

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nota Crítica

Construcción extralimitada con mala fe del constructor.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo
(Sala 1.^a), de 27 de enero de 2000, núm. 54/200,
rec. 1233/1995, Ponente don José de Asís Garrote

M.º PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

PRECEPTOS APLICADOS

Arts. 359, 924 y 928 de la LEC de 1881, 358, 361, 362, 433 y 435 del CC.

NOTA

Sabido es que los artículos 358 a 365 del Código civil español recogen la llamada accesión industrial inmobiliaria, siguiendo la regla procedente del Derecho romano *superficies solo cedit* (también *vid.* artículos 350 y 353), de la que deriva que todas las incorporaciones hechas por el hombre al suelo se entienden absorbidas por este último y forman una unidad dominical con él, cuyo titular es precisamente el dueño del suelo. Más en concreto, la construcción en suelo ajeno se regula en el artículo 361 del CC cuando la incorporación se realiza con buena fe, y en los artículos 362 y 363 cuando el incorporante procede de mala fe. En este último supuesto, no existen dudas en la doctrina y la jurisprudencia sobre la plena aplicabilidad del rígido principio romano antes mencionado que rige la accesión inmobiliaria; sin embargo, en el caso de que la construcción se realice con buena fe, la interpretación del aludido artículo 361 es discrepante, diferenciándose dos líneas de pensamiento. La primera, estima que el mencionado precepto no atribuye la propiedad automática de lo edificado, plantado o sembrado al dueño del terreno, sino únicamente un derecho potestativo o de configuración jurídica, por vir-

tud del cual este sujeto puede decidir la situación jurídica del fundo, teniendo la facultad de optar por «hacer suya la obra» u «obligar al constructor a la adquisición del terreno» (no regiría aquí, por tanto, el principio clásico de la accesión). Según la segunda opinión citada, en el caso previsto en el artículo 361 se recoge un nuevo supuesto de accesión, de suerte que lo construido, plantado o sembrado en suelo ajeno forma con éste un todo único que pertenece al propietario del terreno desde el mismo momento de la incorporación (*vid.* claramente esta concepción en el artículo 278 de la Compilación catalana); la objeción que podría derivar de la referencia a la previa indemnización se salva por quienes apoyan este criterio, estimando que si bien el *dominus soli* adquirió la propiedad de lo incorporado desde que se consumó la unión, no adquiere la posesión hasta que compense al autor de la incorporación de los gastos necesarios, útiles y de lujo realizados por el incorporante (deuda de enriquecimiento).

La diferencia entre la situación de buena y mala fe no aparece claramente dibujada en el Código civil español (la aplicación al caso del artículo 433 no resulta del todo adecuada), a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 1340.4 del Código civil portugués, donde, precisamente para el caso de obras, siembras o plantaciones en terreno ajeno, se concreta el concepto genérico de buena fe propio de los derechos reales, contenido en el artículo 1260.1, diciendo que «Se entiende que hay buena fe, si el autor de la obra, siembra o plantación desconocía que el terreno era ajeno o si fue autorizada la incorporación por el dueño del terreno». A análoga conclusión llega nuestra doctrina, que considera la buena fe aludida en el artículo 361 del CC como un estado psicológico consistente en el desconocimiento por parte del incorporante de que el terreno sobre el que está actuando es ajeno; se aprecia igualmente la existencia de buena fe cuando, a pesar de no concurrir la ignorancia descrita, la construcción, plantación o siembra se hace con consentimiento del dueño (*vid.* STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993, para un caso en el que resulta de aplicación el artículo 278 de la Compilación catalana).

