación (144) y será insistentemente afirmada por la doctrina española tanto anterior como posterior a la Codificación de nuestro país.

Un sector doctrinal ha pretendido ver la existencia de una acción de enriquecimiento injusto en el art. 361 Cc (145). Como se conoce, la doctrina diferencia entre el enriquecimiento sin causa como principio general o regla moral y el enriquecimiento sin causa como acción (146). Es el primero el que informa la accesión y no el segundo (147). La STS de 6 de diciembre de 1985 acude al «...principio jurídico de evitar un enriquecimiento injusto que informa en nuestro ordenamiento jurídico el instituto de la accesión cuando concurre buena fe...» para justificar el rechazo del primer motivo del recurso de casación que alegaba no contener declaración sobre el montante cuantitativo de la indemnización a percibir por los demandados (D. Luis A. de F. y su esposa) en razón de las cosas de su propiedad cuya accesión se declaraba a favor de la finca de la entidad actora (Inmobiliaria Valleprado, S.A.) (148).

(144) DEMOLOMBE, C. *op. cit.* p. 602 dónde se cuestiona a qué se hace referencia con el aumento de valor: ¿al valor venal o al valor intrínseco y útil?

F. LAURENT no es ajeno a la polémica y al plantearse la cuestión relativa al enriquecimiento del dueño del suelo, afirma que éste se enriquece «de la plus-value que son fonds a acquise par les travaux que le possesseur a faits; c'est donc cette plus-value qu'il devrait payer d'après les principes généraux». «Généralement l'impense sera plus considerable que la plus-value, alors le propriétaire offrira naturellement la plus-value; mais il peut se faire qu'elle soit moindre; dans ce cas exceptionnel, la loi déroge aux principes en faveur du propriétaire. Il peut être très-onéreux pour lui de devoir conserver les constructions qu'il n'aurait pas faits et que peut-être il ne peut pas payer; le législateur a tenu compte de cette fâcheuse position, en lui permettant de payer la moindre indemnité possible au possesseur» (en igual sentido, MARCADÉ, V. *op. cit.* p. 422).

No obstante, debe destacarse que el aumento de valor en el sistema francés sólo se prevenía, antes de la reforma por Ley n.º 60-464 de 17 mai 1960, respecto del edificante de buena fe. Las soluciones normativas para la injerencia de un sujeto ajeno en el que construye de mala fe eran: la demolición (de cuyos gastos se hacía cargo el constructor, amén de los gastos y perjuicios ocasionados, en su caso) o la conservación. Si elige el segundo término de la opción, el propietario del suelo debe abonarle el valor de los materiales y el jornal de los operarios. No ha lugar al abono del aumento de valor de la finca. Esta solución fue criticada dado que en última instancia y, de acuerdo con lo que llevo dicho, sería el poseedor edificante el que se enriquecería a costa del propietario. Y dado que aquél es un poseedor de mala fe, se observó que la normativa favorecía al poseedor de mala fe frente al poseedor de buena fe (F. LAURENT *op. cit.* p. 345). La cuestión aparece solventada con la antecitada reforma que prescinde, si bien no totalmente, de la buena o mala fe del constructor al que denomina (y cualifica) «tiers». Se hacen eco de la polémica. AUBRY et RAU *op. cit.* p. 356 nota n.º 12.

(145) ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. «El enriquecimiento sin causa» Santiago de Compostela (1979) p. 127.

(146) ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. *op. cit.* pp. 12 y ss.; ROCA SASTRE, R. M.ª «Estudios de Derecho Privado» V. I «Obligaciones y contratos» Ed. Revista de Derecho privado Madrid (1948) p. 495 y particularmente p. 508.

(147) Recuerde lo que advertía VINNIO, A. al respecto *op. cit.* p. 263.

(148) La STS de 9 de abril de 1949 contempla la misma idea si bien la técnica jurídica no es del todo acertada.

De otra parte, el esquema de la acción del enriquecimiento sin causa no se ajusta al supuesto de hecho de la accesión. Para el ejercicio de la primera debe existir un empobrecimiento correlato de un enriquecimiento en otro sujeto (el enriquecido) y, obviamente, quien ejercita la acción es el empobrecido exigiendo como máximo la medida de su empobrecimiento. En la hipótesis de la accesión, el empobrecido es el edificante, plantador, cultivador, etc. ... Dicho sujeto puede hallarse en las dos hipótesis siguientes: i) ser un edificante de buena fe (creyendo que el suelo le pertenece) con lo cual a pesar del empobrecimiento no ejercitará, por hipótesis, la acción de enriquecimiento sin causa; ii) ser un edificante de mala fe, pues conoce la ilegitimidad de su acto, en cuyo caso tampoco ejercerá acción alguna o no se opondrá mientras no sea demandado en reivindicación o mediante la defensa interdictal. En semejante situación, quizá, lo probable es que reconvenga exigiendo el ejercicio de la opción prevista en el art. 361 Cc en relación con los arts. 453-454 del mismo Cuerpo legal.

Quizá el dato legislativo más relevante que permite afirmar sin paliativos que la accesión se asienta en el principio del enriquecimiento sin causa (o injusto) se halle en el art. 453 Cc. En efecto, a mi modo de ver, dicho precepto —mediante la opción que otorga al propietario del suelo (por remisión del art. 361 Cc)— se ajusta a las afirmaciones de Pothier, al respecto, líneas más arriba transcritas. De hecho, el aumento de valor supone el enriquecimiento del propietario del suelo y los gastos realizados representan el empobrecimiento del edificante, plantador... Puede existir perfecta coincidencia entre ambas cantidades pero no es lo usual. Entre esos dos posibles baremos se hallará el efectivo enriquecimiento. En este sentido, el edificante sólo podrá solicitar hasta el límite de su empobrecimiento si bien encuentra otro límite adicional: el enriquecimiento del propietario del suelo. De ambas cantidades será abonable la inferior.

Conocida es la *STS de 25 de noviembre de 1985* en cuyo Fundamento de derecho n.º 4 se advierte que «...la acción de enriquecimiento tiene por ámbito el beneficio efectivamente obtenido por el deudor, sin que pueda excederlo, pero tiene también otro límite, infranqueable igualmente, que es el constituido por el correlativo empobrecimiento del actor demandado regirse por la cifra inferior, de suerte que, aun cuando el demandado se haya enriquecido sin causa no podrá el actor reclamar sino hasta el límite de su propio empobrecimiento, expresado en el caso por los gastos efectuados para la edificación, que no pueden ser rebasados aunque el valor de la finca sea actualmente, por el encarecimiento de la construcción, muy superior...» (149). Este princi-

(149) Así lo ha destacado LACRUZ con cita del mismo fallo jurisprudencial [*op. cit.* T. II V. III p. 628 «...porque el empobrecido no puede exigir más que la reconstrucción de su patrimonio, y al patrimonio enriquecido no se le puede imponer más que ser reconducido a su nivel inicial» (p. 631)]. Igualmente DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./ GULLÓN BALLESTEROS, A. «*Sistema de Derecho civil*» V. II (1992) p. 580.

pio es acogido y aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en dos sentencias. La primera de ellas, en el tiempo, es la *sentencia de 25 de abril de 1992*. El *supuesto de hecho* es el siguiente: D. Manuel P. S. ocupaba las fincas propiedad de sus suegros, Dña. Rosario R. G. y D. Juan, las cuales fueron mejoradas a costa del primero. Dña. Rosario y D. Juan formalizaron demanda solicitando que se declarara judicialmente que D. Manuel carece de título para continuar ocupando y utilizando las fincas y se le obligue a dejarlas libres. Entre las fincas cuyo desalojo se solicitaba se encontraba el domicilio conyugal de D. Manuel y la hija de los actores. El Juzgador de Instancia declaró que el demandado carece de título para poder ocupar íntegramente las fincas de los actores y le condenó a dejarlas libres y expeditas. Contra dicha sentencia el demandado interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia estimando en parte el recurso y declarando el derecho del demandado a la retención de las fincas objeto del litigio hasta que no sea indemnizado por el equivalente al tercio del valor de las obras y mejoras realizadas, si bien dicha retención no se extiende al piso que constituía el domicilio conyugal. El apelante interpuso recurso de casación ante el Alto Tribunal catalán y al amparo del ordinal 5 del art. 1.692 de la LEC alegó *interpretación errónea del art. 278 de la CDCC*. Respecto de dicho motivo, el mismo Tribunal destaca, en el Fundamento de derecho cuarto, la diferencia entre calcular el importe de la indemnización con criterios meramente nominalistas o con criterios valoristas (valor actual de los materiales y jornales empleados) que *«no tenía trascendencia en los tiempos en que el poder adquisitivo de la moneda se mantenía constante y por ello la cuestión no aparece planteada en los textos clásicos (sic). Pero en épocas en que la depreciación monetaria se produce mes tras mes y alcanza elevadas cotas, el pago en pesetas actuales de una cantidad desembolsada cuando el dinero tenía un valor muy superior resulta inicua salvo que se introduzca algún factor de corrección; máxime cuando, como sucede en el presente caso, entre un momento y otro pueden haber transcurrido más de veinte años con lo que el teórico derecho a ser indemnizado resultaría en la práctica irrisorio si se aplican criterios nominalistas. Por otra parte, la equidad exige también contemplar la situación de los actores, dueños del suelo quienes para levantar el derecho de retención resultante de la aplicación del art. 278 de la Compilación deberían comprar unas construcciones que quizá actualmente no reporten utilidad»*. Por su parte, la Sentencia del mismo Tribunal *de 1 de marzo de 1993*, cuyos hechos deben tenerse presentes (150), considera también en su noveno Fundamento de

(150) Los hechos aparecen perfectamente delineados en el Fundamento jurídico primero que resumo a continuación: El Sr. Luis Vicens y Hospital era propietario de la finca denominada «Mas Bosch de la Farga». Por escritura pública (de 12-11-1980) dicho Señor segregó de esta finca una parte que vendió a su hijo,

Derecho que «...la indemnització que pot exigir el reconvenient s'ha de calcular actualitzant el valor dels materials i jornals que es van emprar realment, però solament fins al límit que suposa el valor real de les construccions en l'estat en què avui es troben».

el Sr. Juan Vicens y Vidal. En virtud de otra escritura pública (de 21-2-1981) el Sr. Juan Vicens y Vidal compró al Obispado de Gerona una finca que se encuentra dentro de la denominada «Mas Bosch de la Farga». El Sr. Luis otorgó testamento notarial abierto el día 21 de febrero de 1984 en el cual legaba a sus hijos Juan y Ana María aquello que por legítima les correspondiera e instituyó heredera a su hija María Dolores Vicens y Vidal. Por escritura pública de 22-12-1986 el Sr. Luis donó a su hija María Dolores una finca de su propiedad. El Sr. Luis falleció el 28 de junio de 1987 y su hija y heredera María Dolores tomó inventario de su herencia por escritura pública de 28 de diciembre de 1987. Durante los años 1974, 1975 y 1976 el Sr. Joan construyó en los terrenos de la finca «Mas Bosch de la Farga», propiedad de su padre, una granja y posteriormente realizó unas plantaciones de árboles y, en general, variadas mejoras. Durante todos estos años, el Sr. Juan vivía en compañía de su padre si bien esta situación de convivencia, que se mantuvo incluso después de contraer aquél matrimonio, desapareció cuando en agosto de 1983 el Sr. Juan y su esposa dejaron el domicilio paterno yéndose a vivir a una casa construida en la finca que adquirieron de su padre. Con fecha de 2 de mayo de 1990 la Sra. María Dolores presentó demanda contra su hermano solicitando que se dictara sentencia en virtud de la cual se declaraba su derecho a delimitar su finca «Mas Bosch de la Farga» de las fincas limítrofes propiedad de su hermano; que se lo condenara a dejar las fincas y las granjas que ocupa de forma indebida; que se declare que la posesión de las mismas y de la granja desde 1986 y hasta el día en que se entregue la posesión a la demandante, es una posesión que no tiene ninguna causa que obliga al demandado a restituir el enriquecimiento que ha obtenido como consecuencia de dichas fincas y de la granja; y finalmente que se le condenara al pago de 69.405 pesetas, importe de la electricidad que ha consumido el demandado y que ha pagado el agente, D. Juan reconvinó interesándose por que se declarara que el demandado era propietario de los terrenos ocupados por la granja y construcciones anexas por título de donación hecha por su padre cuando se hicieron dichas construcciones; que la actora ha de pagarle las mejoras que ha realizado en las fincas paternas como también el importe de las plantaciones y cultivo; subsidiariamente que se declarara que el reconviniente tiene derecho a hacer suyos los terrenos porque hizo estas edificaciones con el asentimiento de su padre; que la agente ha de pagar los trabajos realizados; y finalmente, que se le condenara a pagar la legítima que le correspondiera de la herencia paterna y que para el cálculo de la misma se tenga en cuenta el valor de la finca que el padre donó a María Dolores con los correspondientes intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia de Gerona dictó sentencia estimando en parte la demanda y en parte la reconvenición y declaró el derecho de la actora a delimitar su finca de las fincas del demandado el cual debe desalojarlas y condena a la actora a abonar al demandado la cantidad de 6.436.220 pesetas así como la cantidad de 2.150.570 pesetas en concepto de legítima. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes resolviendo la Audiencia Provincial De gerona que estimaba en parte el recurso de apelación de la actora y en parte el del demandado. Así el demandado debía desalojar únicamente aquellas fincas que no eran objeto del derecho de retención que en dicha sentencia se declara. El desalojo se condiciona al hecho de que en ejecución de sentencia el demandado declare las cantidades que menciona el art. 278 Comp. y se condena al demandado a pagar la cantidad de 96.405 pesetas en concepto de suministro de energía eléctrica. Contra dicha sentencia interponen recurso de casación ambas partes litigantes.

