

SECCION DEL ESTUDIANTE

EL PROBLEMA DE LA INVASION EN EL CODIGO CIVIL

Surge este problema cuando al construir un edificio, se ocupa suelo ajeno.

Es preciso que se den, además, dos requisitos, para que surja una figura con tratamiento específico, a saber: que se ocupe parte del suelo ajeno y que se haga de buena fe.

Porque si el edificio construido se ha hecho totalmente sobre suelo ajeno, no aparece la comunidad de propiedad sobre el suelo que exige dilucidar a quién de los conductos pertenece lo edificado.

Y si no hay buena fe por parte del que edificó, no hay por qué protegerle.

Este problema no lo resuelve nuestro Código Civil, que se limita en su artículo 361 a establecer un derecho de opción exclusivamente a favor del propietario del suelo en que se edificó de buena fe, consistente, en hacer suya la obra, previa la indemnización que los artículos 453 y 454 conceden al poseedor, o en obligar al que fabricó a pagarle el precio del terreno.

Esta solución, favorable en extremo al propietario del suelo, es consecuencia del principio general y tradicional en nuestro Derecho, de que lo accesorio sigue a la principal y que lo principal en este caso es el suelo, como declara el artículo 358.

Es la consagración de la regla SUPERFICIES SOLO CEDIT, del Derecho romano, que también conoció el Derecho germánico.

Principio muy discutible, porque no cabe duda que la mayoría de las modernas construcciones superan en mucho al valor de los terrenos sobre que se asientan, y, por consiguiente, habría que invertir los términos del principio apuntado, para acabar diciendo que el suelo cede al edificio.

La dificultad de encontrar soluciones intermedias, nace de la imposibilidad de crear una comunidad entre el propietario del suelo y el del vuelo.

Tal vez pudiera desligarse lo construído, del suelo en que se asienta, en las primitivas construcciones, muy frecuentes en los pueblos germánicos, de madera, piel, tela, etc., que permitían su transporte, o en algunas modernas construcciones americanas que, no obstante su mole y confort, pueden ser rápidamente transportadas. En estos supuestos, podrían configurarse dos derechos independientes. Uno del dueño del suelo y otro del de la construcción, que incluso podría ser calificada de cosa mueble, siguiendo el antiguo brocardo de «lo que la antorcha destruye es bien mueble» o la orientación de nuestra Jurisprudencia, de considerar como muebles a los hórreos y paneras, acertadamente, puesto que pueden ser desarmados y transportados.

Pero normalmente, el edificio es inseparable del terreno en que se asienta, se trata de un inmueble adherido al suelo, conforme a la clasificación del artículo 334, número 1.º del Código Civil.

Y siendo así, es preciso determinar a quién pertenece el conjunto formado por suelo y edificio.

La solución de crear una comunidad sobre suelo y vuelo, entre los propietarios de ambos, daría lugar a conflictos entre ellos. Habría que limitarla a lo que es común; parte del terreno invadido y parte del edificio que lo ocupa. Y en el condominio las diversas titularidades de los condueños recaen sobre todas y cada una de las moléculas de la cosa, sin que existan porciones materiales de la misma atribuidas a unos titulares con exclusión de los demás.

Tampoco puede admitirse el obligar al constructor a demoler lo que ha edificado de buena fe. No solamente por la protección que la ley concede a la buena fe, sino también por-

que sería antieconómico y antisocial destruir un bien creado, un inmueble, cuando el mundo entero está tan necesitado de ellos.

Tampoco sería acertado, ni posible en la mayoría de los casos, la división material de lo construído, concediendo al propietario del suelo invadido, la parte de la construcción enclavada en él, y dejando para el dueño del edificio, el resto de éste, hecho sobre su propio terreno.

La Sentencia de 12 de Diciembre de 1903 parece admitir este supuesto, en uno de sus Considerandos, al decir: «que el derecho de opción que concede al dueño del terreno el artículo 361 del Código Civil para hacer suya la obra, plantación o siembra hechas de buena fe por un extraño u obligar a éste al pago del precio del terreno, no puede entenderse limitado porque la edificación se haya hecho *por vía de prolongación* de una pared medianera que ocupa sólo parte del suelo de la propiedad del recurrente».