Con todo, nuestro Tribunal Supremo viene sosteniendo de manera constante, con el precedente de la STS de 30 de junio de 1923 y, sobre todo, la de 31 de mayo de 1949, que en los supuestos de construcción en terreno propio, con invasión parcial del terreno ajeno (extralimitación en la construcción), las norma aplicable no está expresamente prevista en el Código civil, integrándose la supuesta laguna con una regla de aplicación según la cual el extralimitante tiene derecho a adquirir el terreno invadido, sin opción alguna para el dueño del suelo, quien tendrá derecho a que se le abone el valor del terreno ocupado y todos los otros daños que se le puedan inferir como consecuencia de la ocupación. Esta regla, que produce la llamada accesión invertida, requiere como presupuestos de aplicación los siguientes: 1.^o que la construcción se produzca principalmente sobre suelo propio y sólo en una pequeña extensión se extralimite o descansa sobre suelo ajeno (STS 22 de marzo de 1996 y 27 de junio de 1997, entre otras); 2.^o que exista una situación de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, por lo que no es aplicable a la plantación o siembra, donde no se da tal situación de indivisibilidad (la ya citada STS 22 marzo de 1996); 3.^o que el edificio más el terreno del edificante tengan un valor superior al del terreno invadido (STS 1 de octubre de 1984 y 3 de abril de 1992); 4.^o que la construcción se haya realizado de buena fe (STS de 22 de noviembre de 1989, 11 de junio de 1993, 29 de julio de 1994, 2 de octubre de 1999, entre otras). Esta última exigencia, la de la buena fe, resulta presupuesto ineludible para nuestra juris-

prudencia, como asimismo lo es para las normas legales existentes en los Códigos que, a diferencia del nuestro, sí recogen expresamente el supuesto de ocupación parcial del terreno ajeno por una construcción que en parte recae sobre el dueño de la obra.

En efecto, a excepción del Código francés que también omite cualquier referencia a la construcción extralimitada y cuyos tribunales siguen una línea de defensa a ultranza de la propiedad del suelo, infringiendo del artículo 545 del Code el derecho del dueño del terreno a instar la demolición de la parte de la construcción que reposa sobre su terreno, con independencia de la importancia de la invasión y de la buena o mala fe del invasor, contienen una norma expresamente dirigida a este supuesto los Códigos alemán e italiano, los cuales muy probablemente actuaron como modelos para la creación jurisprudencial de la regla en nuestro Derecho. Al respecto, el parágrafo 912 del BGB (Überbau) dice lo siguiente: «1. Si el propietario de una finca, al construir un edificio ha sobrepasado el lindero sin que se le pueda atribuir negligencia grave o dolo, el propietario tolerará el edificio saliente, a menos que formule oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación. 2. El vecino será indemnizado mediante el pago de una renta. Para la cuantía de la renta es decisivo el momento de la extralimitación» (cf. también el derecho de venta forzosa del titular de la renta recogido en el parágrafo 915 del BGB). Por su parte, el artículo 938 del Código civil italiano de 1942 dice que «Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo, y el propietario de éste no se opone en el plazo de tres meses desde el día en que se inició la construcción, la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. El constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de los daños».

Asimismo, regula el caso el artículo 1343 del Código portugués de 1966 al establecer «Cuando en la construcción de un edificio en terreno propio se ocupe, de buena fe, una parcela del terreno ajeno, el constructor puede adquirir la propiedad del terreno ocupado, si hubieren transcurrido tres meses a contar desde el inicio de la ocupación, sin oposición del propietario, pagando el valor del terreno y reparando el perjuicio causado, concretamente el resultante de la depreciación eventual del terreno restante»; por su parte, el aún más reciente Código civil holandés, cuyo artículo 54 del Libro V, después de establecer en su párrafo primero que «Cuando una construcción o una obra haya sido construida en parte sobre el terreno de otro, o encima o debajo de él, y la destrucción de la parte que se extralimita causaría al propietario de la construcción o de la obra un perjuicio desproporionalmente mucho más grave que aquel que su mantenimiento le ocasionaría al dueño del suelo, el propietario de la construcción o de la obra puede solicitar en cualquier tiempo que, a cambio de la compensación correspondiente, le sea concedida una servidumbre destinada al mantenimiento de la situación existente; puede también solicitar que, a elección del propietario del fundo invadido, le sea transferida la parte de éste necesaria», añade en el párrafo tercero de este mismo artículo 54 que los dos párrafos anteriores del precepto no se aplican si la situación es el resultado de una obligación surgida de la ley o de un acto jurídico que obliga a tolerar la situación existente o si «al propietario de la construcción o de la obra se le puede reprochar mala fe o negligencia grave en la construcción o adquisición de la construcción o la obra». Por encima de los matices diferenciales en el diseño del supuesto de hecho que configura la