En realidad, no existe un trato de favor para el propietario del suelo que de ambas cantidades puede abonar la inferior (151). De hecho, la cantidad supondrá o bien su efectivo enriquecimiento, o el empobrecimiento del edificante. De ahí, precisamente, que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia últimamente mencionada, señale un límite al abono de los conceptos que detalla el art. 278 Comp.: *el valor real de les construccions en l'estat en què avui es troben*.

De otra parte, conviene observar que de las sentencias consultadas, en ninguna de ellas se ejercitó una acción de enriquecimiento injusto. Los litigios que han dado origen a los pronunciamientos jurisprudenciales tienen por base el ejercicio de una acción reivindicatoria (SSTS de 5 de junio de 1894, 2 de enero de 1928, 21 de mayo de 1928, 23 de marzo de 1943, 17 de diciembre de 1957, 17 de junio de 1961, 17 de junio de 1985, 4 de julio de 1985 y 14 de marzo de 1991) una acción declarativa de dominio (SSTS de 27 de febrero de 1979, 9 de julio de 1984, 11 de marzo de 1985, 5 de noviembre de 1986, 30 de octubre de 1986, 18 de abril de 1986, 31 de diciembre de 1987, 23 de mayo de 1989, 3 de diciembre de 1991 y 9 de septiembre de 1991) una acción personal de indemnización de daños y perjuicios (SSTS de 8 de marzo de 1898 y STS de 1 de febrero de 1979, 28 de mayo de 1985, 11 de junio de 1985, 20 de septiembre de 1989 y 15 de febrero de 1991) o, en su caso, se insta a la parte demandada a que ejercite la opción establecida en el art. 453 Cc y se declare el derecho de retención sobre la cosa objeto de la *litis* (STS de 25 de noviembre de 1985). Menos numerosos son los casos en los que se plantea un incidente en ejecución de sentencia sobre abono de mejoras ejercitando el derecho de retención (SSTS de 8 de julio de 1897, 27 de noviembre de 1902, 7 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990 y SAT Barcelona de 30 de noviembre de 1971), aquéllos en los que el tema de la accesión se formula con motivo de la resolución de un contrato (SSTS de 14 de junio de 1956, 22 de octubre de 1987 y 15 de abril de 1991) y, finalmente, se encuentra algún fallo que debió su génesis a la interposición de una acción de petición de herencia (STS de 20 de junio de 1992).

En cuanto al momento de la valoración destaca Bonet Correa que «cuando los gastos se han realizado en una época determinada, o a lo largo del transcurso de los años (...) la cuestión no es tan simple como parece, puesto que se trata de indemnizar no sólo los importes monetarios inicialmente desembolsados por el poseedor anterior, sino también los que se hayan producido hasta el momento de la recuperación de las fincas por sus propietarios...» (152). Debe recordarse que los clásicos catalanes, de forma unánime, entendieron que dicho momento era el de

(151) La STS de 25 de noviembre de 1985 afirmó que se obtendría el mismo resultado si se hubiera aplicado la teoría del enriquecimiento injusto.

(152) BONET CORREA, J. *op. cit.* p. 454.

la restitución del bien y no cuando se edificó, plantó o sembró, lógico corolario de que se esté ante una deuda de valor. La doctrina moderna es tributaria de dicha dirección y ello ha sido reflejado en los fallos jurisprudenciales del Tribunal Superior catalán que antes destacaba, si bien no deja de existir alguna decisión que se aleja de la misma. En concreto, el *Auto de la Audiencia de Barcelona de 25 de septiembre de 1979* que considera como coordinada temporal el momento de la edificación. En cambio, la *STS de 7 de julio de 1990* sostiene que el cálculo del aumento de valor del terreno debe hacerse con arreglo a las bases de equidad que el juzgador sienta para el trámite de ejecución de sentencia.

Por lo demás, sólo señalar que el valor al que se hace referencia es el *valor venal* del bien. Es decir, el valor en cambio. Cuestión que ya se cuidó de destacar Jaime Cáncer al advertir que «*et in summa semper utiles expensae, et etiam voluptariae possunt retineri, nec quicquam obest mala fides, si dominus dictas voluptarias expensas, aut utiles aliàs faturus erat, vel rem venalem habeat, vel denique aliquid subsit, quod justè movere possit iudicem, ut retentionem concedat...*» (153). Dicho extremo no pasó desapercibido a los estudiosos exegéticos del *Code civil* de 1804. El autor que la analiza con mayor detenimiento es C. Demolombe el cual afirma que «*l'estimation est alissée à la prudence du juge, qui doit la déterminer d'après les circonstances; mais ils ajoutent (nouveau Denizalt) pourtant qu'il faut en général que la chose se trouve être d'un revenu et d'un prix plus considérable par les dépenses que le possesseur y a faites. Cette doctrine nous parait encore exacte aujourd'hui, Sans dont ordinairement, et en règle générale, on considère l'augmentation de la valeur vénale, de la plusvalue enfin qui serait réalisable en argent, si l'immeuble était aliéné; cette règle conforme à ce qui se pratique presque toujours en fait, est effectivement exempte d'arbitraire et d'une application sûre et facile*» (154). Con anterioridad, no obstante, al *Code*, Pothier destacaba que las impensas útiles eran aquéllas que hacían que la cosa adquiriera «*un plus grand prix*» (155) y en este mismo sentido, considero que pasó al Proyecto de Código civil de 1851 pues, en el comentario al art. 432, Florencio García Goyena aludirá en relación con el art. 456 del Código Civil Sardo al «precio de las mejoras» y a «las cantidades gastadas», para posteriormente referirse a «valores». Así pues, cuando alude a precio lo hace en el sentido de valor venal: el precio obtenido por la enajenación del bien.

(153) CÁNCER, J. *op. cit.* folio n.º 131 n.º 53.

(154) DEMOLOMBE, C. *op. cit.* p. 602. Ahora bien, la jurisprudencia francesa en un supuesto en el que la cosa estaba afecta a un servicio público, mantuvo que el valor a reembolsar era el valor intrínseco y útil que se añadía al bien.

(155) POTHIER, R. J. «*Traité...*» T. X p. 198.

2.2. La compra del terreno según el art. 361 Cc

Sabido es que el art. 361 Cc establece una opción: hacer suya la obra previo pago de la indemnización o bien exigir la compra del terreno sobre el cual se plantó, sembró o edificó. Podría, pues, plantearse la posibilidad de aplicar al Derecho catalán la opción prevista en el art. 361 Cc para el edificante de buena fe: la compra del terreno en el que se ha edificado. Como se habrá observado, esta compra del terreno es una solución jurídica ajena a la tradición histórica no sólo del Derecho histórico castellano sino también del Derecho catalán. La citada solución aparece por vez primera en el Proyecto de 1851 en cuyo artículo 404 se contemplaba como posible decisión del propietario del terreno «...de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta». En este sentido, la opción es una originalidad del sistema español. A mi modo de ver, frente a la posible aplicabilidad de esta solución, en materia de accesión en Cataluña, se encuentra el argumento en contra, nada desdeñable, de ser una solución ajena a la tradición jurídica catalana, la cual, como se conoce, se tomará en consideración para interpretar e integrar la Compilación (art. 1.1 Comp.). En cambio, parece acoger la solución del art. 361 CC, sin mayores consideraciones, la *Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 18 de octubre de 1971*.

2.3. La demolición en caso de mala fe

El Compilador catalán, puede afirmarse, no consideró a la siembra, plantación, edificación o roturación en suelo ajeno como una lesión del derecho de propiedad. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que el art. 278 Comp. no prevea la demolición de la obra; en definitiva, el reintegro *in natura* de la finca. La solución institucionalizada, en el Derecho catalán, no es la demolición de la obra realizada, sino su conservación (156), pese a que el sujeto edificante actúe con mala fe.

Los autores clásicos catalanes contemplaban dicha posibilidad pero como solución excepcional pues, frente a la misma, se oponía el principio de utilidad social (157) y, entiendo, que éste debe seguir siendo el criterio que impere respecto del art. 278 Comp. De la misma manera que negaba, con base en la tradición jurídica catalana, la aplicación de la opción del art. 361 CC (158) debe negarse la aplicabilidad de la norma del art. 363 CC (159).

(156) Recuérdese la dicción del art. 363 Cc: «El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró».

(157) *Vide supra* p. 25.

(158) La STS de 3 de abril de 1992 alude a ella como «rigurosa medida de demolición».

(159) *Vid.* en sentido contrario la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 1981* donde se hace referencia a una «acción de demolición» (!).

2.4. Gastos de puro lujo o de mero recreo. El *ius tollendi*

El art. 278 Comp. guarda silencio, como he indicado, en torno a la clasificación tripartita gastos necesarios, útiles, de puro lujo o de mero recreo, si bien la doctrina clásica los analizaba conjuntamente. Se recordará que en relación con ellos el poseedor de buena fe gozaba del *ius tollendi*, es decir, la retirada de aquellos elementos en los que se materializaba el dispendio.

Los gastos de puro lujo o voluptuarios conforman una categoría jurídica cuyo fin es el adorno, ornato o mayor comodidad del sujeto que los realiza. Por definición, no reportan una *utilidad* en el fundo y, por ello, se concede el *ius tollendi* (160). En mi opinión es, por lo dicho, aplicable en el Derecho catalán, la solución normativa que ofrece el art. 454 Cc.

De otra parte, no es impertinente aprovechar la coyuntura para plantearse el siguiente interrogante, *si el texto del art. 278 Comp. no distingue los diferentes tipos de gastos, ¿qué sentido tiene que lo hagamos nosotros? ¿no debería aplicarse el aforismo «ubi lex non distinguit non distinguere debemus»?* A mi modo de ver, la diferenciación entre gastos necesarios, útiles y de puro lujo no es baladí dado que deben tenerse en cuenta las soluciones normativas que a cada uno de los supuestos de hecho se atribuyen. En efecto, en primer lugar, la distinción ha permitido contemplar el art. 278 Comp. como un supuesto de mejora/gasto útil. En segundo lugar, el precepto catalán contempla una medida de aseguramiento —el derecho de retención— que aparece enfocada desde sus orígenes como garantía del crédito por gastos realizados en la cosa que conllevaran un aumento de valor o fueran necesarios para la conservación de la misma (161). El poseedor (ya fuera de buena o de mala fe) que realizara gastos voluptuarios no gozaba de dicha garantía.

En esta línea, debe diferenciarse según el tipo de gasto pues el art. 278 Comp. prevé un supuesto de gasto útil y en función de ello concede el derecho de retención, el cual es negado al que realiza un gasto de mero recreo al tratarse de una atribución patrimonial impuesta al dueño del suelo y que además no genera, en términos generales, ninguna utilidad a aquél.

3. LA BUENA Y LA MALA FE EN EL ART. 278 COMP.

3.1. Previo

La buena fe (y la mala fe), como en su momento advertí, es el dato legislativo que el compilador catalán de 1960 tuvo en cuenta para regular

(160) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 163.

(161) No se desconoce que el derecho de retención también garantizaba y garantiza los créditos derivados de los perjuicios irrogados al sujeto que retiene por la cosa cuya posesión detenta.

la accesión en Cataluña como elemento del supuesto de hecho de la misma. También es uno de los elementos del supuesto de hecho de los arts. 361 y ss. del Cc. Se trata, por tanto, en esta sede de, a la luz de los precedentes históricos acerca de este extremo, analizar la buena fe y cuál es el concepto que debe sustentarse de ella a los efectos de la accesión.

