

La accesión invertida de obra hecha por copropietario en suelo  
común sin el acuerdo necesario.  
Comentario a la Sentencia del TS de 26 septiembre 2007  
(RJ 2007, 8617)

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
*Profesor Titular de Derecho Civil.*  
*Universidad de Sevilla*

**Resumen:** La accesión invertida es aplicable cuando se construye invadiendo parcialmente el terreno ajeno, situación que no se da en el caso de que sea un comunero el que construye en terreno que es común con otro comunero.

**Términos significativos:** Accesión invertida. Copropiedad.

**STS 26 septiembre 2007 (RJ 2007, 8617)**

Civil

*Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros*

**ACCESIÓN INVERTIDA: no se da cuando un comunero construye en terreno que es común con otro comunero.**

*Sentencias citadas: Sentencias del TS de 27 junio 1997 (RJ 1997, 5398), 29 julio 1994 (RJ 1994, 6305).*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

D<sup>a</sup> Claudia demandó a su hermano D. Imanol, solicitando se dictase sentencia por la que se declarase la división material del inmueble cuya titularidad pertenecía a ambos.

El demandado D. Imanol se opuso a la demanda, solicitando su desestimación, y que se declarase no haber lugar a la división como postulaba la actora. Reconvino también solicitando: A) Respecto del inmueble cuya fachada daba a una calle, que se declarase la accesión invertida en la mitad ideal del solar en favor del reconviniendo, con la obligación a su cargo de abonar a la actora el valor de la mitad de dicho solar conforme se determinase en la fase de prueba o de ejecución de sentencia, y la cesación de la copropiedad, reconociéndose al reconviniendo como propietario exclusivo de este inmueble. B) Respecto del inmueble cuya fachada daba a otra calle, que se declarase la cesación del condominio sobre el mismo y se procediese a su división material conforme a lo expuesto al efecto en la contestación a la demanda. Finalizaba la reconvención solicitando subsidiariamente y para el caso de que no se accediese a la accesión invertida, que se declarase la cesación del condominio integrado por los dos edificios

y se procediese a su división material conforme a las bases indicadas en la contestación a la demanda.

El JPI estimó en parte la demanda y la reconvención. Partiendo de que el inmueble en realidad son dos claramente diferenciados, con fachadas a diversas calles, y de que el primero es una construcción moderna costeada por el demandado y reconviniendo, negó que éste hubiese adquirido su propiedad exclusiva, y declaró la cesación del condominio sobre los dos inmuebles, y la división material de los mismos con arreglo a las bases que indicaba la sentencia, ordenando diversas compensaciones en metálico.

La sentencia fue apelada por el demandado y reconviniendo, siendo su recurso de apelación desestimado por la AP.

Contra la sentencia apelada ha interpuesto recurso de casación D. Imanol. El TS declara no haber lugar al recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

«TERCERO.—El motivo cuarto... acusa la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la accesión invertida, siendo así que el nuevo edificio levantado por el recurrente lo ha sido en terreno que le

pertenece a su hermana la demandante y a él, teniendo un mayor valor el coste de la construcción que la parte del solar ocupado por los dos inmuebles en que se edificó. (...) El motivo se desestima porque la accesión invertida es doctrina jurisprudencial aplicable cuando se construye invadiendo

parcialmente el terreno ajeno, situación que no se da cuando un comunero construye en terreno que es común con otro comunero. Ni construye entonces en terreno ajeno, ni por supuesto invade terreno ajeno (sentencias de 27 de junio de 1997 y 29 de julio de 1994, entre otras)».

## SUMARIO

- I. LA ACCESIÓN INVERTIDA COMO SOLUCIÓN «OFICIAL» A LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS: UN BREVE RECORDATORIO
- II. EL ALCANCE NO NECESARIAMENTE FÍSICO, SINO SÓLO JURÍDICO DE LA INVASIÓN EN LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS: EL CASO DE OBRA HECHA POR COPROPIETARIO EN SUELO COMÚN SIN LA OPORTUNA AUTORIZACIÓN DE LOS DEMÁS
  1. Planteamiento del supuesto de invasión jurídica aplicable a cualquier obra –nueva o de modificación– hecha por un copropietario en suelo común sin el acuerdo oportuno
  2. Negativa de la doctrina y de la jurisprudencia a admitir la accesión invertida de obra hecha por condómino en suelo común: por su falta de ajeneidad y de buena fe respecto a la propiedad del suelo sobre el que construye, y por la consiguiente ausencia de verdadera extralimitación en suelo ajeno
  3. Refutación de las razones contrarias a la accesión invertida de obra hecha por copropietario en suelo común: su aplicabilidad como solución, con función integradora, ante la invasión jurídica de la cuota copropietaria ajena
    - 3.1. La posible consideración del copropietario como tercero constructor de buena fe a los efectos de la accesión
    - 3.2. Oportunidad de la accesión invertida para las obras hechas por comunero en suelo común, en cuanto invasión jurídica de las cuotas ajenas, frente a la inviabilidad o la inutilidad de otras soluciones alternativas
    - 3.3. Diversidad de hipótesis según la buena o mala fe y según el valor de las cuotas de los copropietarios en lid: la aplicación de la accesión invertida cuando el comunero constructor sea de buena fe y su cuota sea la principal por ser la de mayor valor

## I. LA ACCESIÓN INVERTIDA COMO SOLUCIÓN «OFICIAL» A LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS: UN BREVE RECORDATORIO

En lugar de hacer cualquier resumen al uso como hace tiempo hacen con grande gregarismo sentencias y trabajos doctrinales, como punto de partida es imprescindible reproducir la sentencia que por primera vez abordó directa y más profundamente el problema de la construcción extralimitada creando la teoría de la accesión invertida que hoy representa la solución «oficial» de aquel problema: aunque con antecedente en la STS de 30 junio 1923 (JC, 115), es la STS de 31 mayo 1949 (RJ 1949, 721), de la que merecen ser casi íntegramente reproducidos sus Considerandos 4º a 7º, ambos incluidos:

«Considerando –4º–: Que, claras y precisas las normas que estatuye el Código Civil en sus artículos 361 y siguientes, ninguna dificultad ofrece el aplicarlas para decidir las cuestiones que se susciten en los casos de construcción en suelo ajeno, por ellas reguladas atendiendo a la buena o mala fe del constructor, y aun a la del dueño del suelo cuando con la de aquél concurre, y siempre respondiendo a la regla *superficies solo cedit*, derivada del principio fundamental de la accesión, de que *lo accesorio sigue a lo principal*, inspiradores éste y aquélla notoriamente de los artículos 353 y 358, del mismo Código, pero tales normas no resuelven los casos de edificación en suelo que en parte pertenece al edificante, ya que ellos carecen de la base común a los supuestos para los que están establecidos.

Considerando –5º–: Que descansan las doctrinas científica y legal de la accesión en la existencia de una cosa que ha de tenerse por principal y de otra accesorio que al unírsele forma con ella una individualidad, por lo que al merecer el suelo la primera de las expresadas calidades ha de ceder a él cuanto a su superficie se incorpore, de lo que es consecuencia la adquisición por el dueño del suelo del derecho a la propiedad de lo incorporado, según declara el art. 353, y el de optar por hacerlo suyo pagando su valor, como dispone el 361, ambos antes citados, mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo construido constituye con aquél una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código Civil su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio inspirador del artículo

antes citado y del 358, por falta de la base necesaria para su aplicación, de que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado.

Considerando –6º–: Que este problema, creado al excederse el edificante de los límites de su suelo propio, resuelto, con criterios diversos que buscan la equidad en sus soluciones positivas, en algunas legislaciones extranjeras, no lo está por preceptos expresos en el ordenamiento sustantivo español, ni por la jurisprudencia...; y ante esta falta de preceptos positivos exactamente aplicables, habrá la misma de ser suplida, cuando no lo está por la costumbre, por los principios generales del derecho, según lo exige en su párrafo segundo el artículo 6 del Código –antes de su reforma en 1974, naturalmente–.

