

LA ACCESIÓN INVERTIDA

CARLOS PEÑALOSA TORNÉ, colaborador del IDIBE

RESUMEN: *El presente artículo analiza la doctrina jurisprudencial aplicable en los supuestos en que un constructor de buena fe edifica sobre suelo ajeno invadiendo parcialmente el terreno colindante*

PALABRAS CLAVE: *accesión invertida, construcción extralimitada, buena fe, indemnización.*

ABSTRACT: *This paper analyses the case law solution that is being adopted when a builder in good faith builds on foreign ground partially invading the adjacent land.*

KEY WORDS: *inverted accession, good faith, compensation.*

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. Fundamento y encaje constitucional de la figura.- 3. Orígenes jurisprudenciales de la doctrina de la accesión invertida.- 4. Análisis de los requisitos exigidos por la jurisprudencia.- 4.1. La buena fe.- 4.2. Que el edificio tenga en su conjunto un valor económico superior al valor del suelo invadido.- 4.3. La inexistencia de relaciones contractuales entre el constructor y el dueño del suelo parcialmente invadido.- 4.4. Que la extensión del terreno invadido no sea superior a la del suelo del constructor.- 4.5. Que las partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible.- 5. Efectos jurídicos: obligación pecuniaria de indemnización.

1. La accesión invertida o construcción extralimitada es una figura jurídica de elaboración jurisprudencial, que surge sobre la base de una interpretación *a sensu contrario* del art. 361 CC (y del principio *superficies solo cedit*), con el fin de que quien construye invadiendo parcialmente suelo ajeno (supuesto éste no contemplado expresamente por el Código) pueda adquirirlo, en perjuicio del dueño del mismo, sin perder el edificio toda vez que pague el valor del terreno al propietario del mismo.

La accesión invertida o construcción extralimitada existe cuando, quien es propietario realiza en su terreno una construcción que excede de los límites de

lo que es suyo, de manera que invade suelo ajeno, al tiempo que concurren una serie de circunstancias o requisitos que, a continuación enumero.

El primer requisito es que el edificio se haya construido en suelo propio del constructor y en parte en suelo ajeno, suelo que necesariamente ha de ser colindante, y la extensión del terreno invadido no ha de ser superior a la del suelo del constructor. El segundo requisito se refiere a la exigencia de que las partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible. En tercer lugar, que el edificio tenga en su conjunto un valor económico superior al valor del suelo invadido. En cuarto lugar, la exigencia de la buena fe del constructor, bien porque desconoce que está construyendo o ha construido en suelo ajeno y actúa convencido de que no se produce ninguna extralimitación, bien porque el dueño del terreno no se ha opuesto. Por último, se tendrá en cuenta también la inexistencia de relaciones contractuales entre el constructor y el dueño del suelo parcialmente invadido.

Si concurren estos requisitos se invierten las reglas de la accesión y el conflicto se resuelve a favor del constructor, lo que supone que éste puede evitar que el dueño del suelo invadido adquiera lo construido parcialmente en él.

2. La aplicación de esta doctrina podría parecer contraria al derecho de propiedad consagrado por el art. 33 CE y recogido en el art. 348 y siguientes CC: a simple vista podría pensarse que se está privando del derecho de propiedad a quien es titular del mismo, en la medida en que se construye sobre su terreno y no hace suya la obra como establece el art. 361 CC. Sin embargo, la aplicación de las reglas de la accesión, en aquellos casos en que la construcción sólo invade parte del suelo ajeno se explica atendiendo a razones de política económica y social resultaría injusta. Es decir, resultaría más gravoso y contraproducente desde el punto de vista económico que se produjera una demolición de lo invadido por parte de quien actuaba de buena fe y ello es así porque el suelo ajeno junto con la construcción forman un todo que tiene un valor superior al suelo por sí mismo y por consiguiente el suelo ajeno ya no puede entenderse como la cosa principal [v. a este respecto STS 10 diciembre 1980 (RAJ 1980,4742) y STS 29 julio 1994 (RAJ 1994, 6305)].

En este sentido, se ha pronunciado la STS 15 junio 1981 (Tol 1740228), argumentando la creación de esta figura y la razón de ser de la misma, en estos términos “si en tiempos se estimó aplicable la norma del art. 361 CC modernamente se ha negado esta aplicabilidad, con base a los resultados injustos a que podría conducir la opción del propietario en pro de la adquisición de lo construido, si éste supone un valor desproporcionadamente

superior a de la parte de terreno invadido, reputando a este segundo como más digno de protección, en el juego de los intereses contratantes”. También la STS 10 noviembre 2004 (RAJ 2004, 6883) se refiere a “razones de equidad y justicia para evitar la demolición de lo edificado y afectar sustancialmente a la actividad empresarial”.