Conviene reiterar que la buena fe, como se deducía en el estudio de los clásicos catalanes, consistía en la *creencia de ser dueño* («*creent lo sol ésser seu*»). Ello determinaba, a su vez, el concepto en el que se poseía el suelo: en concepto de dueño. Así, *la buena fe era la creencia de que la titularidad que se creía ostentar habilitaba para edificar*. Más aún, se creía que el suelo era propio y, por ende, que se edificaba, plantaba o roturaba en suelo propio.

De otra parte, al estudiar las referencias histórico-jurídicas de los preceptos del Cc se advirtió que el art. 432 del Proyecto isabelino de 1851 también principiaba regulando los derechos del propietario del suelo y aludía, como no, a la buena y a la mala fe. Interpretando sistemáticamente el precepto en cuestión debe conexionarse con el artículo correspondiente que en materia de posesión describía la buena y la mala fe. El art. 428 explicitaba que «*se considera poseedor de buena fe el que lo es en virtud de un título traslativo de propiedad, cuyos vicios ignora*».

Es poseedor de mala fe aquél a quien consta que le falta título para poseer, o que el que tiene es vicioso o insuficiente».

La creencia o la ignorancia de la falta de libre disposición del tradente provocaba en el edificante la creencia de que era dueño —se le había transmitido válidamente la propiedad u otro derecho real que le permitiera edificar— del suelo y, de ahí, que con su comportamiento no lesionara derecho ajeno. Edificante, plantador, cultivador que, con posterioridad, podía verse privado del bien en un juicio de evicción —recuérdense las expresiones «vencido en juicio» y «tiers evincé»— liquidándose su estado como estado posesorio según fuera de buena o de mala fe con las correspondientes soluciones normativas ya señaladas.

Debe tenerse presente, de otro lado, que el Proyecto de Código civil de 1851 acoge el sistema consensualista en la transmisión y adquisición de los derechos reales. En este sentido, armonizaba con la doctrina francesa que se fue creando en torno al Código civil francés de 1804 que, como se conoce, adoptó el citado sistema de transmisión consensual. Partiendo de estas premisas, hay que tener en cuenta que cuando los juristas galos plantean la cuestión de qué se entiende por buena fe a los efectos de la accesión, se contesta de forma unánime que consiste en la creencia o ignorancia (según el aspecto activo o pasivo desde el que se aborde) acerca de la existencia de vicios o máculas en el título traslativo de la propiedad. Paradigmáticas son las palabras de F. Laurent «*Il (se refiere al tercero de buena fe) s'est cru propriétaire non per une vaine imagination, car, aux termes de la loi, il n'est*

possesseur de bonne foi que s'il gagne les fruits, et il ne gagne les fruits que s'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices». «Il a donc construit comme propriétaire, sans avoir aucune faute, aucune imprudence a se reprocher, tandis que l'inaction du propriétaire qui le laisse en possession est au moins une négligence» (162).

En este sentido se colige fácilmente que el sujeto edificante para ser de buena fe debe tener la creencia de que sea dueño del suelo. El sujeto de mala fe no ignora este dato.

De lo que se lleva dicho se derivan dos afirmaciones. En primer lugar, que el vicio o mácula que debe dañar el título no es cualquier vicio sino uno concreto: la falta de titularidad en el *tradens* o más ampliamente de poder de disposición para transmitir la propiedad o constituir un derecho real que llegue a comunicar la propiedad de lo edificado. En segundo lugar, se está haciendo referencia a la constitución de derechos reales y no de derechos de crédito.

En cambio, el vigente Código civil acoge, no sin reservas, el sistema traslativo consistente en la teoría del título y el modo (arts. 609 i. f. y 1.095 Cc) lo que conlleva ampliar el ámbito de la buena fe que, debe referirse, a ambos elementos del mecanismo jurídico-transmisivo y, por otro lado, no se ciñe a la transmisión de la propiedad u otro derecho real, sino que también es aplicable a la transmisión de la posesión. Además, debe añadirse que, en nuestro sistema, la adquisición de la propiedad y demás derechos reales, como se conoce, no se produce sólo mediante dicha teoría sino que de acuerdo con el art. 609 «*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.

Puede también adquirirse por medio de la prescripción» (163).

En estas coordenadas el art. 433.1 Cc utiliza la expresión «*tradición o modo de adquirir*» que debe ser entendida en una doble dirección: como equivalente a la teoría del título y el modo y como «modo

(162) LAURENT, F. *op. cit.* p. 342. En p. 345 afirma *a sensu contrario* que «*il est de mauvais foi quand il possède en vertu d'un titre dont il connaît les vices*». Por su parte, DEMOLOMBE, C. advierte que el edificante de mala fe es aquel «*qui savait que le sol appartenait à autrui*». Añádanse: MERCADÉ, V. *op. cit.* p. 425; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M. *op. cit.* p. 211; MAZEAUD, H. L. et J.-CHABAS, F. *op. cit.* p. 306; PLANIOL, M. et RIPERT, G. *op. cit.* p. 265; AUBRY et RAU *op. cit.* pp. 356-57.

(163) Prescindo de las críticas que se han lanzado, por parte de la doctrina, al precepto.

de adquisición», es decir, como hecho jurídico que permite la adquisición de un derecho real (164).

3.2. *La opinión de la doctrina. La tesis de Carrasco. Mi opinión*

«Buena fe significa —escribe Díez-Picazo— que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena ignora por error excusable el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud. En definitiva significa esto: que el que edifica, planta o siembra en terreno ajeno o con materiales ajenos o el que emplea para su obra una materia ajena o el que mezcla con la propia una cosa ajena, ignora por error excusable que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, cree tener sobre ellas un derecho que le permite realizar aquellos actos». En concreto, en la accesión industrial manifiesta que «*la buena fe del constructor es (...) una errónea creencia nacida de un error excusable sobre el dominio del suelo en que se construye o una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir*» (165).

(164) En este sentido, tendría cabida la ocupación como modo de adquirir y, por tanto, la creencia de que la cosa cuya tenencia se ostenta es *res nullius* y que, consecuentemente, se ha adquirido la propiedad de la misma lo que permite edificar, plantar, cultivar o roturar. *Vide*, al respecto LACRUZ et alii *op. cit.* T. III V. I 1.^a parte p. 103. La misma idea está presente en la monografía sobre la posesión de A. HERNÁNDEZ GIL en donde advierte que «la ocupación es claramente un “modo” originario de adquirir que concierne de manera individual a la propiedad con exclusión de los otros derechos reales...Pues bien, como la ocupación es un modo originario de adquirir la propiedad y como además de desempeñar este cometido respecto de la propiedad, lo desempeña también respecto de la posesión misma (artículo 438), se justifica que el artículo 433 no circunscriba al título el punto de referencia de la buena fe y lo extienda también al modo en cuanto hecho jurídico dotado de función adquisitiva» («*La posesión*» p. 206 Ed. Civitas, 1980). [En contra, BADOSA, F. que considera «tradición o modo de adquirir» como expresiones sinónimas en el art. 433 Cc (voz «*justo título*» en NEJ Seix p. 707); ARANA, I. considera que el art. 433 Cc «aunque referido ya a la posesión en general, parece estar pensando en el poseedor en concepto de titular de un derecho real, pues no en vano hace depender la buena fe del poseedor de su ignorancia en torno a posibles vicios invalidantes en su «título o modo» de adquirir, reconduciéndonos así a la teoría del título y el modo contenida en el inciso final del artículo 609, 2 Cc» en CCJC n.º 324 en comentario a la STS de 30 de octubre de 1986].

(165) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Fundamentos...*» T. II pp. 202 y 215 respectivamente. Parte de la doctrina considera que la buena fe que debe tenerse en cuenta no debe ser exclusivamente abordada desde un punto de vista subjetivo sino que debe condensar a la concepción ética. De acuerdo con esta posición se encuentra el mismo DÍEZ-PICAZO como HERNÁNDEZ GIL, A. *op. cit.* p. 195; MARTÍN PÉREZ, A. *op. cit.* p. 83; LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii *op. cit.* p. 106; ALBALADEJO GARCÍA, M. T. III V. I *op. cit.* pp. 698-70 sigue anclado en la tesis subjetiva [«según lo dicho la posesión de buena fe se basa en un error; en creerse con derecho a ella, sin tenerlo. Pero para que sea de buena fe una posesión no hace falta más; de modo que posee de buena fe aun el que se considera legalmente en posesión de algo por haber soñado (y creer realidad el sueño) que lo adquirió en debida forma, cuando en verdad despojó de ella a su propietario»]. COCA PAYERAS, M. parece acoger la concepción psicológica o subjetiva de buena fe en cuanto hace recaer el elemento subjetivo de la buena fe en una actitud del sujeto consistente en la ignorancia o desconocimiento *op. cit.* p. 1172.

La mayor parte de la doctrina viene sosteniendo este concepto de buena fe en materia de accesión (166) y, en el mismo sentido, ha sido considerado por la doctrina catalana respecto del art. 278 Comp. Dicho concepto coincide parcialmente con el contenido en el art. 433 Cc.

Otro sector doctrinal ha considerado que la buena/mala fe en la accesión es la contenida en este último precepto. Desde esta perspectiva escribe Manresa que «según repetidamente hemos indicado, el art. 361 trata del caso en que el que plantó o edificó en terreno ajeno, obró de buena fe. Para su acertada aplicación, lo primero que es preciso tener presente es cómo y cuándo se ha de reputar al constructor de buena fe; para esto hay que atenerse al art. 433...». No obstante, en líneas posteriores, advierte «*Por supuesto, todo esto cuando se trate de un poseedor; pero cuando no se trate de esto, habrá que tener presentes las circunstancias del caso, para averiguar si el que edificó sabía que edificaba en suelo ajeno o no*» (167). Parece, pues, que de acuerdo con esta última posición la remisión del art. 361 Cc no es sólo a los artículos 453 y 454 Cc sino que en cuanto la edificación como mejora supone la liquidación de un estado posesorio que debe extenderse la concepción de la posesión de buena fe/mala fe a la edificación, construcción, plantación en suelo ajeno. Esta es la concepción secundada por Carrasco en la cual conviene detenerse. Para este autor «*sólo puede ser constructor en suelo ajeno en el sentido de los arts. 361 y ss. aquel tercero de quien pueda predicarse la buena o la mala fe. Y es evidente que este tercero es el poseedor del art. 433, quien posee la cosa ignorando el vicio del título en virtud del cual detenta aquella posesión. Es constructor de buena fe, de esta manera, quien posee de buena fe el terreno ajeno en que construye*» (168). En líneas posteriores añade que «*la buena fe es, como hemos dicho, la buena fe posesoria. De esta manera, la ilicitud objetiva no se refiere al hecho de construir en suelo ajeno, sino al hecho de poseerlo. Es la ignorancia del vicio del derecho a poseer o, correlativamente, la creencia en la justicia de ese derecho. No es de buena fe para el art. 361 el que cree sin más que puede construir en el terreno que posee*» (169). Esta posición le lleva a considerar cons-

(166) Así LACRUZ BERDEJO, J. L. que considera que «basta que, en el momento de ejecutar los trabajos crea que es propietario del terreno (o superficiario, o titular de cualquier otro derecho que le comunique la propiedad de lo edificado: no una simple autorización que le confiera derecho a edificar sin sanciones), y ello aunque su título sea simplemente aparente» (*op. cit.* T. III V. I 1.^a parte p. 164).

(167) MANRESA NAVARRO, J. M.^a T. III *op. cit.* p. 204. Por contra, SCAEVOLA, Q. M. sostenía que el art. 453 Cc debía subordinarse al art. 361 Cc y debía amoldarse a su sentido general. De ahí que el poseedor natural gozara, según él, del derecho de retención (*op. cit.* p. 582 T. VI).

(168) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 263.

(169) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 264 «En la posesión en concepto de dueño, esto, generalmente, es irrelevante, ya que en estos casos la creencia en la ilicitud del *ius aedificandi* viene motivada previamente en la creencia del carácter legítimo del *ius possidendi*. Pero no se puede excluir *a priori* la existencia de estados posesorios donde el poseedor conozca el carácter que ostenta su posesión pero crea erróneamente que está facultado para construir (el arrendatario que erróneamente se cree facultado por el propietario para edificar)».

tructores de buena fe para el art. 361 Cc «al que edifica creyendo ser arrendatario, sin serlo; al hijo del causante que estima, erróneamente, formar parte de la comunidad hereditaria; al que ha sido contratado como administrador de una finca y en ella edifica, siendo así que fue contratado por un *factus dominus*; al concesionario de obra pública cuyo título de concesión resulta nulo por incompetencia manifiesta de la autoridad que lo concedió, etc...Pero no pueden ser constructores de buena fe del art. 461 (tampoco de mala fe, se entiende) el arrendatario, el condueño, el administrador de una finca, el concesionario de obra, etc. ...» (170).