Considerando –7º–: Que de estos principios de derecho, el que, acogido bajo forma preceptiva en los artículos 350 y 358, atribuye al dueño de una superficie de terreno el dominio de lo que a él se incorpora, podría, al ser esto divisible, conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno lo fuese de lo sobre la misma edificado, con la indemnización correspondiente al constructor de buena fe, mas no sería la misma admisible por injustificada cuando las dos porciones del suelo formasen con el edificio un todo indivisible, no siéndolo tampoco la de establecer una copropiedad, o un derecho de superficie, que no son conciliables con el efecto de la accesión, que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas; y así hay que acudir como a raíz de los derechos que se derivan de la accesión y de las normas que positivamente la regulan al principio –ya antes considerado– de que lo accesorio cede a lo principal, y atribuir esta calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe», como así finalmente estimó en el caso.

A esta STS de 31 mayo 1949 (RJ 1949, 721), formando ya legión, le siguen hoy otras muchísimas SSTs, que aunque ahonden en alguna cuestión puntual, en la esencia de la accesión invertida no hacen más que evocar lacónicamente el recuerdo de la exhaustiva argumentación hecha en aquella de 1949.

Una de esas cuestiones puntuales es, precisamente, la que aquí en este comentario se abordará a continuación.

## II. EL ALCANCE NO NECESARIAMENTE FÍSICO, SINO SÓLO JURÍDICO DE LA INVASIÓN EN LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS: EL CASO DE OBRA HECHA POR COPROPIETARIO EN SUELO COMÚN SIN LA OPORTUNA AUTORIZACIÓN DE LOS DEMÁS

### 1. Planteamiento del supuesto de invasión jurídica aplicable a cualquier obra –nueva o de modificación– hecha por un copropietario en suelo común sin el acuerdo oportuno

En general, en las obras extralimitadas, tanto el suelo invasor, como el invadido, a los que se une indivisiblemente la obra, han de ser para ello el soporte, el sostén de tal obra. Han de ser, pues, los inmuebles por naturaleza que lo son por excelencia (*ex art. 334.1º CC*), para que así pueda cumplirse la regla *superficies solo cedit* del art. 358 CC. Salvo esta norma, que habla de «predios» y el art. 360 que habla de «suelo», las demás hablan de «terreno» (cfr. arts. 361 a 365 CC); el propio art. 334.1º CC habla de «tierra» y de «suelo». Naturalmente, no hay que entender aquí tales palabras al pie de la letra. Entendido aquí el suelo, como ya se entendiera desde Roma, como soporte de la construcción, y como posible expansión de la propiedad, desde el art. 350 CC, sobre todo, hay que incluir y entender como suelo, no sólo lo que sea terreno, solar, o superficie del suelo, sino también el subsuelo (cfr. art. 334.8º CC), o el vuelo. Este sentido lato del suelo es admitido por todos.

Aplicado tal sentido en materia de accesión extralimitada, en principio, en tanto que se trata de invadir lo ajeno, de invadir facultades dominicales ajenas (en este caso la expansiva del art. 350 CC, sobre todo), cabría pensar, al menos, en tres hipótesis: la primera, la más común en la práctica, la de la invasión superficiaria, la del suelo del vecino colindante. Otra sería la de la extralimitación subterránea, del subsuelo vecino, siendo usual el caso de las plazas de garaje subterráneas. Y la tercera hipótesis es la invasión del vuelo ajeno, pudiéndose en tal caso subdistinguir dos subhipóte-

sis de invasión aérea: una sería la de extralimitación del vuelo ajeno en sentido horizontal; v. gr., con balcones o voladizos –desde la conocida STS de 27 diciembre 1980 (RJ 1980, 4759)–, no siendo extraña tal invasión en sobre-construcciones sobre casas unifamiliares adosadas con grandes terrazas en las que es habitual invadir el vuelo vecino con tejados, vigas o jácenas. Y la otra, menos común, es la extralimitación del vuelo en sentido vertical, esto es, cuando realmente la obra se hace sobre suelo y vuelo propio pero extralimitándose; v. gr., piénsese en quien construye contraviñendo con la altura de la obra una *servitus altius non tollendi* o una norma urbanística que lo prohíbe, o quien construye abriendo huecos o con balcones sobre su terreno pero a distancia del vecino inferior de la que impone la ley o una servidumbre previamente constituida (cfr. arts. 581 y ss. CC). También ahí se incluye el caso de la obra hecha por un copropietario en el suelo común sin el oportuno consentimiento de los demás, pudiendo darse como caso más particular el de construcciones sobre zonas comunes de un edificio, o conjunto inmobiliario, sometido al régimen de propiedad horizontal (v. gr., la posible sobre-elevación en la azotea, cfr. art. 12 LPH).

Mas aquí, la cuestión primera es saber cuándo no hay tal acuerdo. Al respecto, se pregunta, mas sin responder, RIERA AISA, L. (en la voz «Edificación», NEJ, T. VIII, pg. 58), si en este contexto la facultad de edificar es acto de disposición o de administración, o incluso gestión de negocio ajeno. Para otros, al ser «*alteración de la cosa común*», como dice el art. 397 CC, es acto dispositivo, que, por tanto, requiere de acuerdo unánime (así, SANZ FERNÁNDEZ, A., «Edificación en suelo ajeno: sus problemas», en Curso de Conferencias organizado por el II Colegio de Notarios de Valencia, Valencia, 1947, pgs. 203 y 204; y CARRASCO PERERA, A., «*Ius aedificandi*» y *accesión* [La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos], con Prólogo de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 1986, pgs. 287 y 288). También aquí hay que distinguir: si se trata de obra nueva, de ampliación (sea de sobre-construcción o de sub-construcción), o que de algún modo altere la esencia y estructura del suelo o de la obra común, lógicamente se requerirá de la unanimidad (ex art. 397 CC); mas si se trata de una obra de modificación, o de adecuación, o de la mejora de una obra común ya construida, bastaría con el acuerdo de la mayoría según exige el art. 398 CC. En cambio, si se trata de una obra de conservación, o reparación, entonces no habrá ningún problema en la toma de decisión para su realización (cfr. art. 395 CC). Así, pues, sólo se plantea el problema de las construcciones extralimitadas en los dos primeros casos en que requiriéndose del consentimiento (mayoritario o unánime), el comunero construya sin él.

Conviene, no obstante, también advertir que cuando se trata de las obras extralimitadas, tal vez intuitivamente con la idea de mitigar la expropiación a-legal –como poco– que late en la teoría de la accesión invertida, y con la de justificar la inversión del *superficies solo cedit* para así evitar la demolición de los edificios, no son pocos de sus defensores los que concretan su ámbito objetivo para referirlo exclusivamente a solo las obras que sean nuevas y que impliquen una auténtica mejora, entendida ésta como incremento útil del suelo, de importante valor socio-económico, mercedoras por tanto de conservación a través de la accesión invertida. Quedarían, así, excluidas como posible objeto de la accesión invertida las obras de reparación o de reconstrucción, y las obras de modificación, o, en general, las obras de mejora. En la propia jurisprudencia, la STS de 22 febrero 1975 (RJ 1975, 721), decía en su Fundamento de Derecho 3º que «ha de tratarse de suelo sin edificar, y el propio recurrente en la demanda, con la que se inicia el pleito, alude a que se trata de un terreno donde había una construcción que era un local donde la demandada ejercía su venta de periódicos». Luego, la STS de 22 marzo 1996 (RJ 1996, 2584) dirá, en su Fundamento de Derecho 1º, que «no pueden estimarse como construcción las obras de adaptación... en el terreno para dedicarlo a platanera y en cuanto al cerramiento de la finca, se trata de construcción accesoria por esa finalidad de delimitación del predio».