norma especial en materia de construcción extralimitada en los diferentes Códigos indicados y de la diversidad de las consecuencias jurídicas que acarrea la norma, se destaca, como ya se ha dicho, la uniformidad en una de las exigencias: el constructor que invade el terreno ajeno ha de haber actuado de buena fe o, si se prefiere la fórmula alemana u holandesa, sin que se le pueda reprochar negligencia grave o dolo. Ninguno de los Códigos que se han señalado recogen regla especial alguna para la extralimitación con mala fe del constructor, supuesto de hecho que se da precisamente en el caso que dio origen a la sentencia objeto de este comentario y en el cual, por tanto, no resulta de aplicación la jurisprudencia que, de forma más o menos mimética con los Códigos vecinos, solventa el problema en caso de buena fe del constructor. De ahí el interés que este caso suscita.

Centrándome ya en los hechos que dieron lugar al pleito que comentamos, entiendo que, aunque no se considere de aplicación el artículo 361 del Código civil, ningún obstáculo existe para considerar que el concepto de buena fe exigido por nuestros tribunales para aplicar la teoría de la accesión invertida es idéntico al requerido en aquella ocasión; tal y como más arriba se indicó, el desconocimiento por parte del constructor de que está invadiendo el terreno ajeno o que lo está haciendo con consentimiento del dueño. No existen dudas en el supuesto comentado sobre la mala fe del constructor, aunque el cuarto motivo del recurso, analizado en el quinto considerando de la sentencia del Supremo, pretenda suscitarlas. A diferencia de algún caso anterior correctamente criticado por nuestra doctrina (STS 15 de junio de 1981 y 27 de noviembre de 1984), en esta ocasión el Tribunal niega que la mala fe del invasor se haya inferido, de modo automático, de la oposición formulada por el dueño invadido en las diversas fases de la construcción a través de varios caminos que a la postre resultaron infructuosos (requerimiento notarial para la paralización, interdicto de obra nueva, acción de deslinde); entiendo que es acertado independizar mala fe y oposición, pues como dice A. Carrasco, ni la oposición hace de mala fe al constructor, ni la falta de oposición sanaría en su caso la reprochabilidad de su conducta (*Ius aedificandi y accesión*, Madrid, 1986, p. 352). No obstante, no creo, como hace el autor citado, que mala fe y oposición funcionen como requisitos totalmente autónomos, pues en la mayor parte de las ocasiones la oposición fundada saca de la ignorancia al constructor que cree estar actuando conforme a derecho o, cuando menos, le hace dudar (otra cosa es que esto sea suficiente para destruir la buena fe). En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, la mala fe se deduce no sólo de la persistente y fundada oposición, sino incluso de hechos anteriores al inicio de la edificación, como la defectuosa descripción por parte de los constructores del lindero entre la finca propia y la del vecino que resultó invadido.

Considerada la mala fe del constructor que se extralimita sobre el terreno ajeno, y a falta de jurisprudencia consolidada *ad hoc*, dos son las soluciones que, bajo diferentes criterios valorativos, parece barajar nuestra doctrina para resolver el conflicto de intereses surgidos en caso de extralimitación de un constructor de mala fe.

La primera solución encontraría su fundamento legislativo en los artículos 362, 363 y 379.2, aplicado analógicamente, además de los artículos 1098.2 y 1902 del CC, y otorgaría al dueño del terreno invadido el derecho a optar entre tres posibilidades: que el invasor le pague el valor del terreno más la indemnización de todos los daños y perjuicios que, como consecuencia de la extralimitación se le hubiesen podido irrogar, quedarse con la propiedad de la construcción realizada sobre su terreno sin indemnización

alguna al invasor, o instar la demolición de la obra, con la correspondiente indemnización de daños. Salvaguarda pues del derecho de propiedad del titular del terreno que sufrió la intromisión.