Desde este punto de vista el arrendatario que conoce la ajenidad del suelo en el que construye, planta o, en general, realiza cualquier mejora y que, por tanto, en principio, debería considerarse a los efectos de la accesión de mala fe (pues no ignora que el suelo en el que edifica es ajeno), puede llegar a ser considerado de buena fe si existe algún vicio en su título que desconoce. Vicio que, en principio, no afecta al conocimiento de la ajenidad del suelo en el que construye. Como de acuerdo con el art. 433 Cc sería considerado un poseedor de buena fe y la construcción es contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como mejora, sería de aplicación el art. 453 Cc amén de las soluciones normativas que establece el art. 361 Cc pues, pese a que se inmiscuyó en esfera ajena sin licencia del propietario del suelo ello no es relevante para el Derecho.

En mi sentir deben tenerse en cuenta los dos extremos siguientes:

i) la dicción del art. 433 Cc que va referida a la adquisición y transmisión de los derechos reales y, en materia de accesión, concretamente, al mecanismo jurídico adquisitivo de la propiedad u otro derecho real que permita edificar. Por tanto, excluye, de entrada, la constitución de relaciones jurídicas de carácter obligatorio así como los actos meramente tolerados o ejecutados en virtud de licencia y el precario;

ii) téngase presente que la normativa acerca de la liquidación del estado posesorio tiene como supuesto de hecho un poseedor vencido y otro vencedor. Un poseedor vencido que es poseedor en concepto de dueño.

Con base en ello, considero que con la argumentación de Carrasco se premia al edificante que se inmiscuye en una esfera ajena lesionando el derecho de propiedad con conocimiento de que así es pues conoce el carácter ajeno del terreno en el cual edifica, planta, siembra o rotura. *¿Por qué un vicio del título que no tiene relación directa con el hecho de construir, plantar o roturar en suelo ajeno convierte a este edificante en un poseedor de buena fe?* Con la tesis que combato se premia al edificante, que conoce la ajenidad del suelo, pero ignora la

(170) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* p. 269.

mácula que afecta a su título y se lo parifica al que desconoce la ajenidad del suelo en el que construye el cual debería ser considerado de buena fe.

En mi opinión, respecto de la accesión, el art. 433 Cc debe entenderse como modo de adquisición de los derechos reales y, concretamente, de la propiedad y no como modo de adquisición de la posesión (171). La buena fe en materia de accesión, como elemento integrante del supuesto de hecho (172), es la buena (o la mala) fe del art. 433 Cc pero su alcance es más restringido, si bien se proyecta, del mismo modo que la buena fe posesoria, sobre la titularidad del tradente y sobre la propia titularidad (173). También sobre la causa o vicio que afecta a aquéllas, que no es cualquier defecto sino la falta de poder de disposición (he aquí, pues, la restricción a la que antes aludía). En definitiva, es la creencia en el poder de disposición del *tradens* y en que, consiguientemente, se posee en concepto de dueño. Será considerado de mala fe aquél que conozca que el suelo sobre el que levanta una edificación no es propio (174) aunque posea en concepto de dueño.

La concreción de la buena fe a la que me refiero es trasladable al Derecho Catalán en cuyo art. 278 Comp. si bien se alude a la buena y a la mala fe no se define (no es esta la misión de un texto legal) como tampoco se cualifica al sujeto edificante.

Uno de los posibles medios en virtud del cual puede desvanecerse la creencia sobre la titularidad del terreno es la oposición del dueño del mismo. Dicha oposición, a pesar de lo que opina Carrasco (175), hace incurrir al edificante, plantador, etc. ... en mala fe o, al menos, en la liquidación del estado posesorio, si se entabla pleito para eliminar la

(171) Así pareció entenderlo, aunque parcialmente, la *Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 5 de julio de 1991*: «la buena fe, a los efectos del art. 361 CC, se da cuando quien realiza los actos de invasión del predio ajeno ignora por error excusable que no le pertenece y cree que es propio o por lo menos, que tiene un derecho real o personal que le permita realizar aquellos actos».

(172) Así lo reconoce el TS en *sentencia de 27 de octubre de 1986*.

(173) En esta dirección, *vid.* BADOSA COLL, F. voz «justo título» en NEJ Seix pp. 703 y ss.

(174) La *STS de 23 de mayo de 1989* considera que la buena fe en materia de accesión, a los efectos de aplicar el art. 278 Comp. es la creencia de que se posee *animus domini*, lo que no se da en el caso, pues se trataba de un precarista («...puesto que la mera posesión del bien discutido no le legitima a los efectos pretendidos (el derecho de retención) ni mucho menos aportaciones dinerarias o de otra índole sin calificación determinada».

(175) A propósito de la *STS de 11 de marzo de 1985*, que considera que la oposición tempestiva del *dominus soli* enerva la buena fe del constructor, CARRASCO entiende que «esto no es del todo cierto (...). La oposición posterior del propietario invadido ni determina la mala fe, ni hace cesar la buena fe anterior (...). La oposición no es un elemento de la buena fe, sino un factor autónomo que, con independencia de aquélla, impide que se produzcan los efectos de la accesión invertida» (CCJC n.º 202).

controversia acerca del título, a partir de dicho momento se le considerará de mala fe (176).

Así pues, se tendrán las siguientes soluciones normativas en función de las hipótesis planteadas:

i) *el poseedor en concepto de dueño que desconoce el vicio que invalida su título consistiendo aquél en la falta de poder de transmisión de su tradente.* El concepto de buena fe será el establecido en el art. 433 Cc concretado en el desconocimiento del poder de transmisión del poseedor anterior. Las soluciones normativas son no sólo las propias de los arts. 453 a 455 Cc sino también las que ofrece el Código Civil a la accesión industrial. En el Derecho catalán será aplicable el art. 278 Comp. así como los arts. 453 y 454 del Código civil.

ii) *el poseedor no lo es en concepto de dueño.* No ignora que el suelo es ajeno pero sí otros posibles defectos de su titularidad. El concepto de buena fe es el del art. 433 Cc. Pero en cuanto el vicio no es aquel necesario para que tenga lugar la solución normativa de la accesión, las normas a aplicar en cuanto liquidación del estado posesorio generado serán, exclusivamente, las previstas en los arts. 453-455 Cc. No las soluciones de los arts. 361 y ss. del mismo texto legal (177). En el ámbito del Derecho catalán no tendrá aplicación el art. 278 Comp. pero sí los arts. 453-455 Cc.

iii) *realiza actos posesorios conociendo la ajenidad del suelo, sin embargo, sus obras son toleradas por el dueño de aquél.* La buena fe/mala fe predicable de esta situación será la propia de la accesión coincidente, de forma parcial, con el art. 433 Cc. En este caso concreto se tratará de un edificante, constructor,... de mala fe, si bien se aplicará la solución que ofrece el art. 364 Cc. Las soluciones normativas son sólo las arbitradas en sede de accesión con la remisión, en su caso, al régimen de la posesión en cuanto lo reclame el art. 361 Cc. Para el Derecho catalán será de aplicación el art. 364 Cc y el art. 278 Comp. (aunque este último precepto sólo parcialmente, como se tendrá ocasión de comprobar después).

Ahora bien, lo hasta aquí manifestado no soluciona otro interrogante, ¿se extiende la remisión del art. 361 Cc al derecho de retención establecido como medio de garantía para el poseedor? A ello se dedicará el próximo epígrafe.

Tras todo lo dicho se comprenden las palabras de Manresa, anteriormente transcritas («según repetidamente hemos indicado, el art. 361 trata

(176) Al respecto *vid.* el estudio histórico precedente donde se destacaba que el *dominus soli* podía enervar la buena fe del constructor, plantador, cultivador,... mediante la oposición (denuncia de la obra nueva). En concreto, *vid.* lo advertido por MARQUILLES para el Derecho histórico de Cataluña.

(177) No sería considerado un poseedor de mala fe a los efectos de la accesión ya que se trata de un poseedor en concepto diferente al de dueño (art. 432 Cc).

del caso en que el que plantó o edificó en terreno ajeno; obró de buena fe. Para su acertada aplicación, lo primero que es preciso tener presente es cómo y cuándo se ha de reputar al constructor de buena fe; para esto hay que atenerse al art. 433 (...). *Por supuesto, todo esto cuando se trate de un poseedor; pero cuando no se trate de esto, habrá que tener presentes las circunstancias del caso, para averiguar si el que edificó sabía que edificaba en suelo ajeno o no*», pues, implícitamente, considero que está aludiendo a las diferentes soluciones normativas que se dan en cada hipótesis.

Por otra parte, según la definición acogida al inicio de este epígrafe, la buena fe consiste también en la creencia en torno a la amplitud del título: se cree que permite edificar, plantar, sembrar o roturar. Sin embargo, a mi entender, esta idea debe matizarse. En primer lugar, no basta cualquier título antes bien debe ser un título traslativo de la propiedad o de un derecho real que permita edificar. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que si existe dicho título, éste —tal y como se formula la idea— no adolece de ningún vicio y legitima, por otra parte, la posesión que ostenta el edificante. Así pues, las cuestiones referentes a la propiedad de lo edificado, plantado o sembrado se dilucidarán de acuerdo con la relación jurídica en cuestión y la normativa que a la misma disciplina. Por tanto, fuera del supuesto de hecho de la accesión.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acogido, tal como destaca Carrasco, a quien sigo en este extremo, diferentes acepciones de buena fe en materia de accesión (178). Recientemente, la *STS de 17 de junio de 1985* ha considerado que la remisión contenida en el art. 361 Cc se refiere exclusivamente a la indemnización de manera que tampoco es aplicable el concepto de buena fe posesoria: «...y del significado del artículo trescientos sesenta y uno, donde no se valora la clase de posesión, índice de citar o de tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe como simple estado de conocimiento, característico de los derechos reales (ignorancia o creencia de los artículos cuatrocientos treinta y tres y mil novecientos cincuenta del Código) aplicado en los artículos cuatrocientos cincuenta y tres y cuatrocientos cincuenta y cuatro, no obstante la remisión que a ellos hace el trescientos sesenta y uno, pues se refiere solamente a uno de los supuestos de la opción y se reduce a la forma de determinar la indemnización, no al trasplante íntegro de los conceptos que aquéllos contienen...» (179).

(178) CARRASCO PERERA, A. *op. cit.* pp. 273 y ss.

(179) *Vid. SSTS de 11 de junio de 1985, 4 de julio de 1985.* La decisión jurisprudencial viene predeterminada, en alguna medida, por el supuesto de hecho que es análogo al de las sentencias que cito en esta nota. Con todo a ello haré referencia posteriormente.

Pese a lo que se desprende de este Fundamento de Derecho recuérdense las hipótesis planteadas y así, cuando se reúnan los requisitos para que el sujeto edificante sea considerado poseedor de buena fe serán de aplicación los preceptos relativos, en materia de posesión al mismo, así como los de la accesión dado el carácter de impensa posesoria de la plantación, siembra y edificación en suelo ajeno. La buena fe será, entonces, la que parcialmente postula el art. 433 Cc.

Por lo demás, sólo señalar que el momento en que debe apreciarse la buena fe/mala fe es el momento de la edificación, siembra, plantación o roturación como pone de relieve la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de septiembre de 1993* en cuyo Fundamento de Derecho segundo se afirma que «la qüestió litigiosa que cal resoldre als efectes del present procediment no és si els agents varen ésser adquirents de bona fe en el moment d'atorgar el contracte de compra-venda, sinó si encara tenien aquesta condició en el moment en que procediren a efectuar la inversió de les millores per les quals sol liciten la protecció que faculta l'art. 278 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya. La resposta a aquesta qüestió és necessàriament negativa, ja que l'expressió de l'art. 278 esmentat es refereix explícitament a la bona fe existent en el precís moment que es procedeix a l'edificació i no pas a la qualitat possessòria originària».

4. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA ACCESIÓN (*)

4.1. Planteamiento de la cuestión

La cuestión que sirve de rúbrica a estas líneas la dejé apuntada e incontestada cuando trazaba el bosquejo histórico (180). En concreto planteaba el interrogante relativo a la posibilidad de que el precarista pudiera ser un edificante al cual se aplicaran las normas de la accesión (o la norma referente a la accesión, en el caso del Derecho catalán) y, por supuesto, la concesión o no del derecho de retención.