3. Los orígenes jurisprudenciales de la figura examinada se suelen fijar en la STS 30 junio 1923 (JC 1923, 115) a la que alude la emblemática STS 31 mayo 1949 (RAJ 1949, 721), cuyo supuesto de hecho es el siguiente:

D. Huberto M. S., dueño en pleno dominio de “Los Mártires” y de la urbana llamada “Museo de los Mártires” vendió por escritura pública otorgada en 7 de mayo de 1922, a su sobrino D. Huberto M. P. una parcela de la primera de las fincas dentro de cuyo perímetro había una casa denominada “El Jardinero” a la que se accedía por el Paseo de las Palmeras, constituyéndose desde la fecha de la escritura una servidumbre de paso por dicho punto.

Con el conocimiento y consentimiento del entonces dueño de la finca de la que se había segregado la parcela, D. Huberto M. P construyó, a su costa, en parte sobre aquella y en parte sobre terreno propio del vendedor un Hotel - materialmente indivisible por su situación, finalidad y arquitectura- y exclusivamente en este terreno un túnel, un jardín, un garaje...

Por escritura pública de 4 de noviembre de 1930 D. Huberto M. S. vendió a D. Joaquín “Los Mártires” y “El Museo de los Mártires”, haciéndose constar en la escritura por el vendedor que sobre su terreno de las expresadas fincas habían construido sus sobrinos, de buena fe y tolerándolo entonces el ahora vendedor. En la novena cláusula se estipuló lo siguiente: que el vendedor subrogaba al comprador en todos los derechos que le asistieran respecto a los elementos y accesorios de construcción que hubiera suministrado a las obras realizadas por sus sobrinos, y en los derechos y obligaciones que según la ley le correspondieran por el hecho de haberse verificado dichas construcciones en terrenos que eran de su propiedad y que entonces vendía al Duque del I.

El problema que planteaba el asunto litigioso era quién debía ser propietario de aquello que excedía del terreno del edificante, no existiendo en el Código Civil reglas que dieran solución a este supuesto de hecho, porque las contenidas en los arts. 353, 358 y 361 y siguientes no resuelven los casos de edificación en suelo que “en parte” pertenece al edificante. Ante este vacío legal, en esta sentencia el Tribunal Supremo buscó criterios de equidad y, además, recurrió a otros ordenamientos jurídicos extranjeros, mencionado

también la STS 30 de junio de 1923 (JC 1923, 115), que se inclina en favor de la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho a hacer suyo el suelo invadido por lo edificado con extralimitación, toda vez que pague el precio. Con apoyo en los principios generales de Derecho, razona la sentencia que, la regla según la cual al dueño de una superficie se le atribuye lo que a ésta se le incorpora podría conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno fuese dueño de lo que sobre su terreno se ha edificado, indemnizando al constructor de buena fe, pero esta solución resultaría injusta cuando, como sucedía en el caso examinado, las porciones de terreno junto con el edificio formaran un todo indivisible. Añade que tampoco sería lógico aplicar un régimen de copropiedad o un derecho de superficie, entendiendo el Alto Tribunal que había que calificar como principal el edificio, cuando su importancia y valor excedieran de los del suelo invadido de buena fe. En base a los argumentos dados, el TS declara “el derecho del demandado don Huberto M. de P., al área del terreno que sea necesaria para el uso del Hotel-Hostería, mediante la consiguiente indemnización”.

4. A continuación expondré la interpretación jurisprudencial de los requisitos a los que el Tribunal Supremo subordina la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida.

4.1. La buena fe, como se ha dicho, es presupuesto esencial de la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, pues, sin ella, el conflicto se resuelve, bien aplicando un régimen de copropiedad sobre el edificio, sin derecho a indemnización para el invasor (*ex art 362 CC*), bien procediendo a la demolición de la obra en la parte que se extralimita o a la totalidad de la misma si es indivisible (*ex art 363 CC*), solución esta última, por la que se inclina mayoritariamente la jurisprudencia.

Es ilustrativa la STS 12 noviembre 1985 (RAJ 1985, 5582) que se pronuncia en sentido favorable a la aplicación de la accesión invertida. El supuesto litigioso se proyecta sobre dos terrenos, de uno de los cuales eran copropietarios Dña. Alejandra, D. Augusto y D. Franco, siendo propietario del otro D. José Ignacio. Aquéllos demandaron a éste, alegando que D. José Ignacio invadía una de las franjas que les pertenecía.