De este Considerando podría deducirse que el propietario del suelo invadido por la construcción, podría hacer suyo el trozo del edificio que le ha invadido, pero hay que tener presente, que este Considerando se ha pronunciado incidentalmente, resolviendo una cuestión ajena a la que nos ocupa, la cual fué la extensión y caracteres de una servidumbre, y que se trataba de la prolongación de una pared medianera. Problema muy distinto de la construcción de un edificio, que no podría ser cortado, como con un cuchillo, para dar un trozo al propietario del suelo invadido, y dejar el resto en poder del constructor.

Llegamos así a la conclusión de que la única solución viable es atribuir la propiedad de todo el edificio y del suelo en que se asienta, a un sólo dueño.

Ello no puede resolverse dentro de nuestro Código, porque el artículo 361 no se ocupa del caso de invasión, en que, como se ha dicho, hay *parte* de un edificio, sobre suelo ajeno. Y ese artículo contempla sólo el caso de que *todo* lo construído esté enclavado en suelo ajeno.

Tampoco son de tener en cuenta los siguientes artículos 362 y 363, porque se refiere a situaciones de mala fe por parte del que edifica.

Ya he dicho al principio, que para el supuesto de invasión, se requieren dos circunstancias específicas, que son: ocupación de terreno ajeno con *parte* de una construcción (lo que excluye

la aplicación del artículo 361), y que se edifique de buena fe (lo que excluye la aplicación de los artículos 362 y 363. Se trata de un caso que, en la terminología francesa, se califica de accesión invertida.

En el Derecho romano, no cabe duda que aplicando con todo rigor el principio SUPERFICIES SOLO CEDIT, el propietario del terreno invadido podría escandalizarse y apresurarse a pedir la demolición de lo construído sobre su terreno. Lo mismo sucedía en nuestro Derecho histórico, aferrado al concepto quirritario de la propiedad.

El Código de Napoleón, dejó sin resolver este problema y lo mismo el nuestro que los que en él se inspiraron.

El Código Civil italiano de 1865 resolvía la cuestión en su artículo 452 diciendo: «Si en la construcción de un edificio se ocupase de buena fe una porción del fondo contiguo y la construcción se hubiese hecho a sabiendas y sin oposición del vecino, podrán ser declarados propiedad del constructor el edificio y el suelo ocupado; pero aquél estará obligado a pagar al propietario del suelo el duplo del valor de la superficie ocupada, así como a indemnizarle por los daños causados».

La Jurisprudencia subrayó la decisiva influencia del Juez en la aplicación de este principio; él habría de calificar la buena fe del constructor, el consentimiento tácito del propietario del suelo invadido y la atribución de la propiedad.

Así, la Sentencia de la Corte de Turín de 2 de Julio de 1883, declaró que el precepto legal era una disposición excepcional, introducida para favorecer la edificación, que no establecía un derecho absoluto a favor del constructor, sino que concedía una facultad al Magistrado, quien, según las circunstancias, podía, u ordenar la demolición de lo construído, o atribuir la propiedad del suelo al que edificó.

El artículo 128 del Libro de la Propiedad, incorporado al moderno Código Civil italiano, sigue el mismo criterio y acentúa más la fuerza decisiva de la apreciación judicial. Dice: «Si con la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo y el propietario de éste no deduce oposición dentro del término de tres meses, a contar del día en que la construcción se inició, la autoridad judicial, *teniendo en cuenta las circunstancias*, podrá atribuir al constructor la propiedad del edificio y la del suelo ocupado. El constructor estará

obligado a pagar al dueño del suelo el duplo del valor de la superficie ocupada, así como al resarcimiento de daños».

Por edificio entiende la Jurisprudencia, no sólo la casa habitación, sino cualquier obra mural que pueda ser destinada al ejercicio de una industria, a depósito de materiales o a custodia de ganados.

El Código civil alemán también resuelve el problema, aunque con una solución distinta de la del italiano, porque, así como éste llega a una enajenación forzosa del terreno invadido, mediante el pago por el invasor del duplo de su valor, aquél establece un derecho de superficie, mediante el pago de una renta al propietario del terreno ocupado por la invasión.

Dice en el artículo 912: «Cuando el propietario de una construcción rebase los límites del suelo propio, sin que pueda reprochársele premeditadamente o falta grave, el vecino debe soportar el saliente, a menos que haya protestado contra el hecho antes de la transgresión de los límites o inmediatamente después».

El propietario del fundo invadido, o sea, el vecino, según la terminología del Código, debe ser indemnizado con una renta en metálico, cuyo importe se fijará atendida la época en que la usurpación tuvo lugar.