Conviene partir del dato de que la doctrina anterior y posterior al Código civil entendió que por «tercero», «tiers» o «terzo» debía comprenderse no sólo al poseedor sino también al mero detentador (181). Dicho de otro modo, quedaban comprendidos tanto el poseedor natural como el civil de acuerdo con la terminología que utiliza nuestro Cc en el artículo 430. Así ha parecido entenderlo la jurisprudencia más mo-

(*) Vid. un nuevo análisis de esta cuestión en mi Comentario a la STSJ de Cataluña de 28-12-93 (La Llei de Catalunya: Balears julio 1994 n.º 84).

(180) Vide supra p. 12.

(181) Para el Derecho italiano y concretamente en relación con el Cc de 1865, vid. BRUGI, B. «Della proprietà» en *Diritto Civile Italiano* Parte IV V. II Napoli, 1918 p. 209 y BARRERO, D. *op. cit.* p. 689. Para el francés, vid. BAUDRY-LACANTINIERE, G. y CHAUVEAU, M. *op. cit.* p. 259.

derna, como ha podido comprobarse con el párrafo jurisprudencial transcrito anteriormente: *no se valora la clase de posesión*.

La cuestión en el ámbito del art. 278 de la Compilación catalana debe tener presente (al igual que en el Código civil) que dicho precepto determina el derecho de retención como garantía del derecho de crédito por los jornales de los operarios, materiales o semillas. Este derecho de retención supone una prolongación en la posesión del bien de que se trate (en concreto, la finca sobre la cual se ha edificado, plantado, sembrado o roturado). Teniendo presente este dato legislativo debe diferenciarse entre: edificante (cultivador, plantador) y sujeto que puede verse favorecido por la garantía.

Los sujetos que pueden llevar a cabo una edificación, plantación, siembra o roturación en suelo ajeno no son los mismos sujetos que tienen reconocida la garantía en el art. 278 Comp. Como he venido destacando, el art. 278 Comp. no cualifica al sujeto que edifica, planta, siembra o rotura y esta falta de *veste* permite afirmar que dicho sujeto podrá ser un tercero poseedor —ostentando una posesión indebida— o un mero detentador, tenedor material, precario o, en general, cualquier sujeto que realice actos de carácter posesorio porque así lo tolera el poseedor legítimo o porque goza de una licencia (arts. 444 y 1942 CC). Este ha sido el sentir de la doctrina tanto patria como foránea. De acuerdo, pues, con el concepto de buena fe que postulo, este sujeto será considerado un edificante, cultivador, plantador de mala fe al conocer que el suelo es ajeno y carece de la facultad de edificar. Consecuentemente, *perderá la edificación, siembra o plantación en beneficio del dueño del suelo* (art. 362 Cc, 278 Comp. *if.*).

Antes de seguir avanzando en el tema conviene hacer referencia a la jurisprudencia del TS. A la luz de la misma podría afirmarse que existe cierta contradicción en ella. En efecto, determinados fallos jurisprudenciales consideran al precarista como posible sujeto edificante insertándose bajo la *species facti* de la norma reguladora de la accesión. En este sentido cuando las obras, mejoras son consentidas por el dueño del suelo, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 364 Cc cabría aplicar: en el Derecho del Código, la remisión del art. 361 Cc a los arts. 453 y 454 del mismo Cuerpo legal y, por tanto, la posibilidad de que dicho sujeto ejercitara el derecho de retención por los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado (182); en el Derecho de la Compilación catalana, el derecho de retención que prevé el inciso inicial del art. 278.

(182) Un sector doctrinal ha entendido que la remisión del art. 361 Cc no se refiere exclusivamente a la indemnización sino que se extiende al régimen jurídico de la misma y, en consecuencia, al derecho de retención (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. «Sistema...» T. III p. 183).

Sin embargo, otra serie de pronunciamientos jurisprudenciales niegan al poseedor natural el derecho de retención (*STS de 17 de mayo de 1948, 7 de octubre de 1949 y 9 de julio de 1984, entre otras*).

Como se podrá comprobar, en líneas posteriores, la contradicción es tan sólo aparente. En efecto, el derecho de retención requiere como base la posesión y, en concreto, la posesión de carácter civil y, además en concepto de dueño.

Por lo demás, avanzando ideas, para gozar del derecho de retención que prevé el art. 278 Comp. el sujeto ha de ser un poseedor civil de buena fe y en concepto de dueño (arts. 430, 432 Cc) y no un precarista (poseedor natural). De ahí que, para profundizar más en la tesis deba detenerme, en primer lugar, en el soporte subjetivo del derecho de retención.

4.2. El presupuesto subjetivo del derecho de retención

Se recordará que en el *Ius civile* la *exceptio doli* era concedida tan sólo al poseedor de buena fe fundamentándose la concesión en la equidad. Fue en época posterior, en el Derecho Justiniano, cuando se concede el derecho de retención —enmarcado en la *exceptio doli*— no exclusivamente al poseedor de buena fe sino también al de mala fe por los gastos necesarios, amén de al primero por los útiles (183). Consecuentemente, deja de ser un remedio jurídico del poseedor de mala fe que goza de un derecho de crédito para recuperar los gastos útiles. Sólo se premia al poseedor de buena fe —por este segundo concepto— fundamentándose la *exceptio* en el equilibrio patrimonial y, por ende, en la evitación del enriquecimiento injusto que pudiera ocasionarse. Florencio García Goyena, en sus «*Concordancias, Motivos, Comentarios al Código civil español*» así lo recordará al analizar el art. 432 del Proyecto de Cc de 1851.

Obsérvese, de otra parte, que tanto en este precepto como en el vigente se trata de un poseedor que es vencido en su posesión. Se reconoce una posesión superior si bien se le permite retener la cosa como garantía del derecho de crédito por las impensas llevadas a cabo. La retención del poseedor vencido conlleva el reconocimiento del derecho de poseer del poseedor vencedor. La contienda determinará un cambio en el concepto en el que se posee. Por eso, la doctrina que ha estudiado el tema diferencia dos fases: aquélla previa a la retención y otra determinada, precisamente, por la retención que comporta una nueva posesión. Destaca Scaevola que «el derecho de retención es uno de los modos defensivos de la posesión de buena fe; su finalidad no es otra

(183) *Vid. supra*. p. 24.

que la de mantener una posesión de hecho, en tanto el poseedor no sea indemnizado de los gastos necesarios y de las mejoras útiles que hiciera en la cosa poseída. El derecho de retención, a su vez, debe ser protegido, porque produciendo una posesión de hecho, una tenencia legal, si el retinente es perturbado o despojado de su tenencia, ha de ser restituido en ella por la vía interdical.

Si el derecho de retención crea un nuevo estado transitorio durante el cual el poseedor de buena fe continúa en la tenencia natural de la cosa, «*es porque cesa un estado posesorio anterior*». Y añade que a pesar de que se resuelva el estado posesorio «*conserva la vitalidad de prevalecer en favor del poseedor vencido la tenencia de la cosa como modo cautelar, si aquél ejerce el derecho de retención*» (184).

Se da, pues, una intervención del concepto posesorio: antes del ejercicio del derecho de retención se poseía en concepto de dueño, con la retención se posee en concepto diferente del de dueño (en concepto de retentor). Además, se deja de ser poseedor civil para adquirir la *veste* de poseedor natural. Desde este punto de vista resulta paladino que el precarista (genéricamente, el poseedor natural) no puede retener. No obstante, existe otra razón en apoyo de dicho aserto que estriba en el hecho de que la accesión así como los arts. 453-454 Cc parten de la inexistencia de relación jurídica que vincule a ambos poseedores (vencido y vencedor) (185). En las situaciones posesorias de carácter tole-

(184) SCAEVOLA, Q. M. T. *op. cit.* pp. 482 y 483 respectivamente. Claramente, aparece reflejado en los estudios que ha dedicado VIÑAS MEY al tema («*El derecho de retención*» en RDP Año X (1923) pp. 103 y ss. «*Más sobre el derecho de retención*» RDP Año X n.º 112 (1923) pp. 1 y ss. *Vid. voz* «Gastos» en NEJ Seix *op. cit.* p. 565 «el retentor posee la cosa retenida *nomine alieno*, es un mero detentador de cosa ajena y normalmente la detentación es considerada como un mero hecho»). El autor señala, siguiendo el parecer de RAMPONI, que existen dos estadios el «*anterior a la detención y de la detención misma. El primero lo constituye la posesión civil de buena fe o la natural (sic). El segundo la tenencia legal por el nuevo título surgido*» (VIÑAS MEY «*El derecho de retención*» *op. cit.* p. 111; BELTRÁN DE HEREDIA, P. «*El derecho de retención*» (teoría unitaria) RDP, 1962 p. 1007, 1024-1025). También para el derecho italiano se ha afirmado que uno de los presupuestos de existencia del «*ius retentionis*» es «*una precedente situazione giuridicamente qualificata in cui deve essersi trovato il successivo retentor: situazione che si identifica con il possesso della cosa*». El autor añade que «*è intuitivo che il possesso è da considerarsi quello del momento in cui viene accertato l'obbligo, per chi vi si trova, di restituire la cosa al proprietario, poichè il retentor, in quanto tale, è sempre un detentore*» (voz «*Ritenzione (diritto di)*» en NDI p. 174 a cargo de D'AVANZO, W., el cual precisa aún más en nota a pie de página n.º 2 «*ci sembra doversi escludere la detenzione, perchè questa, originandosi solo da un rapporto contrattuale, esclude che nel detentore possa accertarsi quell'animum che l'art. 1.152, con disposizione di carattere generale e quindi normativo dell'istituto in esame, richiede per l'ius retentionis*»).

(185) La STS de 20 de junio de 1992 es contundente al respecto «*el art. 453 del Código Civil se refiere a aquellas situaciones en que un propietario no poseedor (y, en general, quien tenga mejor derecho a poseer) recupera la posesión detentada por un tercero, en cuyo caso es indudable que éste (el poseedor que cesa en la posesión), si lo ha sido de buena fe, tiene derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa poseída (en la forma y con las garantías que dicho precepto establece)...*» (Fto. de Dcho. secto).

rado o consentido pueden apreciarse diferentes aspectos que, como destaca el Profesor Díez-Picazo (186), pueden consistir en la existencia de un contrato de precario o actos posesorios que evidencien la existencia de un concurso de voluntades del cual emane una relación jurídica que regule dicha situación (187). En estas hipótesis, los

(186) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «Fundamentos...» T. II p. 489.

(187) Escribe ARANA, I. que «el común denominador de todas estas situaciones es la facultad de la persona legitimada en virtud del artículo 1.564 LEC, para instar el deshaucio de quien detenta el inmueble. Por lo demás, y aun existiendo otras posibles similitudes, se trata de relaciones jurídicas distintas entre sí, bien que en la práctica, su individualización sea a menudo mera cuestión de matices, difícil de precisar» (CCJC n.º 324 p. 4.105 Vid. LUNA SERRANO, A. «Comentario del Código Civil» Ministerio de Justicia T. II Com. art. 1.942 Cc p. 2001). Considero que también gozan de otra característica común: *la cesión del uso del bien*. Conocido es, de otra parte, que el concepto de precario es eminentemente de creación jurisprudencial que, de forma paulatina, ha ido ampliándolo. Uno de los conceptos iniciales se encuentra en la *STS de 5 de febrero de 1948* en la cual se puede leer que «...la esencia del precario, según tiene esta Sala en múltiples sentencias, (...) es el uso y disfrute de cosa ajena sin que medie renta o merced ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real de la voluntad, del cual depende poner término a su propia tolerancia y el consiguiente ejercicio de la acción para deshauciar que le atribuyen los artículos 1.564 y 1.565, número tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil». (Vid. *SSTS de 28 de junio de 1926, 13 de febrero de 1958 y 10 de enero de 1964*). La ampliación de dicho concepto se hace patente en la conocida *STS de 30 de octubre de 1986* en cuyo Fundamento de Derecho tercero se dice que «...conforme a repetida jurisprudencia el concepto de precarista a que alude el número 3 del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sin que se extienda a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, y, como ha declarado la Sentencia de 28 de junio de 1926, tomando el precario en el apropiado y amplio sentido que le ha dado la jurisprudencia, es aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa, pues, según lo también declarado por la jurisprudencia, ésta ha ido paulatinamente ampliando el concepto del precario hasta comprender no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también todos aquéllos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva: así como que como síntesis de la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al concepto de precario, merece ese calificativo, para todos los efectos civiles «una situación de hecho, que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho»; el hecho de pagar merece excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, «siendo acatada la entrega» en tal concepto, sin que equivalgan a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación...». Dicho concepto puede encontrarse, en resoluciones posteriores como, a título de ejemplo, la *STS de 22 de octubre de 1987* y la de *23 de mayo de 1989* en relación con el art. 278 Compilación catalana. También la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de abril de 1987*.

derechos y deberes de cada uno de los sujetos —precarista y poseedor tolerante— se regirán de acuerdo con lo previsto por los mismos y, en su defecto, advierte la *STS de 23 de mayo de 1951* que sus intereses están suficientemente amparados por la normativa especial «*de los artículos 1.604 y 1.605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) que los reconoce para el caso en que reclamen por labores, mejoras u otra cualquier cosa que haya quedado en la finca, el derecho a pedir en ejecución de la sentencia de deshaucio su avalúo y la indemnización correspondiente...*» (188). De la misma manera cabría argumentar para aquellos actos de carácter posesorio debidos a la licencia del poseedor. En general, estos supuestos tienen una doble característica en común: *la cesión del uso y el deshaucio* (arts. 1.564 y ss. LEC). Dicho rasgo evidencia otro aspecto que no debe olvidarse: *la posesión o tenencia material del bien carece del carácter indebido que es predicable en materia de accesión* precisamente porque se trata de una cosa ajena (189).