De tal restricción objetiva de la accesión invertida según la posición oficial hay, sin embargo, que discrepar; por varias razones; la primera, literal: frente a los casos en que expresamente la ley quiere como excepción excluir las obras de reparación y las mejoras (cfr. arts. 109 y ss. LH), en materia de accesión no se hace tal cosa, cuando, por el contrario, con tanta amplitud se habla de obras en general. Ahí están: el «*todo*» del art. 353 CC, «*lo edificado... y las mejoras o reparaciones*» a que se refiere el art. 358, la inclusión omnimoda de «*todas las obras*» del art. 359, o la de «*construcciones u obras*» del 360, o las expresiones genéricas de «*obra*» del 363 o la de «*edificar*» de los arts. 361 y 362 CC, pudiéndose también incluir, aunque ubicada fuera del ámbito de la accesión pero con tanta incidencia en ella, la referencia del art. 334.1º CC a «*edificios... y construcciones de todo género*» que son inmuebles por su incorporación al suelo. Y así lo dice el Código, también desde una perspectiva

histórica, frente a las Partidas que en parte distinguían según se tratara de obras nuevas (Ley 41, del tít. 28, P. 3<sup>a</sup>), o de obras de reparación y mejoras (Ley 44, del mismo título y Partida), o más particularmente frente a aquel caso excepcional –vigente desde 1889 hasta 1981– del antiguo art. 1404 CC, que mientras en su primer párrafo refería las mejoras al régimen general de accesión, en su segundo párrafo introducía una excepción tratándose de «*edificaciones*», y que la jurisprudencia limitaba a las nuevas construcciones. En cambio, hoy el art. 1359 CC ya no introduce excepción alguna hablando en general, e intencionadamente, de «*edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras*», dice.

Añádase, tratándose en particular del caso que aquí se trata, que salvo en aquel último supuesto (de las obras necesarias de conservación y reparación, para las que no se requiere de acuerdo habiendo necesidad de tal obra), en los demás (de construcción de obra *ex novo* o de mejora de la obra común ya existente), podría plantearse como conflictivo el que la edificación se haya realizado por un copropietario sin el consentimiento legalmente exigido, sea la unanimidad o la mayoría; ¿cabría, entonces, como su solución la de la accesión invertida?

## 2. Negativa de la doctrina y de la jurisprudencia a admitir la accesión invertida de obra hecha por condómino en suelo común: por su falta de ajeneidad y de buena fe respecto a la propiedad del suelo sobre el que construye, y por la consiguiente ausencia de verdadera extralimitación en suelo ajeno

La común opinión, dentro de nuestra doctrina (a la que se limitará la cita), niega que en aquel caso sea aplicable la teoría de la accesión invertida, negando incluso la aplicación directa del 361 CC (así ya, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil, T. III: Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1891, pgs. 163 y 164; siguiéndole MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al CC español, T. III: Arts. 333-429*, Madrid, 1904, pg. 195; QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *CC concordado y comentado extensamente*, T. VI, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 1913, pgs. 385 y 386; HERNÁNDEZ CRESPO, C., «La accesión invertida», RCDI, 1972, pg. 738, aunque éste defiende la aplicación del art. 361 CC; CARRASCO PERERA, A., pgs. 285 a 290; MIRAMBELL ABANCA, A., «Comentario a STS de 13 de diciembre de 1985», CCJC, 1986, pgs. 3297 a 3299; ÁLVAREZ OLALLA, P., «La accesión invertida. Líneas jurisprudenciales», Aranzadi Civil, 1996-III, pgs. 8 y 9; MOLL DE ALBA, C., *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004, pg. 204; VERDERA IZQUIERDO, B., «La construcción extralimitada: revisión jurisprudencial», RCDI, 2002, pg. 1809; HERRERA OVIEDO, M., «Operatividad de la accesión invertida», AC, 2006, pg. 745).

Las razones de esta repulsa tan generalizada a aplicar las reglas de la accesión, sea la invertida o la del art. 361 CC, son varias: la primera, que el copropietario-constructor no es auténtico tercero como se exige en materia de accesión, entendido como sujeto que no mantiene relación contractual alguna con el *dominus soli*, ni ostenta derecho –real ni personal– sobre la finca. Nada de esto sucede, en efecto, con el copropietario, que es cotitular de la propiedad del suelo sobre el que edifica. Habiendo tal cotitularidad –se añade como segunda razón–, es prácticamente imposible que el comunero que construye sin el consentimiento de los demás actúe de buena fe. En la jurisprudencia, a tal respecto, la STS de 19 abril 1972 (RJ 1972, 1819) negaba la accesión invertida al estimar que la buena fe del copropietario edificante «quiebra cuando el suelo sobre el que se edifica no es totalmente ajeno, o sea, cuando el que construye de buena fe es partícipe de alguna forma en la propiedad del suelo sobre el que edifica». Y curioso era el caso que en ella se resolvía: se trataba de un solar, del cual la mitad de su propiedad correspondía a una viuda (recurrente), y de la otra mitad dicha viuda tenía el usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a sus hijos, uno de los cuales construye un hotel ocupando sólo la mitad física de la superficie, procediendo la viuda a reclamar el usufructo de lo accedido al amparo del art. 479 CC. Sin realizar tan absoluta negación de la buena fe por hipótesis, la STS de 2 junio 1978 (RJ 1978, 2216) negó, en el caso, la accesión, tanto normal como invertida, de obra hecha por comunero-vecino sobre elementos comunes de una propiedad horizontal por su mala fe habida cuenta de la oposición expresa de la junta de vecinos y de la sentencia interdictal suspensiva de las obras que ni siquiera recurrió. Lo mismo puede decirse de la STS de 23 febrero 1988 (RJ 1988, 1277), que denegó la accesión invertida al condómino constructor: formalmente, porque era necesario el litisconsorcio pasivo *ex arts.* 394, 397 y 399 CC, y, sustancialmente, por su mala fe al ser paralizada su obra mediante sentencia declarada en juicio de obra nueva.

Como tercera razón, entiende la común opinión que en el caso que se plantea no hay verdadera invasión, ni extralimitación en suelo ajeno, como se exige en la accesión en general, ni hay construcción en suelo en parte propio y en parte ajeno, como se exige para la accesión invertida en particular. Lo que real y únicamente hay en él es incumplimiento del art. 397 CC (o, en su caso, del 398 CC, o de los arts. 7, 12, y 17.1º LPH), siendo tal normativa de aplicación preferente a la más general de accesión. Pudiera decirse que ésta es la razón más aducida por nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, acerca del terreno de una sociedad civil, formada por tres hermanos-socios, donde uno de ellos construye un edificio con su propio dinero quedándose luego con el valor de la edificación (después de la disolución y liquidación de la sociedad), la STS de 1 diciembre 1980 (RJ 1980, 4732) niega la accesión, tanto la normal como la invertida, considerando –en el 3º– que tanto la STS de «31 de mayo de 1949 –y otras que se citan– así como el art. 361 CC parten de un supuesto de hecho que no concurre en el caso debatido, y es el de un preciso deslinde del terreno sobre que se edifica para concretar hasta dónde lo edificado cae dentro del terreno del edificante y hasta dónde fuera de él, puesto que se admite por el Tribunal de instancia que el suelo sobre el que se edificó es copropiedad del recurrente y de otros dos más –los tres hermanos–, luego en tanto no se divida el suelo no puede saberse si construyó sobre terreno propio». Con alcance ya más general, la STS de 5 abril 1994 (RJ 1994, 2936) negará la accesión invertida, en el caso de una obra hecha por la comunera hermana del otro condueño del solar, no tanto –dice– por la falta de buena fe (como dijo la sentencia de 1ª instancia), sino porque, por hipótesis, con la construcción en suelo propio del comunero, nunca hay invasión parcial del terreno ajeno, que es la base de la accesión invertida. En la misma línea, la STSJ Cataluña de 6 abril 1998 (RJ 1998, 10052); y a todas ellas se suma ahora la aquí comentada STS de 26 septiembre 2007 (RJ 2007, 8617), al decir, en su Fundamento de Derecho 3º, que «la accesión invertida es doctrina jurisprudencial aplicable cuando se construye invadiendo parcialmente el terreno ajeno, situación que no se da cuando un comunero construye en terreno que es común con otro comunero. Ni construye entonces en terreno ajeno, ni por supuesto invade terreno ajeno».