El demandado heredó un terreno edificado que invadía suelo ajeno; la edificación fue llevada a cabo por su abuelo; afirman los demandantes que éste fue requerido por conducto notarial en 1977 para la demolición y el pago de

una indemnización, y todo ello fundado en una escritura hecha en 1949 por los demandantes, escritura que no tuvo en cuenta el abuelo que construye.

El Juzgado de Primera Instancia conocedor de este asunto resolvió declarando como propietario a D. José Ignacio y afirmando que el mismo nada había invadido, porque no se declara probado que el suelo presuntamente invadido fuese propiedad de la parte actora. Sin embargo, la Audiencia Provincial considera que los actores recurrentes, sí que eran propietarios de esa franja de suelo, lo que llevaba a entender que los propietarios de esa franja habían de ser indemnizados por aplicación de la accesión invertida.

Los copropietarios interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando no haber lugar a la accesión invertida. Los recurrentes se basaron en que no había buena fe, dado que hubo un conducto notarial en 1977 y la oposición de éstos implicaba la inexistencia de buena fe; y por ello no había accesión invertida y había de procederse a la demolición de acuerdo con los arts. 362 y 363 CC.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso en base a los siguientes motivos: en primer lugar, en cuanto a la presunción de buena fe, consideró que la misma no había quedado desvirtuada, porque no había prueba de que el demandado hubiera recibido el conducto y, aunque lo hubiera recibido, el constructor seguía convencido de la existencia de la permuta de 1949. En segundo lugar, afirma que la buena fe es incompatible con la oposición del invadido, pero que ello no impide basar la fundada convicción del constructor de que ostenta el dominio sobre el terreno que invada. Así, en el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia afirma: “y a lo ya dicho de que no hay constancia de que la carta de protesta haya llegado a poder del recurrido antes de levantar el edificio en la parte asentada en la franja invadida, cabe añadir que siempre sería posible apreciar buena fe en el edificante y por tanto la creencia racional en el ejercicio de un derecho, ajeno por tanto a toda sospecha de dolo o culpa grave, aunque prosiguiera la obra después del requerimiento, siendo así que actuó en la razonable convicción de que la permuta reflejada en el documento privado de quince de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, parcialmente firmado y al que los actores califican de ‘proyecto de convenio’, pasó a vías de ejecución aun sin la firma de alguno de los interesados”. En el Fundamento de Derecho Sexto añade: “La jurisprudencia tiene declarado con reiteración que la buena fe es requisito primordial en la construcción extralimitada, por consiguiente indispensable para que el dueño del edificio pueda adquirir por accesión la franja que ocupó del predio vecino, y también que esa bona fides ordinariamente será incompatible con la oportuna oposición del propietario invadido pero ello no impedirá, como es lógico, estimar su concurrencia a

pesar de la actitud opositora cuando las particulares circunstancias permitan basar la fundada convicción del constructor de que ostenta el dominio sobre el terreno que su antagonista se arroga, según ocurre en el caso debatido, amén de la falta de prueba sobre la temporaneidad de la reclamación; razones que imponen la improsperabilidad del motivo tercero, apoyado en el número quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos, que aduce infracción por aplicación indebida del artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil ‘y de la jurisprudencia relativa al mismo en cuanto a la accesión invertida’, pues la singularidad del supuesto permite apreciar buena fe a pesar de la oposición del colindante, como repetidamente se indicó, dado que además no consta que el edificio estuviera ya construido al tiempo en que fue dirigida la conminación al demandado”.

Con esta argumentación el Tribunal Supremo entiende que sí que se debe aplicar la doctrina de la accesión invertida, siendo esta sentencia un supuesto ejemplificativo del amplio alcance que se le da a la buena fe. En este sentido dice el Tribunal que no basta el mero requerimiento para destruir la buena fe sino que es necesaria la aportación con él de pruebas o indicios que pongan al requerido en un estado de duda razonable sobre su posición jurídica [STS 14 marzo 2001 (RAJ 2001, 5976)].