Resta un supuesto que, si bien podría englobarse en los anteriores, prefiero diferenciarlo por cuanto se refiere a aquellos actos realizados por mera tolerancia del poseedor: son los denominados por el Cc como «*actos tolerados*». Un sector doctrinal ha considerado que dichos actos son aquéllos que se realizan con base en relaciones de amistad, vecindad o familiaridad (*iure familiaritatis*) restando en un plano extrajurídico (190), es decir, no producen efectos jurídicos. Ahora bien, el mismo sector de la civilística matiza la afirmación considerando que dichos actos pueden insertarse en una situación jurídica más compleja, lo que conllevaría la producción de efectos jurídicos. En mi opinión,

(188) Además, *vid. SSTS de 1 de junio de 1892, 27 de enero de 1953 y 4 de marzo de 1959*.

(189) El elemento de la ajenidad de la cosa ha estado presente en la jurisprudencia del TS que considera fuera del ámbito de la accesión, las mejoras realizadas por un copropietario en la cosa común (*SSTS de 27 de febrero de 1979 y 18 de junio de 1990*).

(190) Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Fundamentos...*» T. II p. 490 significa que «separados estos actos (se refiere a los «actos meramente tolerados») de los ejecutados en virtud de un título contractual y del precario en todas sus formas, parece que han de ser actos de carácter extrajurídico, en atención, como dice MORALES, al entramado sociológico en que se desarrollan y a la falta de producción de auténticos efectos jurídicos, puesto que se les priva de la eficacia posesoria. Se trataría de actos fundados en relaciones de amistad, de buena vecindad o de familiaridad, en el ánimo de favorecer, de no entorpecer, etc...». No obstante, matiza su posición al advertir que «este concepto inicial de actos meramente tolerados como actos fundamentalmente extrajurídicos, fundados *iure familiaritatis*, recibe alguna ampliación cuando se colocan dentro del mismo marco los actos fundados en una voluntad expresa del poseedor legítimo, que sea por su naturaleza especialmente revocable y en virtud de la cual no se haya creado relación jurídica vinculante alguna, ni se haya atribuido al beneficiario derecho subjetivo alguno». En la línea de pensamiento del Profesor DÍEZ-PICAZO se halla COCA PAYERAS, M. que no considera que sean actos posesorios (Com. art. 444 Cc *op. cit.* p. 1198). *Vid.* MORALES MORENO, A.M «*Posesión y usucapión*» Madrid, 1972, pp. 1123-124.

los actos realizados *iure familiaritatis* no carecen de relevancia para el Derecho. El Derecho no se desentiende de ellos y estas situaciones posesorias ya sea desde el punto de vista patrimonial como desde otras ramas del Derecho civil (v. gr. Derecho de Familia o Derecho de Sucesiones) aparecen reguladas por el Derecho y los efectos que dimanar de dichas situaciones hacen que se adjetiven de jurídicas (191).

Pues bien, todas estas hipótesis han estado presentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más recientemente, en la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: el sujeto cuyos actos tolera el poseedor puede ser un edificante, cultivador, etc. ...; el conocimiento de la ajenidad del suelo en el que edifica hará que se trate de un sujeto del cual es predicable la mala fe y aunque las mejoras llevadas a efecto son, por regla general, consentidas por el dueño del suelo y, por ende la normativa a aplicar sería aquélla que regula el supuesto en caso de que edificante y *dominus soli* se condujeran de buena fe (192), *no puede concedérsele el derecho de retención porque no cabe la intervención*

(191) Vid. Un supuesto en el que se condensan todos estos aspectos en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 7 de octubre de 1991* (La Llei T. 1992-1 p. 40) y más recientemente, en la *STSJC de 1 de marzo de 1993* el ponente (Dr. L. Puig Ferriol) destaca que «...atesa l'estreta relació de parentiu que hi havia entre el propietari de la finca i el constructor —pare i fill— no és oportú considerar el problema des d'una perspectiva estrictament patrimonial, perquè s'interfereixen en aquest conflicte d'interessos unes connotacions de caire familiar, que no es poden menystenir; com són que la persona que va fer aquestes construccions i plantacions en una finca aliena era fill que treballava a les finques del patrimoni familiar, sens dubte perquè ni havia entre pare i fill un acord tàcit que el fill seria hereu de l'herència paterna...». En cambio la *Sentencia del TS de 12 de enero de 1948* mantuvo que «considerando que el único motivo del presente recurso, se impugna la sentencia recurrida invocando la simulación de la compra por el causante de los actores de la finca que es objeto de litigio, y al efecto se alega que la compraventa no ha tenido realidad por encubrir un simple préstamo, pero ni la sentencia de instancia acepta esta tesis, ni hay en los autos elemento de juicio alguno que, siquiera indiciariamente, la justifique, por lo que carece de toda eficacia en este recurso la referida alegación y procede mantener el fallo estimatorio de la acción de deshaucio, ya que no se combate debidamente la apreciación por la Sala sentenciadora de la concurrencia de legitimación activa y pasiva que necesariamente lleva al lanzamiento de la demandada como ocupante del inmueble en concepto de precarista, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.564 y 1.565, número tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que para evitarlo tenga eficacia en la esfera del derecho positivo la proximidad de parentesco entre los litigantes, ni la antigua pertenencia a su padre de la casa a que se refiere el deshaucio, ni la circunstancia, en fin, de que en ella, y por razones familiares, haya vivido la demandada durante muchos años, pues son éstos de orden interno o de conciencia, que no trascienden al ejercicio del derecho de propiedad según normas que regulan el orden externo de la convivencia humana; razones por las que no es dable el único motivo del recurso» (La demandante y la demandada eran hermanas. Por consideraciones de orden familiar la primera sólo pretendía que la segunda le pagara la renta por la finca que venía ocupando desde hacía años, a lo cual se negó la demandada y ello derivó en el juicio de deshaucio pertinente).

(192) Vid. las *SSTS de 5 de junio de 1984* y la más cercana en orden cronológico de *9 de julio de 1984*.

del concepto posesorio (193). Sin embargo, la jurisprudencia que niega el derecho de retención al precarista, al poseedor sin título y en general al poseedor natural, no ha seguido la línea argumentativa expuesta, pues no se ha centrado en el estudio del derecho de retención y en el soporte posesorio innegable para su existencia, sino que ha aludido a posesión natural y a posesión civil equiparando dichas expresiones a posesión en concepto diferente al de dueño y a posesión en concepto de dueño respectivamente acogiendo, de esta manera, la corriente doctrinal que inauguró el Profesor Albaladejo (194). Quizá sea la STS de 17 de mayo de 1948 la que mejor exprese esta idea en su cuarto Considerando cuando señala que «el artículo 453 del Código Civil otorga al poseedor de buena fe el derecho a retener la cosa hasta que se le satisfagan los gastos necesarios o útiles que hubiere hecho en la misma, pero como solamente cabe reputar poseedor de buena fe, conforme al artículo 433 del citado Código, al que ignora que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide, resulta evidente que el derecho de retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir en el poseedor civil, pero no en el precarista, que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa, y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado ni impedir el deshaucio, según se desprende de los artículos 1.599 y 1.600 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por todo lo cual no cabe estimar la infracción

(193) CARRASCO PERERA, A. considera que «cabe hacer mención a una doctrina sustentada por el TS (SS 17-v-1949 y 9-VII-1984) en el sentido de que el derecho de retención sólo es concedible al poseedor civil, es decir, al que tiene un título que le faculta para poseer, pero no al poseedor precario, que sólo disfruta de una posesión natural graciosamente concedida por el dueño de la cosa. No comparto esta opinión. Podría pensarse, y sin duda sería lo correcto, que no es poseedor de buena fe a efectos del art. 361 el poseedor precario que disfruta de una posesión convenida con el dueño, pero si se le reconoce esta cualidad, como está haciendo la jurisprudencia, no existe razón para negarle el derecho de retención. Si no se restringe en sus términos el ámbito subjetivo, no creo que tampoco se deba restringir posteriormente la remisión del art. 453 y al derecho de retención que éste reconoce» (*op. cit.* p. 335). Por su parte, COCA PAYERAS, M. manifiesta que «el retentor no es un poseedor, sino porque carece de concepto posesorio ya que éste consiste en el ejercicio de un derecho sobre el objeto (...) y en estos casos lo que se ejercita es una mera facultad que, como tal, no constituye un concepto posesorio» (*op. cit.* p. 1172). Queda patente mi discrepancia con estos pareceres en el texto.

(194) ALBALADEJO GARCÍA, M. «Concepto, estructura y clases de posesión» en RDP p. 598 «la bipartición recogida en el artículo 432, que cabe calificar de posesión en concepto de titular y posesión en concepto de no titular, es la misma que en el artículo 430 se designa como posesión natural y posesión civil, definiendo aquélla como «la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona», y ésta como «esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos». Por mucho que se pretenda lo contrario (como hacen algunos autores, ambos artículos exponen la misma idea».

del artículo 453 del Código civil a que se refiere el tercer motivo del recurso...» (195).

Retomando el estudio del art. 278 Comp. hay que señalar que la ya mencionada *STS de 23 de mayo de 1989* niega el derecho de retención al precarista. En cambio, la también citada *STSJC de 1 de marzo de 1993* se lo otorga confirmando en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona.

4.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del TS en materia de accesión puede ser clasificada en diferentes grupos en función del conflicto de intereses subyacente en cada una de las sentencias. En esta dirección son discernibles los siguientes grupos de conflictos:

i) *aquéllos referentes a la extralimitación en la construcción o a la denominada accesión invertida*: conocida es la doctrina jurisprudencial al respecto por lo que no incidiré en ella. Mi opinión quedó reflejada en otro lugar (196).

(195) *Vid. STS de 7 de octubre de 1949* cuyo segundo considerando es de evidente interés, pues, se acerca al estudio del derecho de retención: «que la argumentación con que el recurrente desarrolla el motivo segundo de su recurso parece a primera vista dotada de tal solidez que habría de hacerle prevalecer, porque, en razón de la existencia no contradicha de obras realizadas por los demandados en el inmueble objeto del litigio que han hecho aumentar el valor de aquél en determinada cantidad, según afirmación de un perito, se invoca el derecho de retención que establece el artículo 453 del Código Civil y en tal circunstancia se pretende vincular un nexo jurídico con suficiente eficacia que permita a los demandados seguir ocupando la finca en cuestión; pero que este razonamiento del recurrente cae por su propia base si se tiene en cuenta que el aludido derecho de retención, que en nuestro ordenamiento legal no se halla sistematizado, sino que se consigna en diversos preceptos que contemplan instituciones jurídicas diversas, por lo que, conforme enseña la doctrina de esta Sala en su sentencia de 24 de junio de 1941, en cada caso y con arreglo a la disposición legal que refiera habrán de deducirse las obligaciones y pertinentes consecuencias, requiere para su ejercicio con la finalidad y eficacia que previene en sus dos párrafos el artículo 453 del Código Civil, citado como infringido por el recurrente, que durante la realización de las obras o mejoras sobre las que se pretende fundamentar aquel derecho quien las efectúe posea la cosa en que se hagan con título suficiente y buena fe, para que al ser vencido en la posesión o cesar en ella pueda ampararse en el precepto aludido y continuar la tenencia de la cosa pero ahora ya por vínculo jurídico distinto del originario que se perdió...». Parece, pues, que alude al concepto posesorio y a su interversión. (*Vid. STS de 26 de febrero de 1949*).