La segunda solución propuesta, defendida por M. Alonso Pérez (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1990, pp. 350 y ss.) desaprueba de forma tajante la posibilidad de la demolición por estimar que supone una pérdida cuantiosa de riqueza en detrimento de la colectividad, y sería contraria al artículo 33.2 de la Constitución, que consagra la función social de la propiedad; en opinión de este autor, el *dominus soli* sobre el que se asentó de mala fe la construcción ajena debe soportar la invasión si bien, con el fin de evitar este tipo de extralimitaciones, el invasor estaría obligado a pagar una fuerte cantidad derivada de los siguientes conceptos: el valor de mercado del terreno invadido, el valor de lo construido sobre el terreno, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la actuación ilícita que significa la extralimitación de mala fe y la compensación por la plusvalía adquirida por el edificio como consecuencia de su mayor extensión al asentarse parcialmente en terreno ajeno. El reconocimiento de una amplísima restitución pecuniaria significa pues que, para el autor citado, la compensación económica al dueño del terreno invadido no pretendería únicamente la reintegración del derecho usurpado y la indemnización de los daños causados, sino también la prevención y punición de conductas intromisivas de la esfera ajena cuando estén realizadas con mala fe.

A pesar del eco que ha encontrado esta última tesis entre algunos destacados civilistas —en cierta medida ya aparecía en L. Díez-Picazo (*Fundamentos del Derecho civil. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1995, 4.ª ed., p. 269—; *vid.* ahora también M. Peña y Bernaldo de Quirós —*Derechos reales. Derecho hipotecario, t. I, Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía*, 3.ª ed., Madrid, 1999, pp. 226-227, nota, 27—, no me parece que en nuestro Derecho existan argumentos ni de índole legislativa, ni en el terreno de los principios, que permitan consumir la privación a una persona de un bien inmueble de su propiedad, en beneficio de un particular que, a sabiendas de que estaba violando el derecho de otro, se encuentra dispuesto a indemnizar. Creo que ello es especialmente claro en supuestos en los que, como el que da origen a la sentencia que se comenta, la extralimitación no alcanza a una franja mínima del terreno vecino, sino que supone una invasión extensa de la finca ajena, hasta el punto de dejarla inservible para el uso urbanístico («funcionalmente la invasión es total», dice la sentencia). El propio M. Alonso reconoce que el artículo 363 del Código civil impide la accesión cuando haya mala fe del constructor en terreno íntegramente ajeno, si bien a su juicio se trata de una solución antieconómica e individualista, contraria a los artículos 33.2 de la Constitución y 7.2 del CC; señala además que el artículo 363 se pensó en 1889 para la ocupación plena y directa del suelo ajeno, y no para las extralimitaciones, y que no estamos legitimados para aplicar una norma de contenido extensivo y carácter gravemente sancionador a otra hipótesis de contenido reducido y con aplicación de la misma sanción. Sin embargo, yo creo que, además de los abundantes artículos del Código que dejan en manos del dueño del terreno parcialmente invadido la decisión final sobre el destino de la obra, tanto la función social de la propiedad, como la cláusula general que impone que el ejercicio de los derechos se realice conforme a la buena fe pueden igualmente apoyar esta opción. ¿O es que, por hipótesis, el constructor no ejercitó su derecho contrariando la cláusula de la buena fe? ¿Por qué ha de

entenderse que, de instar la demolición, la mala fe del dueño de la parte de la finca invadida es más intensa que la de aquel que construyó sabiendo que estaba violando el derecho de otro y a pesar de su continua oposición?; y desde el 33 de la Constitución, ¿por qué salvaguarda más y mejor la función social de la propiedad una construcción destinada, como es el caso presente, a un hotel, en una zona donde con toda probabilidad había otros muchos, que permitir una expropiación en interés particular, sin apoyo legal y, por lo tanto, contraria al artículo 33.3 de la Constitución?; ¿y si el dueño del suelo que resultó invadido prefería destinarlo a zona de recreo, o a la plantación de especies autóctonas, o a la construcción de un edificio más ecológico, más bonito o más útil socialmente?, ¿o es que entre las facultades del *dominus* no está la de decidir el destino económico de su propiedad?. Insisto en que no creo que las razones constitucionales para apoyar al invasor sean superiores a las que avalan a quien únicamente defiende su derecho. Es cierto que el propio Tribunal Constitucional en un supuesto de invasión total del terreno ajeno consideró perfectamente constitucional la ejecución de sentencia que sustituía el declarado derecho del dueño de la finca invadida por una indemnización equivalente al valor real de la misma, al estimar que había una desproporción irrazonable entre el valor del derecho de propiedad de la finca rústica sobre la que se habían vertido unos escombros y el coste de reposición de la misma a su estado ideal; debe destacarse, no obstante, que la compañía extractora invasora había actuado en todo momento de buena fe y que el dominio del actor había sido declarado con posterioridad a la adquisición por parte de la mencionada compañía de la finca mediante una compra a quien creía que era su verdadero propietario (STC 194/1991, 17 de octubre, *BJC*, 127, 1991, pp. 72-75).