La STS 11 marzo 1985 (RAJ 1985, 1137) niega, por el contrario, la aplicación de la accesión invertida. El conflicto se produjo entre D. Jesús Manuel, quien invadió una parcela, y D. Plácido y D. Evaristo, propietarios de la parte invadida por el primero. Éstos ejercitaron una acción reivindicatoria de dominio a fecha de 10 de septiembre de 1979, momento en el cual D. José Manuel no había edificado, si bien había cercado aquello que consideraba de su propiedad, invadiendo de este modo suelo ajeno. En este conflicto los distintos tribunales que conocieron del asunto se pronuncian sobre una cuestión procesal, a la cual no me referiré, por cuanto no reviste interés en la materia que nos ocupa. Lo que aquí nos interesa es que el Juzgado del Distrito de Nájera estimó la demanda, reconociendo a D. Plácido y D. Evaristo como propietarios de la parte del suelo y, en consecuencia, obligó a D. Jesús Manuel a retirar la cerca. No obstante, éste construyó un pabellón agrícola.

Cuando el asunto litigioso llega al TS, éste afirma que no hay buena fe del edificante, porque los invadidos se opusieron oportunamente, incluso antes de edificar, por lo que estima que concurre la mala fe y deben aplicarse las reglas de los arts. 362 y 363 CC, que si bien se refieren a los casos en que la invasión es total y no parcial, resultan de aplicación por analogía. Por consiguiente, el que edifica en terreno ajeno pierde lo edificado sin derecho a indemnización y el dueño del terreno edificado con mala fe podrá exigir la demolición. Además,

en este caso, se construye ocupando más parte del terreno ajeno que del propio. A este respecto dice el TS que “los tres siguientes rasgos (de la accesión invertida): que la construcción o edificación invada terreno aledaño ajeno (supuesto bien distinto del de edificar en casi dos terceras partes cubriendo terreno ajeno, ya que, como antes se consignó, la construcción de ciento ochenta y cuatro metros cero tres decímetros cuadrados, ocupa ciento cincuenta y cuatro metros noventa decímetros de la propiedad de los recurrentes, y sólo cincuenta y siete metros sesenta y ocho decímetros son dominio del recurrente); que esa inmisión se efectúe de buena fe, para lo cual es indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente (siendo que, en el caso, cuando se introdujo la demanda, el día diez de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, folio doscientos tres, la construcción no se había siquiera iniciado y la perturbación consistía en haberse cercado el terreno [...] no concurriendo sino el tercero de los rasgos es a saber, que con la edificación resulten en todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionalmente superior de lo construido, en contraste con el del terreno ocupado o invadido; requisito el de buena fe que, por cierto, impide no sólo la accesión invertida sino la aplicación del artículo 361 del Código Civil, ya que este precepto la exige positivamente, siendo de aplicación el 362 y 363 que regulan el supuesto de que se edifique de mala fe en terreno ajeno, para el cual se previene expresamente que el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra”.

La buena fe del edificante debe concurrir cuando se realizan los actos que dan lugar al inicio de la construcción, y no, al tiempo de la terminación de la obra: hay que centrarse en el momento en que se está construyendo sobre suelo ajeno [v. en este sentido STS 27 noviembre 1984 (RAJ 1984, 5663) y STS 30 enero 2007 (RAJ 2007, 1708)].

En relación a este requisito, son varias las sentencias que han apreciado mala fe en los casos en que hay oposición del dueño del suelo invadido [v. por ejemplo, STS 23 julio 1991 (RAJ 1991, 5416) y STS 16 octubre 2006 (RAJ 2006, 9342)]. En estos casos es importante que la oposición sea oportuna, y lo es cuando el dueño del terreno invadido se opone en el momento en que conoce que efectivamente se ha producido una invasión sobre lo que es suyo; además es necesario que la oposición suponga que el constructor pueda dudar sobre los límites de su propiedad, duda que ha de ser razonable y que lleva a entender que su error es excusable.

4.2. En segundo lugar, se exige que el edificio tenga en su conjunto un valor económico superior al valor del suelo invadido.

Este requisito se refiere a que debe reputarse como principal lo edificado y como accesorio la porción de terreno invadida. En este sentido, la STS 23 octubre 1973, en el supuesto de una fábrica cuya extensión ocupaba parte de terreno ajeno, entendió que el valor del suelo invadido era mayor al de la construcción y por ello excluyó la aplicación de la accesión invertida.

A efectos de ponderar esta exigencia debe atenderse al valor de toda la edificación, y no sólo a la parte del edificio que invade el suelo ajeno, pues esta es la única forma de considerar que lo principal es la construcción y lo accesorio el suelo.

4.3. El tercero de los requisitos es la inexistencia de relaciones contractuales entre el constructor y el dueño del suelo parcialmente invadido.