O sea, que aquí el dueño del suelo invadido, conserva la propiedad de éste, y solamente está gravado con soportar el derecho de superficie que tiene el invasor, mediante el pago de la renta que se fije al terreno ocupado.

Nuestra doctrina entiende que el Código civil español no se ocupa del problema de la invasión o extralimitación. Así, Pérez y Alguer, en sus notas a Enneccerus, dicen que «las normas de nuestro Código no son aptas para dar una solución satisfactoria a los conflictos producidos por la extralimitación, porque todas ellas parten del supuesto de edificación hecha indivisiblemente».

Angel Sanz, en su magnífica Conferencia, en el Colegio Notarial de Valencia, en 22 de marzo, distingue si la edificación es divisible o indivisible, entendiendo por indivisible aquella que dividirse materialmente resultaría inservible para el uso a que se la destina. En tal supuesto, entiende que ni el edificante ni el dueño del suelo invadido pueden pedir la división por analogía con el artículo 401: Y al no poder pedir la división y exis-

tiendo una laguna en nuestro Derecho, habrá que acudir a los principios generales del mismo.

Debe atribuirse, dice, la unidad formada por los dos solares y el edificio, a uno sólo de los dueños, y la determinación de cual ha de serlo, se hará con relación, no a lo edificado, sino a los dos solares, atribuyendo la propiedad del conjunto al dueño de la parte del suelo que deba estimarse como principal. Y esto se hará por analogía con lo dispuesto en los artículos 376 y 377, atendiendo a los datos de importancia, valor y volumen. Será, pues, principal el suelo sobre el cual se apoya la mayor parte o la más importante del edificio; si así no puede determinarse, el de mayor valor, y si estas circunstancias fueran iguales, el de mayor extensión.

Este criterio de Sanz tiene el acierto de atribuir la propiedad de todo el conjunto formado por edificio y solares a un sólo dueño, pero tiene el inconveniente de no fijar un criterio único para determinar a cuál de esos dueños hay que atribuir la propiedad del todo, debiendo resolverse en cada caso concreto, según las circunstancias.

Manuel de la Plaza, en su artículo «Construcciones sobre suelo ajeno», publicado en el número de Junio de 1947 de la Revista de Derecho Privado, señala el caso como una laguna de la ley, la cual el Juez habrá de llenar por un proceso de creación de la norma que se aproxime fundamentalmente a las que ya existen o se invoquen como análogas. Porque si a los Jueces está vedado, por el artículo 6.º del Código civil, abstenerse de juzgar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los textos, el propio Código reconoce que las fuentes normales pueden ser deficientes, y no otra cosa supone la apelación a los principios generales del Derecho que se contiene en el párrafo 2.º de dicho artículo 6.º. Porque, así el Tribunal Supremo ha usado, bien que moderadamente, de un poder de creación, patente en algunas Resoluciones.

La solución que propugna este Ilustre Magistrado, que viene a ser la expuesta en los Códigos civiles italiano y alemán, de mantener lo construido, atribuyendo la propiedad al constructor, siempre que se den los supuestos necesarios para que surja la invasión, de que ésta sea parcial y de buena fe, la sostiene en los siguientes argumentos:



a) Evidente contenido social que conviene a la concepción actual del derecho de propiedad, ya que, por una parte, impide el injusto enriquecimiento del constructor, evita, por otra, posibles abusos del propietario del suelo, coordina equitativamente los intereses de ambos, e impide: o una desintegración anormal del edificio construido (caso de división) o una abusiva destrucción de riqueza (supuesto de domiliación)

b) Porque en el fondo, aplica al tratamiento jurídico del problema los principios rectores de la accesión, siquiera sea con aquellos matices que impone la singularidad del caso específico; y no debe olvidarse que la analogía, así puede ser concebida como una relación de semejanza, que como una relación de identidad (identidad de razón). En la primera de estas concepciones, dice Castán, la analogía representa una línea recta. En la segunda, forma un ángulo que desciende de un caso o relación a un principio general, y desciende de este último a otra relación o caso. Toma, pues, la solución propuesta del artículo 361 del Código Civil, el principio de que el dueño de la cosa principal puede hacer la suya accesoria, reputando principal la construcción como unidad, pero desdeña como inapropiado el derecho de opción, al menos como solución legal o jurisprudencial.