Ésta es la opinión dominante en la doctrina y sobre todo en la jurisprudencia. Aunque no por dominante es la más convincente.

### **3. Refutación de las razones contrarias a la accesión invertida de obra hecha por copropietario en suelo común: su aplicabilidad como solución, con función integradora, ante la invasión jurídica de la cuota copropietaria ajena**

#### *3.1. La posible consideración del copropietario como tercero constructor de buena fe a los efectos de la accesión*

Aunque cotitular de la propiedad, el comunero constructor ha edificado sin el consentimiento de los demás, pudiendo estimarse en tal sentido como tercero, pues aunque con título para obrar (por ser copropietario), no tenía suficiente legitimación para ello al no contar con la necesaria aprobación de los demás condóminos, actuando entonces como ajeno respecto a la cuota comunitaria de los demás que no hayan prestado su autorización (así lo advierte, en Italia, BASILE, M., «Osservazioni in tema di rapporti tra accessione e comunione», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1968, pgs. 1303 y 1304, recordando asimismo que cabe la reivindicatoria entre copropietarios).

Mayor detenimiento merece la negación apriorística de la buena fe en el copropietario que construye en suelo común.

Ante todo, tal vez convenga aquí recordar el sentido de la buena –o la mala– fe en materia de accesión (y que, con grande acierto, lo decía hace tiempo DIEZ-PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», *RCDI*, 1966). En la jurisprudencia, como sintetiza la STS de 27 enero 2000 (RJ 2000, 126), sobre accesión invertida precisamente, la buena fe del invasor consiste en la «creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir» por virtud de otro título o derecho diverso de la estricta propiedad. También sobre accesión invertida, antes, la STS de 1 febrero 1979 (RJ 1979, 420), define la buena fe del invasor como «la racional –dice– creencia del propio dominio sobre el terreno invadido». Como reverso de la misma moneda, puede entenderse la buena fe no como tal creencia, sino, a la inversa, como ignorancia de que se construye sobre suelo de propiedad ajena o de que se carece de título idóneo o bastante para obrar en terreno ajeno. Así la STS de 22

febrero 1975 (RJ 1975, 721), sobre accesión invertida, define la buena fe del invasor como «la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece»; y casi idéntica es la de la STS de 6 mayo 1978 (RJ 1978, 1815).

Asimismo, la buena –o mala– fe del obrante en la accesión exige de cierta honradez *ex art.* 7.1 CC, pues aquel error de hecho ha de ser excusable, esto es, diligente, fundado, o razonable. Así, por ejemplo, la STS de 13 abril 1912 (JC 18) estimó de inicio la buena fe de los constructores, pues a pesar de la inscripción en el Registro de la Propiedad del vecino invadido, los constructores contaban con un documento adjudicativo del Estado y una sentencia firme interdictal a su favor. En cambio, como casos de mala fe, la STS de 4 noviembre 1971 (RJ 1971, 4584), aunque sobre plantación, estimó la mala fe de la plantante porque aunque aún era dueña del terreno en el Catastro, ya había dejado de serlo tras la partición hereditaria en la que ella misma intervino. Con mucho acierto, la STSJ de Cataluña de 29 septiembre 1993 (RJ 1993, 10179) consideró de mala fe al constructor porque ya antes de comprar el solar había sobre él una anotación preventiva de demanda (e incluso tras la compra y antes de iniciar la edificación, el comprador-constructor recibió una notificación de la existencia de tal anotación). Sobre accesión invertida acertadísima es la STS de 17 junio 1961 (RJ 1961, 2728): ante la afirmación del invasor, secundado en la primera instancia y en apelación, de su buena fe al construir sobre terreno baldío abandonado, sin dueño conocido, ni deslindado del suyo contiguo, dice el TS (en el Considerando 4º): «Que de ningún modo puede admitirse con mediato raciocinio el hecho de que el demandado edificó de buena fe, pues su conducta procesal al afirmar que el terreno estaba abandonado y baldío ya acredita por sí sola la plena consciencia de no pertenecerle por título idóneo en derecho, mala fe que se acentúa al ser advertido, al hallarse la obra en los cimientos, por tercera persona interesada, con simple esperanza de derechos sucesorios, ante tres testigos de la abusiva ocupación del solar, acusándose aún más en la absolución de posiciones, pues manifiesta que edificó sin contar con el consentimiento de nadie por no ser necesaria, y que nunca se tituló propietario de la parcela antes de construir, pero sí lo es una vez concluido el edificio». También sobre obras invasoras, la STS de 14 octubre 2002 (RJ 2002, 10171) estimó que «no puede afirmarse la existencia de buena fe en quien, eludiendo acudir a los cauces procesales, para proceder al deslinde, ante la falta de acuerdo, procede de forma unilateral a deslindar las fincas mediante ese cerramiento de hormigón» (pues, en el caso, se trataba de un muro la obra en parte invasora).

Hay, no obstante, un caso, no poco frecuente en la práctica, en que aun siéndose sabedor de la ajeneidad del terreno sobre el que se construye o de que no se tiene actual título de dominio, ni siquiera para obrar, la actuación de la construcción se puede estimar como realizada con buena fe a los efectos de las reglas de la accesión, por compensación, con la tolerancia del *dominus soli* (entiéndase en sentido amplio); «a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse» como dice el art. 364 CC para, precisamente, compensar esa actitud del *dominus soli*, y en la que se sustancia su mala fe en materia de accesión, con la del edificante para fingir, a los solos efectos de la accesión, que ambos actuaron de buena fe. Hay una especie de *compensatio doli*.

Recordada así la concepción de la buena o mala fe en materia de accesión, no cabe, pues, admitir aquella apriorística concepción de la actuación del comunero que edifica en suelo común sin acuerdo como siempre de mala fe. Aun admitiéndola, en nada impediría aplicar las normas sobre accesión, que, en principio, se rigen por la máxima *superficies solo cedit*, sirviendo la observancia de la buena o mala fe para otros menesteres (cfr. arts. 360, 362 y 363 CC, o el 364 para la compensación,...). Pero es que ni siquiera es admisible aquella negación de la buena fe, al menos como hipótesis absoluta. Bien que pueda pensarse en ella como caso más común, pero ello no impide que pueda darse el caso opuesto, como lo muestra la *praxis*, donde se observan casos de buena fe en el copropietario por sí solo, y otros que lo son por compensación *ex art.* 364 CC con la mala fe del otro/s comunero/s que permanece/n pasivo/s ante la labor constructiva de aquél. Mala fe la de los otros comuneros que habrá que igualmente apreciar *super casum*, sin que, a la inversa de lo hasta aquí dicho por muchos, pueda tampoco admitirse lo que, en general de la accesión invertida, afirma CAMPOS HERNÁNDEZ, M. («Construcciones extralimitadas en Propiedad Horizontal», RGD, 1959, pg. 805 y ss.), para quien siempre habrá mala fe de los vecinos cuando el del último piso de un edificio en régimen de propiedad horizontal construya sobre la azotea. Es probable que así sea, pero no siempre, ni necesariamente.