(196) NAVAS NAVARRO, S. «*Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Problemática de las construcciones extralimitadas*» (*Comentario a la sentencia del TSJC Sala Civil 7/1991 de 22 de julio*) La Llei T. 1991-2 p. 745. Respecto a la consolidada corriente jurisprudencial al respecto véase el comentario de LÓPEZ VILAS, R. *op. cit.* pp. 1019 y ss.

ii) *hipótesis en las que la edificación o construcción se llevó a cabo en bienes de dominio público (en concreto, en la zona marítimo-terrestre)*: tres son las sentencias —cercanas en el tiempo— que abordan dicho conflicto de intereses: *SSTS de 11 de junio de 1985* (Ponente: D. José Beltrán de Heredia y Castaño), *de 17 de junio de 1985* (Ponente: D. José Luis Albácar López) y *4 de julio de 1985* (Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas). En estas tres sentencias el supuesto de hecho es semejante. Se parte de una concesión administrativa en la cual se legitima al concesionario a edificar una fábrica o nave industrial destinada a la conserva y salazón de pescado. Las concesiones, que son de principios de la presente centuria, se otorgan sobre terreno situado en la zona marítimo-terrestre. El Abogado del Estado interpone demanda reivindicando dichos terrenos. Como, fácilmente, se habrá atisbado se plantean diferentes cuestiones. Una de ellas es la referencia a los caracteres de los bienes de dominio público lo que, se señala por el Abogado del Estado, determina el fin de la concesión. El concesionario, por su parte, alega la propiedad de la finca y su posesión así como que el deslinde practicado por la Administración carece de efectos jurídicos. En las tres sentencias se considera que deben abonársele los gastos realizados. Sin embargo,

— se acoge otro concepto de buena fe (197);

— se aplica la normativa de la accesión a un supuesto en el que existe una relación jurídica dimanante de una concesión. Se quiebra la línea jurisprudencial que entendía que no cabía la aplicación de dicha normativa cuando existía tal relación, si bien en sentencias posteriores es reinstaurada (a título de ejemplo, en la STS 15 de abril de 1991). No obstante, sólo se aplica respecto de la indemnización que debe abonarse a los concesionarios lo que, quizá, justifique alguno de los fundamentos de derecho;

— se guarda silencio acerca del contenido y alcance de las concesiones.

iii) *supuestos en los que existe un mero beneplácito y que podrían enmarcarse en las relaciones originadas «iure familiaritatis»*: *SSTS de 9 de julio de 1984, 25 de noviembre de 1985, 5 de junio de 1986, 30 de octubre de 1986, 16 de marzo de 1993, STSJ de Galicia de 24 de junio de 1990 y la STSJC de 25 de abril de 1992*. En la jurisprudencia menor —si se me permite la expresión— pueden consultarse: *SAP de Tarra-gona de 22 de abril de 1987 y SAP de Gerona de 7 de octubre de 1991*.

(197) DE ANGEL YAGÜEZ, R. *op. cit.* p. 492: «a nuestro juicio, el razonamiento implícito del Tribunal es que no puede quedar sin compensación o indemnización quien lleva a cabo la construcción, aun sabiendo que el suelo es ajeno, en la razonable creencia (ingrediente ético) de que esa compensación se va a producir o en el contexto de una relación jurídica generadora de esa fundada expectativa». En la misma línea de preocupaciones se sitúa ARANA, I. en CCJC n.º 324 y creo que es la *ratio* de la solución adoptada por el TSJC en la sentencia de 1 de marzo de 1993.

Los rasgos más sobresalientes serían los siguientes: se concede el deshaucio, no se entra a analizar la línea divisoria, ciertamente sutil, entre actos posesorios meramente tolerados y actos ejecutados en virtud de licencia, y por regla general no se concede el derecho de retención.

iv) *casos en los que se entabla una acción de deshaucio por el heredero que desea entrar en la posesión de los bienes que conforman el caudal relicto una vez ha sido aceptada la herencia: estos conflictos pueden ser corolario de los anteriores pues los actos posesorios meramente tolerados se iniciaron en vida del causante: STS de 20 de junio de 1992 y STSJ de 1 de marzo de 1993.*

4.4. Conclusión:

La principal conclusión que se puede extraer de lo expuesto, es que el supuesto de hecho de la norma del art. 278 Comp. (para aplicar los efectos jurídicos que previene el mismo precepto) es el siguiente: *un poseedor civil de buena fe y en concepto de dueño que realiza unos gastos (útiles). El sujeto tiene un derecho de crédito destinado a reembolsarse de dichos gastos (necesarios para obtener una mejora) que se ve reforzado por el derecho de retención de la finca sobre la que se edifica, planta, siembra o rotura como garantía específica del derecho de crédito.*

El sujeto edificante no poseedor civil no goza de dicha garantía. Pero ello no impide reclamar los gastos ejercitando su derecho de crédito. éste sí reconocido implícitamente, en la norma a cualquier edificante, plantador, cultivador o, en general, constructor en suelo ajeno.

5. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ART. 278 COMP. SU EJERCICIO Y EXTINCIÓN (*)

Conviene señalar, desde el principio, que el fin que me propongo en este epígrafe no pretende abarcar y estudiar el derecho de retención en toda su magnitud. La misión que me guió a lo largo del trabajo fue el análisis de la accesión en el Derecho Catalán y, por tanto, las líneas que seguirán acerca del derecho de retención pretenden, exclusivamente, enfocarlo en sede de accesión, es decir, en función del supuesto de hecho de la norma estatuida en el art. 278 Comp.

5.1. El ejercicio del derecho de retención

El retentor en cuanto poseedor se encuentra protegido por los interdictos. Como se conoce el art. 446 Cc es aplicable tanto al poseedor na-

(*) Vid. «El derecho de retención. Presupuestos, ejercicio y extinción». ABRIL, CAMPOY, J.M., NAVAS NAVARRO, Susana, «La Llei de Catalunya i Balears» junio 1994 n.º 82.

tural como civil («*todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen*»). Siendo, por tanto, como se ha visto, el retentor un poseedor natural gozará de la defensa interdictal. En esta dirección se ha planteado la doctrina si la situación posesoria del retentor puede verse aquejada del vicio de la violencia y en tal supuesto, cuál sea la protección que otorga el ordenamiento jurídico. Señala Scaevola que «el derecho positivo viene en confirmación de nuestro criterio (la facultad más importante del derecho de retención es ser amparado por los interdictos). Se da el interdicto de retener o recobrar, dice el art. 1.651 de la Ley procesal, cuando el que se halle en la posesión o en la *tenencia* de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o *tenencia* (...). Entre los requisitos intrínsecos del derecho de retención, figura el de la existencia actual de una posesión de hecho. Si, pues, la posesión existe, y a mayor abundamiento consagrada por una disposición legal, es indiscutible que habrá de ser amparada por los interdictos posesorios» (198). Pero, nótese que no se está ejercitando el derecho de retención sino que se está ante el ejercicio del interdicto de recobrar o de retener, en su caso. El ejercicio del derecho de retención se llevará a cabo mediante una *excepción* (199). No, en cambio, por vía de acción. En efecto, debe tenerse en cuenta que el su-

(198) SCAEVOLA, Q. M. *op. cit.* p. 504. igualmente, señala LÓPEZ DE HARO, C. que «*la retención no goza de acciones, pero la posesión de la cosa, en estado de retención, está amparada por las leyes.*

No se podrá alegar la retención como derecho sino excepcionando, pero si se ataca el estado de hecho de la retención, su defensa toma carácter activo y surgen las acciones posesorias» (*op. cit.* p. 68).

(199) Escribe LÓPEZ DE HARO, C. que «*esas acciones (se refiere a las acciones que nacen del «ius retentionis»), en cuanto al retentor, son realmente una excepción, la que le permite retener mientras no se le satisfaga su derecho, porque el ius retentionis no es actuación de ataque sino pasividad que comporta defensa.*

Al retener se mantiene una situación que llevada al orden adjetivo, al actuar recíprocamente los derechos de cada parte, se manifiesta en el retinente como excepción al derecho contrario en defensa del propio» («*El derecho de retención*» Madrid, 1921, p. 68. En la misma dirección se encuentran voces como la de VIÑAS MEY en «*El derecho de retención*» *op. cit.* p. 113). Por su parte, advierte, BELTRÁN DE HEREDIA, P. que «*el retentor no toma iniciativa alguna; la iniciativa está a cargo del propietario actor, quien demanda la restitución de la cosa sin antes cumplir su obligación. Contra esta acción el retentor adopta una posición negativa y pasiva. El retentor en cuanto retentor carece de acción; la facultad de retener la ejerce mediante una excepción. El retentor únicamente se opone mediante una excepción a la acción del actor, reclamándole la cosa sin antes dar satisfacción a su crédito*» («*El derecho de retención*» (teoría unitaria) RDP, 1962 p. 1028). Respecto a la clase de excepción de que se trata *vid.* ALMAGRO NOSETE, J. «*Significación procesal del derecho de retención*» en «*Consideraciones de Derecho procesal*», 1988 pp. 179 y ss.

puesto de hecho de la norma del art. 278 Comp. contempla a un edificante, plantante, cultivador, etc. ... que es poseedor de buena fe y en concepto de dueño. Por tanto, cree que el suelo es propio. En tal caso, por hipótesis, el edificante-poseedor de buena fe no ejercitará acción alguna. Será, pues, el verdadero propietario del suelo el que ejercitará la acción pertinente tendente a la recuperación del bien objeto de su derecho. Obviamente, la acción reivindicatoria. Pero no sólo esta acción. Recuérdese que en líneas más arriba se destacó cómo en el foro los supuestos obedecían al ejercicio de diferentes acciones: acción declarativa de dominio, acción personal de indemnización de daños y perjuicios, etc. ... (200).

El ejercicio del derecho de retención se da, por regla general, cuando reconviene el demandado solicitando la declaración de su existencia (201), si bien no deja de existir algún caso en el que el actor pretende que se condene a la parte demandada a otorgar escritura pública o subsidiariamente y a elección de la interpelada, se condenara a ésta a hacer suyas las obras realizadas por el demandante, previa indemnización de su importe con los aumentos correspondientes (...), declarando el derecho del accionante a retener el inmueble hasta que se le abonara la total inversión realizada (202).

Por otra parte, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de ejercitar el derecho de retención en período de ejecución de sentencia (*SSTS de 8 de julio de 1897, 27 de noviembre de 1902, 30 de mayo de 1969, 7 de julio de 1990, 28 de septiembre de 1990, SAT Barcelona de 30 de noviembre de 1971*).

5.2. La extinción del derecho de retención

A la extinción del derecho de retención se ha aludido por parte de

(200) *Vide supra*.

(201) Destacaba, en los años 20, LÓPEZ DE HARO, C. que «cuando la autoridad interviene requerida por el derecho contrario, puede tomar el *ius retentionis*, en virtud de reconvenición, carácter activo, no para constituirse, pero sí para sancionarse.

Si el dueño reclama la cosa se le opondrá como excepción el *ius retentionis* y puede además reconvenirse pidiendo que se declare proceder y estar bien hecha la retención» (*op. cit.* p. 70). Desde este punto de vista se le da pleno sentido a la posibilidad de ejercitar el derecho de retención mediante una acción de claración —partiendo del concepto que ofrece CHIOVENDA («es aquélla por la que el actor que la propone o invoca tiende exclusivamente a promover la certeza jurídica, frente a un estado de falta de certeza que le es perjudicial, pidiendo a tal objeto, que se declare existente un derecho suyo e inexistente el derecho ajeno») — que propone ALMAGRO NOSETTE, J. en *op. cit.* p. 181.

(202) *STS de 25 de noviembre de 1985*.

la doctrina como enervación del derecho de retención (203). Considero que no propiamente se enerva sino que se extingue aunque deberán tenerse en cuenta los medios jurídicos que prevé el art. 278 Comp. al respecto.

El art. 278 Comp. prevé tres formas de extinguir el derecho de retención: «...reintegre, afiance o consigne judicialmente...».

Respecto del primer modo, el art. 278 Comp. utiliza una expresión que como ha destacado la doctrina se refiere al *pago* de las cantidades que detalla el precepto o bien el aumento de valor adquirido por el suelo (204). El pago o cumplimiento de la deuda por el propietario del suelo extingue el derecho de crédito y como el derecho de retención es accesorio de un crédito se extingue también aquél. Por tanto, propiamente, no se enerva el derecho de retención sino que se extingue como consecuencia de la extinción del derecho de crédito que garantiza.