Desde otro ángulo, se puede criticar además el fundamento de la última partida que, en opinión de M. Alonso, debería satisfacer el constructor de mala fe, y que en realidad constituiría el montante que la diferencia de la que se viene considerando adecuada en caso de extralimitación con buena fe; ¿dónde encuentra su base la pretensión de que sea satisfecha la plusvalía generada por la mayor extensión de la construcción? Desde luego, no en el artículo 1902 del CC, pues ningún daño se deriva de aquélla para la dueño del terreno usurpado; tampoco, según creo, en la consideración del enriquecimiento injusto generado a favor del constructor, pues la restitución por intromisión en el derecho ajeno que está en la base de la pretendida pretensión restitutoria no puede alcanzar la ganancia obtenida por el intromisor, sino únicamente el valor de reintegración de su derecho; como ha dicho X. Basozabal Arrue, la ganancia es el resultado de un proceso mucho más complejo que el simple ejercicio de la facultad usurpada e incluye el desarrollo de otras facultades propias como el esfuerzo, la iniciativa, la asunción del riesgo, la estrategia y la pericia de aquel que pretende obtenerla (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, *passim*, espec. pp. 92 y ss.).

Incluso desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se ha dicho, creo que con acierto, que la situación de extralimitación con dolo del constructor impone una *property rule* en beneficio del propietario del terreno invadido. El constructor sabe, por hipótesis que se extralimita sobre finca ajena y, a pesar de ello, no negocia con el vecino; no es entonces lógico que el invasor pueda adquirir (seguramente infracompensando) por un justiprecio fijado por los jueces, aquello que pudo haber adquirido negociando en el mercado. Es correcto entonces, dice A. Carrasco Perera, que el ordenamiento le

reconozca al dueño invadido la posibilidad de obtener la demolición del edificio, y que se aproveche de esta posición estratégica exigiendo ahora del constructor más dinero por transigir que el que le hubiera costado a éste adquirir el derecho sobre la finca ajena antes de realizar la construcción («La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», *RDP*, 1996, pp. 886-912). Estoy totalmente de acuerdo con este planteamiento, que confirman además todos los textos comparados ya mencionados al sancionar el deber de soportar la extralimitación única y exclusivamente en caso de buena fe (*vid.* la jurisprudencia alemana que rechaza el deber de soportar la construcción por el vecino propietario en caso de dolo o culpa grave del extralimitante en J. F. Baur, *Soerger BGB, Band 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 12 Auf.*, Stuttgart, 12 Auf, 1989, p. 339).

La respuesta dada por el Tribunal Supremo en el caso que venimos tratando toma partido por la proclamación del derecho de propiedad sobre lo edificado del dueño del terreno invadido, por lo que parece situarse en la primera de las soluciones teóricas más arriba descritas. Sin embargo, de forma injustificada, deja para la fase de ejecución de sentencia la concreción del derecho que dice reconocer, anticipando, sin razón aparente, que puede no ser posible la ejecución en sus propios términos (declaración de la propiedad de lo edificado en terreno del actor y lanzamiento del mismo a los demandados), lo que conllevará la sustitución por una indemnización de daños en los términos del artículo 928 de la LEC de 1881, con lo que se sitúa en la línea de solución del conflicto que señalaba en segundo lugar y que, como ya dije, no me parece la de mejor encaje en nuestro Derecho. Además, y por ello la sentencia resulta doblemente criticable, deja también para la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta de los conceptos indemnizables (en realidad no se trataría únicamente de indemnizar, sino también de restituir), limitándose a señalar que la «indemnización ha de temperarse al ejercicio normal del derecho reconocido al dueño del terreno invadido». En realidad deja servida la iniciación de un nuevo pleito.