Valgan, al respecto, como prueba dos casos reales, en los que sí se admitió la accesión invertida, aunque no se trate de estricta jurisprudencia: son los de las SSAP de Las Palmas de 23 de

mayo de 2000, y de Valladolid de 27 de febrero de 2003. La primera de ellas aplicó inversamente el 361 CC a un caso de bien ganancial (una casa), que pasaría a ser del viudo y de los herederos de la esposa fallecida, construyendo aquél una segunda planta sobre aquélla para luego legarla en testamento. En dicho caso, según la referida SAP de Las Palmas se cumplen todos los requisitos de la accesión invertida, entendiéndose, en particular, que hay buena fe: primero, porque los herederos no se opusieron al levantamiento de la segunda planta, y, segundo, porque el viudo creía que la casa le correspondía en exclusiva propiedad por cuanto que aún no se había hecho la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales. La otra SAP, la de Valladolid, favorable también a la accesión invertida, se refiere a un caso en que el edificante (aún no dueño del suelo) construyó con la autorización de sus padres (los dueños del solar), y luego, tras la muerte de éstos, surge el conflicto cuando ya ha devenido una comunidad hereditaria entre el edificante –en el caso demandado– y sus tres hermanos –los demandantes–. Al margen de esa buena fe independiente, tal vez en este último caso lo más correcto hubiera sido aplicar desde un principio el art. 361 CC, directamente y por compensación con la mala fe *ex* art. 364 CC habida cuenta de la tolerancia de los padres en la obra hecha sobre su propiedad por uno de sus hijos estando aquéllos aún vivos.

Pero puede haber más casos imaginables. El propio CARRASCO PERERA, A. (pg. 289), reconoce que «existe un caso en que el condómino será de buena fe: cuando posee como propio siendo así que sólo es copropietario. En este caso es de aplicación el art. 361, pero no porque sea un condómino, sino porque era un poseedor de buena fe» (pero comunero también). Ya con alcance general, sin ejemplificar, SANZ FERNÁNDEZ, A. (pgs. 205 y 206), piensa en tal posibilidad, aunque dice que no será muy frecuente en la práctica.

No parece, sin embargo, que en esta línea sirva de apoyo la STS de 30 septiembre 1981 (RJ 1981, 3245) que aplicó el art. 364 CC a un caso en que uno de los dos condueños inició la construcción con la autorización del otro (habiendo sido incluso solicitada y concedida la licencia municipal por ambos), pero un año después, estando aún la obra en construcción, ese otro, tras duras desavenencias con el obrante, se opuso a su terminación. En vez de aplicar, como se hizo, el art. 364 por mala fe del comunero que primero consintió y luego se opuso, ¿no hubiera sido más correcto aplicar el art. 397 CC por entender que desde un principio hubo acuerdo unánime? De no convencer esta otra solución nuestra, ningún problema hay para añadir entonces otro caso, éste sí del Tribunal Supremo, a favor de la posible buena fe, aunque lo sea por compensación, del copropietario-edificante en suelo común.

### 3.2. *Oportunidad de la accesión invertida para las obras hechas por comunero en suelo común, en cuanto invasión jurídica de las cuotas ajenas, frente a la inviabilidad o la inutilidad de otras soluciones alternativas*

Eludidas, en el epígrafe anterior, dos de las objeciones hechas a la accesión en sede de copropiedad, restan las otras dos, muy conexas entre sí. Una es la de aplicar preferentemente las normas que precisamente han sido incumplidas con aquella actuación unilateral del comunero: los arts. 397 –o el 398– CC y las indicadas de la LPH. Pero, a diferencia por ejemplo de los arts. 591 y ss. CC sobre plantaciones extralimitadas, o de la copropiedad sobre la obra hecha que para este caso las Partidas imponían gratuitamente a favor de los comuneros y en perjuicio del condueño-constructor de mala fe (según Ley 26, tít. 32, P. 3<sup>a</sup>), en aquellas normas ahora no se establece consecuencia ninguna para el caso de su vulneración. Y así lo advierte SANZ FERNÁNDEZ, A. (pg. 204), al decir que «nuestro CC –refiriéndose a su art. 397– no determina cuáles son las consecuencias jurídicas de la edificación consentida por los condueños, cuáles las de la edificación prohibida por los mismos y cuáles las de la que se haya hecho con desconocimiento de éstos». *¿Quid iuris?*

En lugar de la accesión invertida, se propone como solución, según la mayoría de la doctrina citada, la demolición de la obra, según otros, los menos, su conversión en cosa común, pudiendo, entonces, someterse al régimen de propiedad horizontal, si se trata en efecto de un edificio (art. 401.II CC), o bien dividirse económicamente en otro caso (*ex* art. 404 CC). Ésta es la solución defendida por CARRASCO PERERA, A. (en su citada monografía, pgs. 355 y 356, luego en «Comentario a STS de 27 de noviembre de 1984», CCJC, 1985, pg. 2214, en «Comentario a STS de 11 de marzo de 1985», CCJC, 1985, pgs. 2524 y 2525, y finalmente en «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», RDP, 1996, pg. 891); aunque también (en su monografía, pg. 287), defiende la demolición con el siguiente razonamiento: «Si la alteración de la cosa común –dice–



es un acto dispositivo, la consecuencia será la ineficacia del mismo. Si se trata de un hecho material, como es la construcción, la consecuencia deberá ser, en todo caso, la supresión de lo realizado contra ley».

Fundadas tales opciones más o menos directamente en la ley, con cualquiera de ellas se llega a un resultado que precisamente con la accesión siempre se pretende y consigue evitar por su anti-economicidad (ora la demolición, ora la copropiedad).

Otra solución, minoritariamente defendida, es la de aplicar directamente el art. 397 CC, fingiéndolo cumplido al presumir que en los comuneros que no se opusieron a la construcción hay consentimiento tácito, respetándose así la unanimidad exigida en aquella norma (así, al menos, lo insinúa GARCÍA GARCÍA, J. M., *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo [Derechos Reales e Hipotecario]*, Madrid, 1982, pgs. 49-70). Para CAMPOS HERNÁNDEZ, M. (pg. 805 y ss.), en cambio, no cabe tal solución, por cuanto debe haber auténtico acuerdo por unanimidad; mas, ¿acaso no puede ser una unanimidad por asentimiento, por consentimiento tácito? No es, pues, imposible tal solución, pero sí inviable si, sobre todo, se la compara con las mayores ventajas que proporciona la accesión. De admitir esa idea del consentimiento tácito, el comunero presuntamente autorizante, o bien ha de pagar su parte de obra común que adquiere en proporción a su cuota (*ex art. 393 y ss. CC*), o bien, si no quiere o no puede pagar, ha de renunciar a su cuota (*art. 395 CC*). En el primer caso, en que paga, continúa la copropiedad, la madre de las discordias, ahora extendida sobre la edificación (frente al espíritu y la solución que —en seguida se verá— proporciona la accesión); y en el segundo, de renuncia, si bien ello pudiera significar en general un camino hacia la extinción de la copropiedad (aunque condicionado a la voluntad —y además— unánime de todos los comuneros a excepción del constructor), en particular para el copropietario renunciante de su cuota sería un perjuicio comparado con el posible beneficio económico que le proporcionaría la accesión (*ex art. 361 in fine*). Y otro obstáculo más particular se opone a la idea del consentimiento tácito, en concreto cuando se trata de sobre-elevación de un edificio en régimen de propiedad horizontal: no sólo que la concesión del derecho de vuelo es de inscripción constitutiva, sino además que al ser modificación del título constitutivo por alterarse el inmueble, y consiguientemente también las cuotas, se requiere de escritura pública previa aprobación en junta de vecinos (*cf. arts. 40.2 Ley del suelo y 12 LPH*). En este sentido, al consentimiento tácito se opone SANZ FERNÁNDEZ, A. (pg. 207): «Mas no puede deducirse de él la existencia de un derecho real de superficie o alguna otra situación jurídica excepcional, a menos que éstas hayan sido expresamente queridas y pactadas por los interesados». Olvida tal cosa CAMPOS HERNÁNDEZ, M. (*cit.*), cuando propone aplicar la accesión invertida al caso particular en que el vecino del último piso construye sobre la azotea de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

También GARCÍA GARCÍA, J. M. (*cit.*) ha insinuado el aplicar el art. 1893 CC, sobre gestión de negocios ajenos, mas parece impedirlo el art. 397 CC *in fine*, en su inciso final.