La STS 1 febrero 1979 (RAJ 1979, 4623) niega la aplicación de la accesión invertida. El conflicto se produjo entre D. Carlos y D. Luís: el primero construyó un pabellón que se destinaba a la explotación de un negocio de serrería mecánica, invadiendo en parte el terreno que era propiedad del segundo. D. Carlos pretendió que se condenara a D. Luís a otorgar escritura de compraventa por aplicación de la doctrina de la accesión invertida, a lo que el demandado se opuso, argumentando había sido él mismo quien había consentido la invasión, y ello lo hizo a cambio de que D. Carlos le diera parte del beneficio de la explotación. Sostenía el demandado la existencia de un contrato verbal de arrendamiento, que, según él, se deducía de un proyecto de contrato no firmado, así como de documentos que probaban la relación contractual. En definitiva, que entre las partes había mediado un contrato de arrendamiento de terreno de naturaleza rústica, destinado por el arrendatario don Carlos a la actividad industrial de explotación de un aserradero de madera, para lo cual había construido un pabellón destinado a la instalación de los necesarios utensilios, ocupando el resto del terreno con materiales diversos y una pequeña dependencia accesorio, pactándose una renta.

La SAP confirmó el fallo del JPI, que había desestimado la pretensión del actor, y declaró que “el uso y disfrute de la finca litigiosa que hace el actor, obedece a un contrato verbal de arrendamiento”.

El argumento del recurrente en casación era el siguiente: al cesar el recurrente en la explotación del negocio de serrería (pabellones industriales edificados en finca del demandado) se había extinguido el derecho de superficie, y, por tanto,

extinguida dicha relación, debía entrar en juego el principio de la accesión del Código Civil, considerándose como principal los pabellones edificados y como accesorio el terreno rústico propiedad del demandado. Por tanto, según este argumento, en virtud del principio de accesión, el dueño del terreno venía obligado a vender el mismo al dueño de los pabellones edificados sobre dicho terreno.

El recurso no prosperó, evidenciando el Tribunal Supremo que faltaba la buena fe, en tanto que, habiendo un contrato de arrendamiento, el constructor sabía que no era de su propiedad el terreno sobre el que edifica el pabellón. Por otro lado, que la existencia de un contrato entre ellos excluía la accesión invertida, pues ésta no tiene nada que ver con las obras y edificaciones realizadas por el arrendatario o el usufructuario, que vienen reguladas por las reglas del Código Civil que a ellos se refieren.

4.4. En cuarto lugar, la extensión del terreno invadido no ha de ser superior a la del suelo del constructor.

La construcción ha de ser parcial en suelo ajeno, lo que supone dos aspectos que han de tenerse en cuenta. En primer lugar, que la construcción se realice en suelo propio, invadiendo parcialmente suelo ajeno, y esto no se cumple cuando toda la construcción se realiza sobre este último. En segundo lugar, se refiere también a que la invasión siempre debe ser inferior, en cuanto a su extensión, en construcción en suelo ajeno en comparación con el propio; y, en consecuencia, cuando la construcción ocupe mayor parte del suelo ajeno que de suelo propio no habrá lugar a la accesión invertida [v. en este sentido STS 11 marzo 1985 (RAJ 1987, 1137)].

La STS 28 febrero 2007 (RAJ 2007, 1627) desestimó en su integridad la reconvencción que pretendía acogerse a la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida. El supuesto litigioso se refería a una construcción que ocupaba íntegramente el suelo ajeno, del cual era propietaria Gestiones y Desarrollos Patrimoniales S.A, quien interpuso una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando: “Primero: se declare la posesión sin título y de mala fe por parte de los actuales poseedores de la finca ya descrita y el consiguiente derecho de mi representada a poseer y disfrutar dicha finca con exclusión de cualquiera persona, ya sea persona física o jurídica. Segundo: se condene conjunta y solidariamente a todos los demandados, o a los demandados o demandado que el Juzgado estime pertinente, a devolver a la demandante la posesión de hecho y el disfrute de la finca de su propiedad con todas las instalaciones en ella existentes, las cuales no podrán ser retiradas, y a

entregar pacíficamente las llaves Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, SA, (sic) requiriéndose el auxilio judicial para el caso de que no entregasen las llaves y hubiera que proceder al lanzamiento de cuantas personas estuviesen en la finca. Tercero: se condene a los demandados a abstenerse en el futuro de todo acto de perturbación o intromisión en el pleno dominio de la finca. Cuarto: se condene conjunta y solidariamente a los demandados o a los demandados o demandado que el Juzgado estime pertinente, a indemnizar a Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, SA por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la posesión de mala fe y con claro abuso de derecho de la finca, daños que mi mandante cuantifica en 150.000 pesetas mensuales, sin perjuicio de una mejor cuantificación por el Juzgador, habida consideración los frutos que mi representada ha dejado de percibir y la inmovilización de un activo inmobiliario. Quinto: se condene a los demandados o al demandado o demandados que el Juzgado estime pertinente, al pago de todas las costas procesales”.