En relación con el pago se podría plantear la hipótesis del pago parcial (arts. 1.157 y 1.169 Cc). Si así lo acepta el retentor cabe el pago parcial, si bien en mi opinión puede seguir ostentando la tenencia de la cosa hasta el completo pago y extinción total de la deuda, pues, cuando el precepto se refiere a «reintegri» lo hace presuponiendo que dicho pago reunirá los requisitos subjetivos y objetivos de todo pago (arts. 1.158-1.159 Cc en cuanto a los primeros y arts. 1.157, 1.166 y 1.169 Cc respecto a los segundos) (205). Sin embargo, cabe aducir otra razón más poderosa: el derecho de retención es, según se ha cuidado de destacar la doctrina, al igual que el derecho real de hipoteca y de prenda,

(203) CUSÍ ESCOFET, W. *op. cit.* p. 87 el cual alude, impropiaemente, a «anular el derecho de retención»; PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX *cit.* p. 17.

(204) CUSÍ ESCOFET, W. señala que «desde un punto de vista gramatical, el vocablo "reintegrar" tiene varias acepciones, entre ellas,... restituir, devolver, recobrar, pagar, etc...; sin embargo, de todos ellos, y por el contenido del artículo de referencia ha de afirmarse que equivale a pagar...» (*op. cit.* p. 87). En esta línea, PUIG FERRIOL, L. «y por cuanto hace referencia al concepto de reintegro que aparece también en dicho precepto, el reintegro se refiere al pago de una cantidad dineraria que cubra el importe de los conceptos aludidos en el tan repetido artículo» («Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX *cit.* p. 15).

(205) Por otra parte, conviene traer a colación el art. 1.780 Cc en materia de depósito según el cual «el depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito». Este precepto ha permitido afirmar a la doctrina que lo ha estudiado que «el derecho de retención del depositario es pues indivisible y, aunque el objeto del depósito sea un bien divisible, no puede compelerse al depositario a una devolución parcial: el depósito retenido garantizará el pago de los créditos del art. 1.779 hasta su total extinción» (DEL POZO CARRASCOSA, P. *op. cit.* pp. 84-85).

indivisible, lo cual determina la respuesta afirmativa respecto a la retención por la parte del precio no pagado (206).

Otro de los posibles modos de extinción del derecho de retención es la consignación. La doctrina entiende que se hace referencia a un supuesto diverso del anterior. También existe un pago pero un pago rechazado «sin razón» por el edificante, cultivador, roturador... (art. 1.176 Cc) y ello permite al deudor-propietario del terreno consignar tras haber ofrecido el pago o cumplimiento. Sin embargo, conviene tener en cuenta que no bastará la mera consignación (en cuanto depósito ante la Autoridad judicial ex art. 1.178.1 Cc) para entender extinguido el derecho de retención. Antes bien, debe declararse que dicha consignación está bien hecha. Debe solicitarse que se declare extinguida la obligación (art. 1.180 Cc: «*Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación*»). Sólo de este modo se entenderá extinguido el derecho de retención. Consecuentemente, la consignación deberá reunir los requisitos que determina el Cc (arts. 1.176 y ss. de dicho cuerpo legal).

El tercer medio jurídico que prevé el art. 278 Comp. es, si se sigue la literalidad del mismo, la fianza. No obstante, la doctrina catalana conviene en que el término empleado por el Compilador de 1960-1984 no debe interpretarse en sentido estricto, sino en sentido amplio comprendiendo cualquier tipo de garantía (207). Parece, por tanto, que el legislador pretende la constitución de otra medida de aseguramiento más vigorosa que el derecho de retención pues si el art. 278 Comp. prevé como garantía del derecho de crédito del edificante, cultivador, ... de buena fe el derecho de retención, ¿qué sentido tiene que se pretenda enervar una garantía con otra garantía? Quizá el significado obedezca a que el derecho de retención, como ha destacado la doctrina no supone

(206) El tercero de los caracteres del derecho de retención según SCAEVOLA, Q. M. es el de la indivisibilidad, nota común a los contratos de garantía. Señala respecto a ello que «la extinción debe ser total; de ahí que persista la garantía cuando la obligación no se ha resuelto por entero» (T. VIII *op. cit.* p. 492). En el mismo sentido, LÓPEZ DE HARO, C. *op. cit.* p. 66 «se trata de un crédito que afecta a una cosa, y pues mientras aquél no se extinga subsiste, y mientras subsista en todo o en parte sigue actuando sobre ella».

(207) «Desde el punto de vista teórico —destaca CUSÍ ESCOFET, W.— creemos no hay obstáculo alguno para afirmar que, efectivamente, la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, permite utilizar cualquier clase de garantía de las admitidas en Derecho, si bien en el orden práctico habrá de recurrirse, por regla general, al típico contrato de fianza regulado por el Código Civil, por lo que, en definitiva, estimamos que, si bien el criterio seguido por el Legislador, en estos supuestos, responde a una actitud abierta, es decir, que la enumeración de los tres términos ya citados no es exhaustiva, sino que independientemente de poder escoger entre aquéllas cabe usar de cualquier medio regulado legalmente, en el orden práctico habrá de recurrirse en la mayoría de los casos a los expresados en el artículo 278 de la Compilación» (*op. cit.* p. 88). También, PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX *cit.* p. 15.

un derecho de realización de valor, sino que proporciona al *retentor* la preferencia en cuanto al señalamiento de los bienes que pueden ser embargados (arts. 1.408, 1.447 y 1.454 LEC) dado que es un acreedor más (208). En cambio, si el propietario del suelo-deudor de los gastos realizados (o del aumento de valor) constituye un derecho real de garantía que consista, en su caso, en la realización del valor del bien (v. gr. la hipoteca) que, por tanto, permite acudir al juicio ejecutivo con la consiguiente celeridad en la solución del conflicto, el derecho de retención ve considerablemente disminuida su función económico-jurídica. Los derechos reales de garantía se distinguen por el *ius distrahendí, ius perseguendí*, el *privilegio* (en este caso) ex art. 1923,3 Cc. Caracteres de los que no goza el derecho de retención. En esta dirección escribe Lacruz que el derecho de retención es «un medio de disuasión de la actitud rebelde del deudor frente al cumplimiento, cuya eficacia dependerá del deseo que tenga éste de recobrar el objeto retenido» (209).

En el supuesto de que presente fiador el deudor, cuenta entonces el acreedor con otro patrimonio hacia el cual dirigirse y cobrarse su derecho de crédito (210). Obsérvese, pues, que en dichos supuestos tiene sentido que el derecho de retención se extinga pese a que no lo haga el derecho de crédito que le sirve de base y al cual garantiza.

(208) SCAEVOLA, Q. M. T. VIII *op. cit.* p. 511; VIÑAS MEY «*El derecho de retención*» *cit.* p. 112; BELTRÁN DE HEREDIA, P. *op. cit.* p. 1029 («*quien tiene una cosa ajena en garantía del cumplimiento de una obligación hemos dicho que además de retentor es un acreedor, y hemos dicho también que la retención no excluye la contemporánea existencia de otras acciones, garantías y procedimientos encaminados a conseguir el cobro del débito. En aplicación de estos principios el acreedor, como tal acreedor, puede proceder a la ejecución forzosa sobre la cosa retenida. Quede bien claro que esta facultad le compete como acreedor, no como retentor. El retentor no puede provocar la ejecución forzosa; el ejercicio de su derecho consiste en la retención de la cosa. Nada más. Si el retentor en su cualidad de acreedor promueve la ejecución forzosa sobre la cosa retenida extingue con ella la retención, y entrará en la liquidación como acreedor quirografario*»). En la moderna doctrina civilista así lo consideran LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii T., II V. I *op. cit.* p. 365; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*» *Las relaciones obligatorias* V. II (1992) pp. 410-411; PUIG BRUTAU, J. «*Fundamentos de Derecho civil*» T. I. V. II 3.^a edic. Bosch (1985) p. 472; ALBALADEJO GARCÍA, M. «*Derecho civil*» (*Derecho de obligaciones*) T. II V. I. 8.^a edic. (1989) p. 264. Respecto del depositario, entiende DEL POZO CARRAS-COSA, P. que «el depositario se comporta pues como un ejecutante cualquiera, pero, si además es retentor de la cosa depositada, tiene una importante ventaja respecto de un mero acreedor, pues la facultad de designación de bienes de los ya mencionados arts. 1.408 y 1.454 LEC le permite trabar ejecución, cuando menos, en la cosa objeto del depósito y retenida, que es el único bien que, *a priori*, sabe con certeza que pertenece a deudor. El depositario retentor se convierte así en retentor ejecutante» (*op. cit.* p. 110).

(209) LACRUZ BERDEJO, J. L. et alii *op. cit.* T. II V. I p. 365.

(210) Destaca VIÑAS MEY que no es causa extintiva del derecho de retención «el ofrecimiento de una caución, no pudiendo quedar a la voluntad del deudor sustituir la garantía legal...» («*El derecho de retención*» *cit.* p. 113).

Ahora bien, no sólo son estos los supuestos de extinción del derecho de retención. Existen otros. Entre ellos destaca la doctrina (211): 1.— la pérdida o destrucción de la cosa: si la destrucción es parcial sobre el resto se concentrará el derecho de retención; 2.— la pérdida de la posesión (212); 3.— la renuncia del titular del derecho de retención.

Estas son las causas de extinción del derecho de retención que han sido destacadas por la doctrina. Sin embargo, conviene detenerse en la segunda. Según destaca el art. 460 Cc la primera causa de pérdida de la posesión es el *abandono de la cosa*. Si este es el comportamiento que lleva a cabo el *retentor* entiendo que, de hecho, está renunciando al derecho de retención, por lo que esta causa de pérdida de la posesión sería reconducible a la tercera causa de extinción del derecho de retención que, líneas superiores, señalaba. La segunda causa que estatuye el art. 460 Cc como pérdida de la posesión es la *cesión hecha a otro por título gratuito u oneroso*. En este supuesto concreto, el *retentor* cometería un acto de despojo frente al propietario del bien (salvo en el caso de cesión *mortis causa*) reconduciéndose al supuesto del art. 460.4 Cc. Finalmente, la tercera causa es la *destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio*. La primera parte de la proposición es equivalente a la primera causa, que he enumerado, de extinción del derecho de retención. La segunda parte de la misma proposición obedece al concepto jurídico de pérdida de una cosa que, también comportaría la extinción del derecho de retención.

Reorganizando, pues, las causas de extinción del derecho de retención, el elenco sería el siguiente:

- extinción del crédito al cual garantiza (pago o consignación);
- constitución de una nueva garantía;
- pérdida o destrucción de la cosa retenida o por quedar ésta fuera del comercio;
- renuncia al derecho de retención.

5.3. La declaración de la cantidad a abonar

El *retentor*, según el art. 278 Comp., determina la cuantía que considera que se le debe abonar: «...en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores...».

(211) VIÑAS MEY «El derecho de retención» *op. cit.* p. 113. Destaco en el texto aquellos supuestos de extinción del derecho de retención que se avienen con el supuesto de hecho de la accesión.

(212) Sin embargo, téngase presente lo que se advierte en el texto respecto del despojo.

Esta es, precisamente, la perspectiva que adopta la Compilación en la regulación de la accesión. Parte analizando los derechos del edificante de buena fe. Luego, en consonancia con ello, se deja la fijación de la cuantía al acreedor de la misma (*«favor creditoris»*).

El problema que ha atisbado, en este punto, la doctrina ha sido el de su efectividad en la práctica. Así se ha escrito «esta iniciativa que la Ley confiere al constructor puede ser fuente de abusos en la práctica, pues la doctrina ha puesto de relieve que si el constructor fija una cuantía notablemente superior al precio de los materiales, semillas y jornales, con ello pone al propietario del suelo ante considerables dificultades para enervar el derecho de retención de aquél, que deberá acudir al correspondiente juicio declarativo ordinario para que fije el importe de las cantidades que realmente deba reintegrar, afianzar o consignar el propietario del suelo». Seguidamente, se añade que la solución al conflicto de intereses suscitado debe pasar por conseguir hacer efectivo el derecho de retención del constructor pues es la única garantía de la que goza éste (213).

De hecho, tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, la referencia legislativa al abuso del derecho (art. 7.2 Cc) ofrece la solución a dicha problemática: «...*dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*».

El aumento excesivo en la cantidad a pagar hará que se dilucide la cuestión en el juicio declarativo correspondiente (214).

(213) PUIG FERRIOL, L. «Comentario al art. 278 Comp.» T. XXX cit. p. 17. CUSÍ ESCOFET, W. *op. cit.* p. 88. ABRIL CAMPOY, J.M. *op. cit.* p. 1902.

(214) SAT de Barcelona de 30 de noviembre de 1971 destaca que debe haber una demostración cumplida de haber realizado las obras o construcciones. Una sentencia de la misma Audiencia de 25 de septiembre de 1979 destacó que el propietario del suelo puede, en trámite de ejecución de sentencia, efectuar y proponer las pruebas que estime pertinentes para acreditar el verdadero valor de las edificaciones.