Y también en una posición particular, al modo de las Partidas, pero sin contar ya con su vigencia, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*cit.*), propone la adquisición gratuita de la propiedad *ex art. 362 CC*.

Aun reconociendo su alegaldad, otra solución particular es la que propone GARRIDO PALMA, V. M. («¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie», RDN, 1969, pgs. 107 y 108): «dada la forzosa inseparabilidad jurídica de suelo y vuelo, valorar ambos y considerar a los condóminos del suelo también del vuelo, pero de modo que la cuota de los no edificantes en el total inseparable de suelo y vuelo no fuese mayor que las que les correspondía en el suelo antes de que uno de ellos edificara, y la cuota del edificante en el total representara el valor económico de su cuota originaria en el dominio del suelo más el valor íntegro de la construcción por él exclusivamente elevada. De esta forma los condóminos siguen teniendo sobre la totalidad de la cosa iguales cuotas que tenían antes, pero con distinto valor económico el edificante al que tenía antes de efectuarse la incorporación. Esto es moralizar la accesión, en una palabra». Pero a continuación reconoce el propio GARRIDO (pg. 108): «La solución expuesta, realmente de compromiso, puede no acabar de satisfacer totalmente, pero es que hemos de partir del rígido principio legal *superficies solo cedit*, forzosamente, y ello coarta toda solución; y puede no convencer porque además de que queda a merced de la buena fe y honorabilidad de los condóminos el aceptarla o no». En esencia, la propuesta de este autor, amén de no tener apoyo legal, sólo es posible con acuerdo de todos los comuneros y sin querer costear la obra hecha, originando por ello dos copro-

pieidades diversas y desiguales: una sobre el suelo y otra sobre el vuelo. Y si ya una sola copropiedad es madre de discordias, ni pensar se ha en lo que pueden ser dos copropiedades superpuestas y con cuotas diversas en una y otra.

¿Por qué no aplicar, en fin, la teoría de la accesión invertida? ¿No se ve que al decir que en la hipótesis planteada hay vulneración del art. 397 CC –o del art. 398 CC– es que en ella late la idea de invasión y extralimitación? El comunero que construye en suelo común sin consentimiento de los demás comuneros infringe el art. 397 CC, o el 398, y, por tanto, se extra-limita, actúa más allá de los límites legales. Hay extralimitación legal (como cuando se construye infringiendo los arts. 581 y ss. CC, en sede de luces y vistas); y hay extralimitación en su legitimación (como la de quien posee legítimamente un suelo ajeno y construye en él sin tener derecho o título para ello). Y con tal extralimitación hay invasión *in alieno*, naturalmente no física, ni tangible, sino jurídica, abstracta o ideal, como la del *ius excludendi* en aquellos casos de luces, vistas y sobre-construcción en el epígrafe II.1 mencionados. Aunque con una diferencia significativa: mientras que aquellos otros casos son constitutivos de posible servidumbre, para la que sin embargo no cabe la accesión aisladamente (cfr. arts. 536 a 541 CC), el que aquí nos ocupa lo es de propiedad, por naturaleza adquirible por accesión (cfr. arts. 353 y 358 CC), aunque sea propiedad compartida en su titularidad.

En el presente caso hay una invasión en la cuota ajena, en la cuota de los demás copropietarios (como hace tiempo advertía ya, en Italia, RAMPONI, «Il diritto di accessione relativamente alle innovazioni nella cosa comune», *Rivista di Diritto Agrario*, 1926, pg. 494 y ss., y, recordándole recientemente, DELL'AQUILA, E., *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milán, 1979, pgs. 64 y 65). Seguido de un sentido eminentemente práctico, parece incluso aceptar tal idea la STS de 16 diciembre 1988 (RJ 1988, 9471); cuyo caso lo describe en su Fundamento 1º: «El presente proceso –dice en él– nace de las acciones ejercitadas por los actores, como copropietarios de tres quintas partes de una herencia, cuyo único bien consiste en una finca urbana, contra los copropietarios demandados que representan las dos quintas partes restantes, puesto que éstos facilitaron unos y llevaron a cabo otros, la demolición de la casa construida sobre dicha finca y su reedificación, sin consentimiento, ni intervención de los demandantes». Y la solución, ante la denuncia de haberse incumplido los arts. 361, 453 y 454 CC, fue la de entender que «la sentencia –de 1ª instancia, según dice en su Fundamento 5º– ha seguido la línea más práctica en la conformación de lo que fue pedido, dentro de su fundamentación jurídica de base que consiste en apreciar la existencia de la copropiedad primitiva, la apropiación, por unos comuneros, de lo que era ajeno –dice–, puesto que ellos –explica– no tenían sino un derecho sobre cuotas ideales, no sobre trozos de tierra, una buena fe resultante de la aplicación del art. 364 del CC, y la lógica indemnización a quienes no consintieron la edificación».

El conflicto, por tanto, aquí no es entre suelos colindantes, sino entre cuotas concurrentes –pero independientes las unas de las otras (cfr. art. 399 CC)–, que concurren sobre el mismo suelo. Y, como se hace en aquél, ahora aquí habrá que determinar qué cuota es la principal, mas sólo atendiendo, como criterio único, a su valor, al ser lógicamente inaplicable el del volumen.

### 3.3. *Diversidad de hipótesis según la buena o mala fe y según el valor de las cuotas de los copropietarios en lid: la aplicación de la accesión invertida cuando el comunero constructor sea de buena fe y su cuota sea la principal por ser la de mayor valor*

Aplicando aquel criterio del valor, y aceptada en sus presupuestos básicos la tesis oficial de la accesión invertida, en principio sólo cabría aplicarla cuando el comunero-constructor haya actuado de buena fe y su cuota sea la principal por ser la de mayor valor. En la escasa doctrina que más o menos así también opina, también se condiciona en este caso la aplicación del 361 a la buena fe del copropietario, pues en caso contrario habrían de aplicarse los arts. 362 y 363 CC según SANZ FERNÁNDEZ, A. (pg. 205 y ss.), o el art. 397 CC, según GARCÍA GARCÍA, J. M. (pgs. 67 a 90). En contra, otros proponen aplicar siempre el art. 361 CC, sin entrar en la cuestión de la buena fe, y siempre dejando la elección que en esa norma se contiene a la voluntad exclusiva del comunero-constructor (así, SERRANO ALONSO, E., «La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del art. 361 CC», RDP, 1981, pgs. 677 y 678, y siguiéndole ALONSO PÉREZ, M., *Comentarios al CC, T. V-1º [arts. 333-381]*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2ª ed., 1990, pg. 333).