A esta demanda reconvinieron los demandados, pretendiendo lo siguiente: “[que se] 1º. Declare el pleno dominio de Orozco Sarasa, SL sobre la finca descrita en el hecho primero de la demanda de adverso, obtenido en virtud de accesión invertida, así como el derecho de la mercantil Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, SA a que, previa tasación en sede de ejecución de sentencia, se le indemnice en el valor de los bienes accedidos, existentes a 27 de enero de 1986. 2º. Subsidiariamente, y para el caso de no ser estimada la anterior petición se declare el derecho de Orozco Sarasa, SL a ser indemnizada en el valor de lo construido plantado y sembrado en la finca descrita en el hecho primero de la demanda, todo lo cual deberá ser tasado, en su caso, en sede de ejecución de sentencia. 3º. Condene en cualquier caso a la mercantil Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, SA al pago de las costas del procedimiento, tanto las causadas con motivo de la demanda de adverso, así como de la demanda reconventional, por su temeridad y mala fe”.

Centrándonos en lo que aquí nos interesa, el Alto Tribunal afirmó que no cabe hablar de accesión invertida, cuando, como sucedía en el caso enjuiciado, la construcción se hace completamente sobre terreno ajeno, aplicándose en estos supuestos la regla *superficies solo cedit* recogida por el art. 358 CC, en virtud del cual lo edificado en suelo ajeno pertenece, en principio, por accesión al dueño del suelo invadido. No obstante, el art. 361 de este mismo Código dispone que, sólo en el caso de buena fe del que edificare en suelo ajeno, el dueño del terreno invadido tendrá un derecho de opción a su favor para hacer suya la obra, previa indemnización, u obligar a quien edificó a pagarle el precio del terreno. Sin embargo, sin entrar a valorar la buena o mala fe, el Tribunal Supremo observa que el titular del dominio del suelo adquirió el terreno a título oneroso cuando

la obra ya estaba incorporada al mismo y esta circunstancia se había tenido en cuenta para establecer la prestación en el negocio de transmisión.

4.5. Se requiere, por último, que las partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible.

Respecto de este requisito se pronuncia la STS 14 octubre 2002 (RAJ 2002, 10171) al resolver el motivo cuarto del recurso de casación, en el que la parte recurrente sostenía argumentaba que se había aplicado incorrectamente el art. 361 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla.

El supuesto de hecho consistía en un conflicto entre los propietarios de dos terrenos colindantes. Uno de ellos, excediéndose de lo que era suyo, había construido un muro con el fin de deslindar o delimitar lo que a su parecer era de su propiedad. El Alto Tribunal estima que no procede la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, recordando los requisitos exigidos, haciendo referencia en concreto a la Sentencia de 22 de marzo de 1996 (RAJ 1996, 2584). Dice el Supremo que no se dan los requisitos que se vienen exigiendo en tanto en cuanto no estamos hablando de un edificio sino de un muro. Observa que, según el Diccionario de la Real Academia un edificio es una obra o fábrica construida para habitación o usos análogos; y concluye que en este caso, no se podía calificar como un edificio un simple muro de hormigón, que fue utilizado para separar las dos fincas. Acontecía, además, que el muro estaba íntegramente sobre el terreno propiedad de la otra parte (no parcialmente) e incluso no cabía hablar de buena fe, porque la parte que había construido el muro de hormigón lo había hecho con el fin de eludir los cauces procesales para proceder al deslinde, en tanto que había falta de acuerdo y deslindó unilateralmente su finca.

Por su parte la STS 28 abril 1980 (RAJ 1980, 1564) en relación a la indivisibilidad, señala sobre el caso que se pronuncia que “lo único que puede considerarse incorporado al suelo, por constituir una edificación, aunque elemental, es la levantada para atender a las futuras obras, pues ni los montones de tierra o arena colocados en la finca, ni los postes para la ulterior instalación de la conducción de fluido eléctrico, pueden considerarse construcciones, ni adheridas al suelo permanentemente de suerte que no pueda retirarse sin menoscabo y menos aún revisten, aquel carácter, el esbozo de algún camino”.