c) Porque lejos de contradecir nuestro sistema jurídico, es concordante con él, no sólo porque se inspira en las normas rectoras de situaciones semejantes, sino porque ampara la titularidad de un poseedor de buena fé sin sacrificar los intereses del que pudiera decirse perjudicado por la adquisición del suelo invadido.

d) Porque, sin copiar servilmente direcciones doctrinales, legislativas y, aún jurisprudenciales, recibidas desde hace tiempo y con unánime ascenso en otros países, se inspira en sus orientaciones, que les parecen más perfectas y subviene así, sin estrago de ningún interés que merezca protección, una necesidad que no puede quedar insatisfecha; y

e) Porque, en último término, entrega a la apreciación de los Tribunales la decisión de los casos futuros sobre la base de unas normas que, precisamente por su amplitud, pueden subvenir a la singularidad de cada uno; lo que si es aconsejable estando el caso previsto, se impone como una necesidad cuando la solución, ha de construirse guardando fidelidad a las normas rectoras del tratamiento de las lagunas de la Ley.

Esta es la posición, acertada a mi juicio, de don Manuel de la Plaza.

En ella se observa la tendencia que campea en las legislaciones italiana y alemana, también, de sustituir el principio clásico de que el edificio cede al suelo, por considerarlo como cosa secundaria en la accesión realizada, por el principio contrario de que el suelo cede al edificio, considerando a éste como principal, es decir, la accesión invertida, que, por otra parte, no es extraña a nuestro Código Civil, que en el párrafo segundo de su artículo 1.404 dice: «serán también gananciales los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca».

Constituye este precepto, una excepción del principio general de que el edificio cede al suelo, que ni siquiera encontramos en los códigos hispanoamericanos que se inspiraron en el nuestro. Manresa cita únicamente como concordante el Código del Uruguay. También hay que añadir el Derecho civil cubano, puesto que en aquella República, rige nuestro Código civil con muy ligeras modificaciones.

Tampoco en nuestro Derecho histórico existen precedentes, pues solamente el Fuero Real se ocupa de este problema, y lo resolvía de acuerdo con el principio general superficies solo cedit, en el sentido de atribuir la propiedad del edificio al dueño del suelo, sobre el que se edificó.

Esta excepción la justificaba ya García Goyena, como un estímulo para que el marido edificara sobre solar de su mujer, sabiendo que lo construído sería ganancial.

Manresa, la fundamenta, en que si bien es cierto que el edificio no puede subsistir sin el suelo, tiene siempre más valor e importancia que éste, por lo que si la doctrina no se conforma con los principios satisface más a la razón. Si el solar vale 5 y el edificio 500, y estos 500 pertenecen a la sociedad de gananciales, más racional es que el edificio con el suelo se adjudique a la misma sociedad, abonando 5 al propietario, que no que se adjudique al propietario abonando 500 a la sociedad.

Sentado que en el caso de la invasión, con sus dos requisitos de ser parcial y de buena fé, el suelo debe ceder al suelo, practicándose la accesión invertida, hay que resolver un último problema, el cual es el de determinar cuando tiene lugar el traspaso de propiedad.

Si se admite que esto ocurre en el momento de construir, habría que indemnizar al dueño del solar ocupado, el precio de éste en el momento de la edificación en él. Esto tiene especial relevancia cuando el problema se concreta en el caso del párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil, que daría lugar a que en momentos de gran desvalorización de la moneda, como son los actuales, no habría que pagar al propietario del suelo ocupado por el edificio, construido durante el matrimonio a costa de la sociedad conyugal, el mayor valor o plus valía, adquirido, desde que se construyó hasta que se disuelva el matrimonio. El solar, además, pasaría, en tal supuesto, a ser ganancial, aunque antes de la disolución del matrimonio llegará a destruirse.

De la Sentencia de 24 de mayo de 1932 parece deducirse que el traspaso de la propiedad se opera en el momento de edificar, ya que rechaza una tercería de dominio interpuesta por una mujer contra su marido, a pesar de acreditarse en autos que la esposa tenía inscrito como parafernial, no sólo el solar, sino, incluso, el edificio construido durante el matrimonio, fundándose únicamente en que no se había acreditado a juicio de la Sala la procedencia parafernial del dinero cuando se construyó el edificio.

De donde parece deducirse que el edificio construido a costa del caudal común, sobre solar privativo de uno solo de los cónyuges, transforma en el acto ganancial al conjunto solar-edificio, sin esperar a la liquidación de la sociedad conyugal, y esta misma conclusión podría deducirse del texto literal del artículo 1.404 número 2.º del Código Civil, al afirmar que serán también gananciales los edificios construidos en dicho supuesto.