Nada de esto último parece admisible: lo primero, porque prescindir de la buena o mala fe

del constructor es ir en contra de la letra y del espíritu de la ley, claramente plasmado en sus arts. 361 a 363 CC. Para que opere, pues, la accesión invertida por aplicación del art. 361 *in fine* es imprescindible la buena fe. Y en particular, tal posible buena fe en el caso del condómino-constructor, como ya se vio antes en el epígrafe II.3.1, puede obedecer al propio comunero constructor o a la compensación *ex art.* 364.II CC; mas en este caso, para que la «absolución» del invasor sea total es necesaria la pasividad de todos los comuneros, pues la individual sólo afectará a la relación interna entre el constructor y el tolerante. Es el lema, en sede de copropiedad, de que la actuación beneficiosa de un copropietario beneficia a los demás, pero no si es perjudicial. A la vista de esta matización, de grande importancia práctica, en principio sólo será posible la aplicación de los arts. 362 y 363 CC (con posibilidad, por tanto, de repartir la obra en copropiedad gratuitamente entre los demás comuneros, o de destruirla), si el comunero invasor titular de la cuota principal ha actuado de mala fe respecto a todos los demás, no siendo posible la demolición de compensarse su mala fe con la de uno solo de los comuneros porque la acción de destruir, al ser dispositiva por suponer la alteración de la cosa común, exigiría decisión unánime por aplicación del art. 397 CC. Siendo, en cambio, el copropietario edificante de mala fe frente a unos, y de buena fe frente a otros (sólo posible por compensación, dado que frente a aquellos primeros sabe de la infracción), para quienes se ha construido de mala fe les queda, y no es poco, la aplicación del art. 362 CC, esto es, quedarse con la edificación en proporción a la cuota que tenían sobre el suelo sin tener que pagar nada. Por supuesto, en teoría nada impide que decidan aplicar en cambio el art. 363, que aplicado a la peculiaridad del caso sólo podría consistir en renunciar a su cuota (art. 395 *in fine* y 399 CC); aunque tal cosa parece en principio harto difícil en la práctica, sobre todo sabiendo que la renuncia es total (a su cuota sobre el suelo edificado), sin que quepa separación alguna al respecto, v. gr., manteniendo la cuota sobre el suelo y renunciando a la cuota sobre el edificio; posibilidad ésta, sin embargo, que admiten SANZ FERNÁNDEZ, A. (pgs. 209 a 213); y, en parte, GARRIDO PALMA, V. M. (cit.), sobre todo por intentar, dicen, una homogeneidad absoluta entre cuotas, cuando ello realmente no ha de ser siempre así (cfr. art. 394.II CC). Además, como es sabido acerca del art. 395 *in fine* CC, según las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 febrero 1960 y de 15 octubre 1986, la renuncia a la cuota comunitaria, amén de liberatoria, es atributiva (no abdicativa), es decir, que la cuota renunciada es repartida, o acrece, entre los demás comuneros en proporción a sus cuotas.

Tampoco puede admitirse aquella afirmación de que el art. 361 CC debe ser aplicado en alguna de las dos opciones que ofrece según la voluntad del comunero-constructor, como en cambio, hemos visto, defienden SERRANO ALONSO y ALONSO PÉREZ (cit.). Se opone ello, no sólo al propio art. 361 CC, sino también a la tesis de la accesión invertida. En efecto, la jurisprudencia, y con ella la común doctrina, entiende que la accesión invertida en los casos de construcción extralimitada opera automáticamente por aplicación imperativa del art. 361 *in fine*. Lo decía rotundamente la STS de 11 diciembre 1978 (RJ 1978, 4357), en su Fundamento de Derecho 1º: que la accesión invertida «no es sino la ejecución forzosa de esa segunda opción del tan citado art. 361 del CC». Idéntica frase contiene la STS de 22 noviembre 1989 (RJ 1989, 7900), con la única salvedad de hablar de «mera» ejecución forzosa del 361 *in fine*; e igual idea se contiene en la STS de 10 diciembre 1980 (RJ 1980, 4742), según la cual la accesión invertida supone «obligar al dueño del terreno a aceptar aquella opción –refiriéndose a la segunda, o última– del art. 361 CC». Por ello, la STS de 17 febrero 1992 (RJ 1992, 1261) definirá la accesión invertida como una especie de venta forzosa *del dominus soli* invadido al edificante invasor, añadiendo, como síntesis, la STS de 6 noviembre 1992 (RJ 1992, 9229), que estamos ante la inversión de la opción del 361 *in fine*.

Acaso tal vez, al presuponer esta teoría la inversión del principio *superficies solo cedit*, debiera ser también inversión del resultado, no aplicando directa e imperativamente la segunda opción del 361, sino dejando que fuese ahora el constructor quien eligiera. De lo contrario, no habría accesión invertida, sino compraventa forzosa *ex officio judicis* (como creen ARCOS VIEIRA, M. L., «Accesión invertida y régimen de luces y vistas del CC», Aranzadi Civil, 1996-III, tomado de Internet: Westlaw, pg. 11, y LÓPEZ VILAS, *Comentario del CC*, Mº de Justicia, Madrid, 1991, Tomo I, pg. 1019). Parece decir tal cosa, aunque lo hace en *obiter dictum*, la STS de 28 mayo 1985 (RJ 1985, 2831) cuando afirma que con la accesión invertida «se termina corrigiendo el art. 361 CC en el único sentido de privar al dueño del terreno invadido de buena fe, del derecho a hacer suya la obra, atribuyendo para ello a quien ejecutó la inmisión de buena fe, el derecho de hacer suyo el terreno ocupado en propiedad ajena previa la correspondiente indemnización».

No obstante llevar parte de razón tal observación, no cabe admitir aquella objeción a la accesión invertida por prescindir absolutamente de la voluntad del edificante invasor, como tal vez tampoco prescinda de la del propio invadido. Dado los presupuestos exigidos para la aplicación de la accesión invertida, entre otros, que el elemento principal es el invasor por su mayor valor e importancia, cabría entender lógicamente aplicable el 361 *in fine*, como hace el TS en coherencia con su propia tesis, aunque no lo justifique (probablemente porque siempre el constructor invasor insta tal opción en su propia demanda), no tanto ya porque se invierta la máxima *superficies solo cedit*, sino más bien porque cabe presumir que esa es la voluntad del constructor, quien –no se olvide– al ser de buena fe creía que obraba en suelo propio con la creencia, también, de que la obra sobre él hecha sería suya. Además, concederle la libertad de elegir entre las dos opciones del 361 podría poner incluso en riesgo, de solvencia para hacer frente al pago, entre otros, al propio *dominus soli* invadido al imponerle la compra de lo principal, de elegir aquél la primera opción del 361 CC. El dueño de lo accesorio invadido saldría doblemente perjudicado: primero con la invasión de su propiedad, y luego con la imposición de la compra del elemento principal, cuando muy probablemente no quiera o, peor aún, no pueda pagar, porque la posible desproporción de valores se lo impida. Difícil, no obstante, que así sea en la práctica, pues lo que presumiblemente querrá el constructor invasor será lo contrario, como lo demuestra la práctica.

En cambio, sí cabrá la elección del art. 361 CC, es decir, la aplicación normal de esta norma, cuando la cuota del comunero-invasor sea accesorio por su menor valor a la cuota invadida (en singular o número plural si son más de dos los condóminos en litigio); siempre, claro es, que haya actuado de buena fe, siendo aquí también necesario distinguir según lo haya sido o no frente a todos los demás comuneros. Por ello, el art. 361 CC podrá aplicarse o bien por cuotas respecto de los copropietarios frente a los cuales el comunero-edificante haya actuado de buena fe, o bien referido en sí a la obra o al terreno ocupado *in totum* si la buena del copropietario constructor es predicable frente a todos los demás. En tal caso sólo cabe vender el terreno al comunero invasor si hay decisión unánime, al tratarse de un evidente acto de disposición (art. 397). Para MOLL DE ALBA, C. (pg. 116), si bien el art. 397 CC, con su unanimidad exigida, es aplicable cuando se trata de vender el suelo, pues se trata de un acto dispositivo, para comprar la obra es, en cambio, aplicable el art. 398 CC, con su mayoría de cuotas exigida, por tratarse en tal caso de un acto de administración. Esto, sin embargo, ya enlaza con la cuestión de la automaticidad o no de la accesión en el CC (cuestión que excede con mucho del objeto del presente comentario): para quienes consideran que ésta no opera automáticamente, lógicamente para adquirir la obra se requiere de un acto voluntario, siendo entonces discutible, como en efecto se discute, que tal acto sea de administración o de disposición. Pero para quienes, como nosotros, la accesión opera automáticamente, el hecho de pagar la obra es pago de una deuda ya nacida por ley, como efecto legal de la accesión, de modo que será acto de gestión, de administración en efecto, que trasladado a la copropiedad es más bien acto individual de cada comunero pues la obra es ya común por efecto legal del *superficies solo cedit*. Tal pago, pues, encajaría en los arts. 393 y ss. (sobre todo en el 395), más que en el art. 398 CC.