Además, la indivisibilidad se exige también respecto del suelo invasor: en caso contrario, la construcción sería totalmente en suelo ajeno y entonces habría que acudir al art. 361 CC, si hubiera buena fe, o a los arts. 362 y 363 CC, si la

obra se hubiera hecho de mala fe.

La SAP 27 octubre 2011 (JUR 2011, 433906) declaró la improcedencia de la accesión invertida invocada por la demandante. El supuesto de hecho era el siguiente: B e H S.L formuló demanda como propietaria de la mitad indivisa de una parcela, perteneciendo la otra mitad indivisa a F. R ANAM S.L. La primera ejercitó acción reivindicatoria de dominio, a fin de que se declarara que D. Héctor estaba construyendo un chalet sobre la parcela que era propiedad de B e H. S.L, y ello sin título ni consentimiento; por ello, pretendía o bien que la vivienda construida pasase a ser de su propiedad o bien que se ordenara la demolición de ésta (*ex* 363 CC). D. Héctor formuló demanda reconventional con la intención de que se declarase su dominio sobre la finca, alegando la existencia de un contrato de compraventa verbal no formalizado en escritura, y subsidiariamente, que se declare propietario de la finca por accesión invertida.

Entiende la Audiencia Provincial que no había existido contrato de compraventa y que, por ello, D. Héctor no era titular del derecho de propiedad sobre esa finca. Dicho esto, se pronuncia sobre si cabe o no la aplicación de la accesión invertida, llegando a la conclusión de que no procedía. Observa que la construcción de D. Héctor sobre el terreno litigioso era una casa prefabricada, lo que ya, *per se*, comportaba la inexistencia de uno de los requisitos exigidos, cual es el de que las partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; además de que éste no había probado el valor de la construcción y, por ello, no se podía entenderse que sea de valor superior al suelo.

La SAP Murcia 16 julio 2015 (AC 2015, 1279) estimó que en el supuesto objeto de litigio no cabía alegar la accesión invertida, porque en este caso, pese a que sí que existía una construcción que invadía suelo ajeno, no concurría en la demandante – quien había invadido– la buena fe, y, aun en el caso de que hubiera concurrido, tampoco se hubiese cumplido el requisito de la indivisibilidad.

El supuesto de hecho es el siguiente: Camping Los Delfines S.L. invadió parte del terreno propiedad de Dña. Santiago, interesando aquélla que se declarase que la construcción era indivisible, porque afectaba a las infraestructuras más esenciales del Camping y porque, así mismo, había construido de buena fe, creyendo ser propietaria de esa parte de terreno.

El JPI negó que la mercantil pudiera acogerse a la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida y, por lo tanto, desestimó íntegramente la demanda. La

sentencia fue recurrida en apelación y la Audiencia Provincial de Murcia se pronunció en el mismo sentido. En primer lugar, recuerda los requisitos exigidos para que se dé la accesión invertida: “a) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible ; d) que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior al del suelo invadido; y e) que el edificante haya procedido de buena fe”. Dicho esto, la SAP mantiene la misma posición que el JPI, de forma que entiende que no existió buena fe, porque la Sociedad debía haber conocido que no tenía derecho a construir en esa porción de terreno, porque debió haberse percatado de ello, al ver el plano que en su momento se le adjuntó en su con la escritura de compraventa. Por lo tanto, ésta no llevo a cabo una actuación diligente para conocer los linderos cuando ello era perfectamente posible y exigible.

Constatada la inexistencia de buena fe, la Audiencia examina también otro requisito de la accesión invertida, cual es el de la indivisibilidad, en cuya virtud –como ya se ha dicho- es necesario que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible, llegando a la conclusión de que en el supuesto enjuiciado este requisito no se daba, atendiendo a las pruebas practicadas y a las propias características y naturaleza de los elementos: seis cabañas de madera (una de ellas, destinada una a un almacén, y las otras cinco, a bungalós), que además estaban colocadas íntegramente en terreno de Dña. Santiago; por otro lado, instalaciones eléctricas, que daban abastecimiento a la explotación, y de fontanería, que no constituían edificación. Por consiguiente, dada la ausencia de ya no sólo uno, sino de dos requisitos -buena fe e indivisibilidad- la SAP desestima el recurso de apelación declarando no haber lugar a la accesión invertida.

5. Se hace especial referencia en este apartado a la consecuencia jurídica de la indemnización, intentando dar de un modo general una idea sobre qué se indemniza, cuánto se indemniza y por qué se indemniza.