De no admitirse esta tesis, de que el traspaso de la propiedad se produce en el mismo momento de la edificación, se daría la dificultad de coexistir durante el matrimonio dos propiedades separadas, una la del cónyuge propietario del suelo, sobre éste, y, otra, la de la sociedad conyugal, sobre el edificio, o bien configurar éste, regía el principio general de la accesión, superficies solo cedit, y que, por lo tanto, interinamente el conjunto solar-edificio sería bien privativo del cónyuge dueño del solar.

Ello es también importante para determinar quien puede disponer del conjunto edificio-solar, durante el matrimonio.

Si se admite que el solar privativo de uno de los cónyuges, se convierte en ganancial, tan pronto se edifique en él, por el matrimonio, resultará que será el marido el que pueda disponer

de él, como representante de la sociedad conyugal y conforme al artículo 1.413 del Código Civil.

Mientras que si el traspaso de propiedad no tiene lugar hasta que el matrimonio se disuelva, y entre tanto admitimos que rige interinamente el principio general de accesión superficies solo cedit, y la esposa es propietaria del conjunto solar-edificio, los actos de disposición no podría realizarlos el marido solo, sino la mujer con licencia de su marido.

Si concluimos afirmando que el traspaso de la propiedad tiene lugar tan pronto como se construya, que es la solución más lógica y exenta de las complicaciones apuntadas, aún cabe por resolver si en los casos normales de invasión, u ocupación de un terreno ajeno con parte del edificio construido de buena fé, se trasmite la propiedad, desde el momento mismo de la edificación, desde que recaiga la correspondiente decisión judicial, o desde que el dueño del solar invadido perciba la indemnización correspondiente.

El problema lo resuelve el Código Civil italiano, en el sentido de ser necesaria la declaración judicial, puesto que dice, que tido de ser necesaria la declaración judicial, puesto que dice, que la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, podrá atribuir al constructor la propiedad del edificio y la del suelo ocupado. Agregando que aquél estará obligado a pagar al propietario del suelo, el duplo del valor de la superficie ocupada, así como a indemnizarle los daños causados.

Manuel de la Plaza, se pregunta si hecha la declaración judicial de propiedad del suelo a favor del que edificó en él, será lícito condicionar la adquisición al pago de las sumas que por vía de compensación se declaren. La doctrina italiana se muestra vacilante y en la germánica el problema no puede presentarse porque la consecuencia de la declaración del derecho a favor del constructor es la constitución de una renta, y aún cabe la posibilidad de que el dominio del suelo vuelva a su dueño primitivo en determinadas condiciones.

En nuestro Derecho parece que ha de ser suficiente la declaración judicial de propiedad, cuando ella, sea necesaria, por falta de acuerdo entre las partes, o porque no la declare un precepto legal concreto, como el del párrafo segundo del artículo 1.404, ya examinado, naciendo de ella, a favor del propietario del suelo invadido, un derecho al pago del precio y otro a ser indemnizado de los daños causados por el constructor.

Así se deduce a sensu contrario de la Sentencia de 23 de marzo de 1943, que declara que mientras exista posibilidad de ejercitar el derecho de opción que otorga el artículo 351 del Código Civil, ni el dueño del suelo ni el de lo edificado, gozan de la situación de plenitud jurídica que implica la titularidad de la acción reivindicatoria.

Esta Sentencia se refiere sólo al caso del artículo 361, que, como hemos dicho, contempla el principio general de la accesión, de que el edificio cede al suelo, concediendo al dueño de éste la opción a hacer suya la obra indemnizando al que edificó, o a obligar al que la hizo, a pagarle el precio del terreno.

En tal caso, hasta que el dueño del suelo no opte por uno u otro medio, no gozan ni él ni el que edificó, de la plena propiedad, necesaria para ejercitar la acción reivindicatoria.

Pero cuando no hay tal opción, como ocurre en el caso de la invasión, solamente se precisa una declaración judicial, y hecha ésta, nace un derecho de propiedad pleno a favor del beneficiado por ella, que, en su virtud, deviene en propietario del suelo invadido, sin perjuicio de la acción que tiene el propietario del mismo, a exigir de aquél la correspondiente indemnización.

JULIO ALBI RICO

ALUMNO DEL TERCER CURSO