También cabe, sobre todo si no hay acuerdo o cuando la buena fe no es generalizada o *erga omnes*, que las decisiones sean individuales, de cada comunero respecto de su propia cuota, en cuya virtud podrá o bien pagar su parte proporcional o bien podrá vender su cuota al constructor de cuota accesorio, según respectivamente se incline por elegir la primera opción del art. 361 CC o por su segunda y última. Sorprende en este sentido que SANZ FERNÁNDEZ, A. (pgs. 208 y 210), prefiera aplicar el art. 395 CC en tal caso, obligando así a todos los comuneros a pagar la obra, pareciendo olvidar que tal norma se refiere a obras de conservación, no a las alteraciones sustanciales a las que se refiere el art. 397, en el cual también SANZ incluye el acto de edificar. El fundamento que alega parece apurado, al decir: «Es cierto que el art. 395 en su letra se refiere a gastos de conservación de la cosa común. Mas si lo interpretamos conforme a su espíritu, observamos que la razón de obligar a todos a pagar estos gastos de conservación, se halla en la circunstancia de ser gastos que legítimamente puede hacer cualquiera de los condueños. Los demás gastos no pueden ser hechos en principio por uno solo condueño, y si los hace, son gastos ilegítimos y no deben ser abonables. La diferencia, pues, debe establecerse más que entre actos de conservación, por una parte, y actos de administración o alteración, por otra, entre gastos legítimos e ilegítimos». Con tal interpretación, realmente se aparta con mucho de la letra y también del espíritu de la ley.

De ahí que en nuestra tesis, si el comunero invadido decide vender su cuota, tenga razón la

STS de 24 enero 1986 (RJ 1986, 117) que, al estimar la opción final del art. 361 CC como de compraventa (unilateral y forzosa), admitió la aplicación del art. 1522 CC, sobre el retracto legal de comuneros. Y, por eso mismo, tanta razón llevaba aquella STS de 28 abril 1923 (Tomada de Alcubilla, Apéndice de 1924) –a veces injustamente criticada por malinterpretada–, al decir que el ejercicio del derecho de opción del art. 361 CC no se subsume en el art. 397 para el caso de copropiedad del suelo, pues en el caso que resolvía se trataba de vender cada comunero su cuota al constructor, y sabido es, como dice el art. 399 CC, que cada copropietario tiene la propiedad individual y separada respecto de su cuota. Decía tal STS que «es evidente que conforme a lo establecido en el art. 392 en relación con el 348 del CC, los condóminos son en realidad propietarios de toda la cosa común, al mismo tiempo que de una parte abstracta de ella y les corresponden por imperio de la ley todos los derechos derivados de la propiedad con la amplitud que abarca el concepto jurídico del dominio», diciendo por ello que «el art. 397 del CC no es aplicable a este caso, puesto que lejos de propender la demanda a alterar la cosa común, conduce a reintegrarla al estado que tenía al producirse las alteraciones en ella realizadas por la sociedad demandada».

Y, ya para finalizar, queda una última hipótesis: ¿*quid* si las cuotas comuneras invasora e invadida/s son de igual valor? Aunque un mayor y merecido razonamiento exceda de los límites de este comentario, ¿por qué no acudir al art. 383 CC, a su útil y última *ratio*, para resolver esta última cuestión? Verdad es que la edificación, aun en los tiempos clásicos en que se estimaba como una forma más de adjunción, era claramente diferenciada, en concepto y régimen, de la especificación, así como de la confusión y la conmixtión. Y lleva mucha razón CARRASCO PERERA, A. (pgs. 88 y 89), cuando criticando a quienes fundamentan en general la accesión en el trabajo, niega que exista una «especificación inmobiliaria», negando que se premie el trabajo ni siquiera en el art. 360, pues en tales normas el trabajo sólo justifica su resarcimiento para evitar el enriquecimiento injusto, pero no la operatividad en su favor de la accesión. Pero esa diferencia puede, incluso debe, ser salvada acudiendo, ahora sí, a la equidad que como principio del Derecho subyace en el art. 383 CC. De su precedente en el Proyecto de CC-1851, GOYENA, decía (en pg. 368 de sus conocidas *Concordancias*), que su art. 416 (el actual 375 CC), se fundaba en la equidad natural y, siguiendo a un «autor respetable» –decía, pudiendo serlo ESCRICHE, J. (en su voz «Accesión industrial», pg. 45)–, en «la máxima que la cosa debe ser de aquel a quien se seguiría mayor daño de que así no se hiciese». Vuelve a recordar idéntico fundamento al comentar el art. 424 del Proyecto CC (el actual 383 CC). Lógica, y si se apura filosóficamente, es posible hacer la comparación, y con ella la semejanza, entre el edificio invasor y la «obra» del especificante del art. 383 CC, por un lado, y el suelo invadido con la «materia ajena» del 383, por otro. Económicamente, en cuanto a la posible indemnización, BASOZABAL ARRUE, X. (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pg. 275 y ss.), comprueba el siguiente paralelismo del art. 383 CC: de su primer párrafo con el 360, de su segundo párrafo con el 361 CC, sobre todo con su inciso final, y del párrafo tercero del 383 con los arts. 362 y 363 CC.

Aplicada, pues, la norma del art. 383 CC para resolver el caso de dos o más cuotas iguales en valor, la comparación no debe hacerse entre el valor de la obra aislada e individualmente con cada una de las cuotas invadidas (si de una copropiedad de más de dos comuneros se trata), sino confrontadas todas ellas *in totum* frente al valor del edificio. Aquí no cabe la comparación una a una como en cambio sí cabría cuando una obra invadiese varios suelos ajenos, pues tal comparación separada se explicaría aquí por tratarse de propiedades diversas que son invadidas sucesivamente. Y si en el caso de copropiedad pudiera pensarse en una invasión separada de cada cuota aisladamente de las demás, en absoluto puede negarse que, aunque diversa, la violación de todas ellas lo ha sido simultánea conforme se levantaba la obra. Hecha esta precisión, de la aplicación del art. 383 CC, cuando las cuotas son de igual valor, pueden resultar dos hipótesis, con dos variantes cada una:

La primera hipótesis, que el constructor invasor haya actuado de buena fe. En tal caso, caben dos subhipótesis: una, que el valor del edificio sea superior al de las cuotas invadidas, siendo entonces aplicable una solución, *ex* art. 383.I CC, muy similar a la del art. 360 CC, a favor del comunero invasor; y otra, la opuesta, que el valor de la totalidad de cuotas invadidas sea mayor que el de la construcción, en cuyo caso la solución, por aplicación del art. 383.II CC, es muy similar a la del art. 361 CC. Al modo en que aplicar esta norma siendo varios los comuneros invadidos ya se ha hecho antes referencia.

La segunda hipótesis, que el edificante invasor haya actuado de mala fe. En ella, por aplicación

del art. 383.III CC el dueño o dueños de las cuotas invadidas podrán optar por una solución alternativa muy similar a la que ofrece el art. 362 CC y, curiosamente, el art. 361 CC *in fine*, con resultado idéntico al de la accesión invertida.