En el caso de que se produzca una construcción extralimitada, si se considera el suelo como lo principal o si se le imputa al constructor invasor mala fe, no habrá lugar a indemnización (362 CC). El edificante estará obligado, si así lo exige el dueño del terreno en que se haya edificado, a proceder a la demolición del edificio, asumiendo el primero los gastos y dejando el suelo en el estado anterior.

Sin embargo, si se aplica la doctrina de la accesión invertida y por consiguiente se entiende que hay buena fe del constructor, habrá que indemnizar al dueño del suelo invadido, es decir, el edificante tendrá que pagar el valor del suelo que se invade y reparar los daños y perjuicios que se producen al darse esta situación.

La STS 12 febrero 2008 (RAJ 2008, 1842) afirma que “Sólo en el supuesto en que opere la accesión invertida, que supone una invasión parcial del terreno ajeno por la construcción y de buena fe, obliga al que construyó no sólo al pago del valor del terreno ocupado sino también a la indemnización reparadora de los daños y perjuicios, comprensivos del menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del art. 1901 CC”.

De la accesión invertida surge la obligación de indemnizar: esta obligación nace *ex art.* 361 CC, siendo por ello fuente legal de una obligación (1089 CC), cuyo plazo de prescripción es de 5 años (1964 CC), plazo este que empieza a contar desde el momento en que la deuda es líquida.

Dicho esto, téngase en cuenta que el importe de la deuda resarcitoria no ha de determinarse únicamente en relación al suelo invadido, sino que habrá que atender al menoscabo económico que repercute sobre el resto del suelo, debido a la división o separación. La cuantía se determinará por acuerdo y, en ausencia del mismo, los tribunales la fijaran en atención al valor que tuviera la parcela en el momento de ejecución de la sentencia y no en el momento en que se construyó. Quiere esto decir que el edificante no pagará el valor catastral del suelo, ni tampoco el valor útil, sino el valor de mercado del terreno. Además, en la valoración del terreno habrá que entender por suelo el suelo mismo, así como el vuelo o subsuelo que ocupa la construcción.

Por otro lado, habrá que incluir otras partidas indemnizatorias *ex* 1902 CC, por los daños y perjuicios que hubiera sufrido el dueño del terreno invadido; por consiguiente, además del abono del precio del terreno que se invade, habrá que reparar los daños y perjuicios que se ocasionen al dueño de este. Esta deuda surge del art 1902 CC y tendrá un plazo de prescripción de un año desde que el perjudicado conoció el daño o perjuicio, es decir, desde la invasión [v. así STS 15 junio 1981 (RAJ 1981, 2524)]. Para la valoración del daño habrá que tener en cuenta cada caso concreto. La jurisprudencia suele valorar tanto el daño emergente, el valor de la pérdida efectivamente sufrida en el patrimonio del deudor –el suelo en este caso –como el lucro cesante, como consecuencia de la extralimitación, siendo éste en ocasiones de difícil concreción o limitación. Ejemplo de ello es la STS 12 diciembre 1995 (RAJ 1995, 9601) es

un caso extraño e infrecuente, en tanto en cuanto es la parte entonces demandante quien alegó la aplicación de la doctrina de la accesión invertida y, en consecuencia, ejercitó una acción de reclamación de daños y perjuicios, para cuya cuantificación tuvo en cuenta el valor del terreno invadido, así como los perjuicios derivados de la imposibilidad de edificar en el solar resultante tras la invasión. Dice el Supremo que ha de reconocérsele el derecho a que se le satisfagan los metros ocupados, debiendo ser estos valorados conforme al valor del mercado e incluso habrá que incluir el perjuicio inherente a la minusvaloración que la privación de metros haya producido en el solar restante debido a la invasión de una parte del mismo. Sin embargo, y aquí entra en juego el lucro cesante, en palabras del Tribunal Supremo “no cabe, tener en cuenta otros perjuicios derivados de la construcción y apoyados en las expectativas negociales de la posible edificación, porque es reiterada y conocida la jurisprudencia conforme a la cual, no cabe tener como perjuicios efectivos expectativas más o menos posibles de negocio y, además, no se puede ignorar que la invasión en la parcela de la actora, adquirida en 1989, se produjo por los años 1982 a 1984”.

Los tribunales valoran la depreciación que sufre el resto del suelo o la pérdida de luces y vistas, o de paso para el invasor. Se tienen en cuenta, además, para formar parte de la deuda los gastos que supone la modificación de una nueva realidad registral y catastral de la finca o terreno. Cabe decir, por último, que la tendencia jurisprudencial es la de no deslindar o distinguir entre la obligación indemnizatoria y la resarcitoria, y lo que se viene haciendo es unificar las dos.