

Superficies solo cedit: Un principio (natural) en crisis (económica)

por

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

SUMARIO

- I. *SUPERFICIES SOLO CEDIT*: LA CRISIS DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO EN MATERIA DE ACCESIÓN.
 - II. REFUTACIÓN DE LA PRETENDIDA INVERSIÓN Y SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU REAFIRMACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO:
 1. UNA PRIMERA CRÍTICA A LA INVERSIÓN Y ANIQUILACIÓN DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* POR SU —PRETENDIDO Y CONTINGENTE— FUNDAMENTO —EXCLUSIVAMENTE— ECONÓMICO QUE LA CONVIERTE EN REGLA ANACRÓNICA DESDE UNA —IMPRUDENTE— INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA.
 2. EL PERMANENTE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU GENUINA CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 358 DEL CÓDIGO CIVIL.
 3. FUNDAMENTO LÓGICO Y NATURAL, DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA NUESTROS DÍAS, DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* EN EL PODER ATRAYENTE DEL SUELO, COMO ÚNICO INMUEBLE NATURAL POR EXCELENCIA.
 - III. LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS, DESDE LA REGLA *SUPERFICIES SOLO CEDIT*, COMO UNA LUCHA ENTRE EL SUELO INVASOR Y EL SUELO INVADIDO.
- CONCLUSIONES, BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.

I. *SUPERFICIES SOLO CEDIT*: LA CRISIS DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO EN MATERIA DE ACCESIÓN

Accessorium sequitur principale: lo accesorio sigue a lo principal. Es un principio lógico elemental; tanto que ha sido siempre aceptado como principio general del Derecho. Por su propia lógica, su campo de aplicación es amplísimo: en materia de obligaciones, de contratos, de garantías del crédito, de legados... La sola enumeración de dicho ámbito aplicativo sería fatigosa.

Aquí y ahora solo importa estudiar uno de ellos: el de la accesión como modo de adquirir la propiedad. En dicho ámbito, aquel principio resuelve, con justicia y certeza, un problema no poco frecuente: ¿*Quid* si dos cosas, de diverso dueño, se unen entre sí, o se incorpora una a la otra, formando una sola, sin que quepa ya la separación: a cuál de los anteriores dueños se atribuye la propiedad de la cosa nueva o incorporada? En parte, recuerda tal disputa a la salomónica.

Y como en ella, injusto, y antieconómico también, resultaría solucionar el problema como si se tratara de un nudo gordiano que, según el dicho quijotesco, solo la Parca podría desatar, o más bien cortar de tajo. Porque: o bien la separación es materialmente imposible, o bien, aun siendo posible, resulta económicamente inviable.

Aunque pudiera resultar justa, antieconómica para el tráfico jurídico también sería pensar en la copropiedad, siempre sometida en su gestión a la decisión mayoritaria o unánime de los copropietarios. *Communio est mater discordiarum.*

No queda, pues, otra solución, más justa y económica, que la impuesta por la lógica del *accessorium sequitur principale*: de este modo, cuando dos cosas de diferente dueño se unen o se incorpora una a la otra, la accesoria seguirá a la principal; *accessorium cedit principali*: lo accesorio cede a lo principal; el dueño de la cosa principal se convertirá en dueño de la cosa accesoría. Así se observa, hoy, en el artículo 375 del Código Civil, para el caso de bienes muebles que se unen, y en el artículo 358 del Código Civil, para el de bienes inmuebles que se unen o se incorporan.

Que los dueños de una y otra cosa actúen de buena o mala fe, que sepan o no de la ajenidad de la cosa que estaban uniendo o incorporando a la suya, podrá tener la oportuna consecuencia compensatoria y, en su caso, indemnizatoria. Pero a los efectos jurídico-reales, atributivos de la propiedad, basta con aquel principio jurídico. Siempre ha bastado con él.

Admitida tal solución con tal fundamento, lo que quizá puede resultar más discrecional es decidir qué cosa es la principal y cuál la accesoria:

Cuando se trata de la unión o de la incorporación de cosas muebles, para determinar en cada caso qué cosa mueble es la principal y cuál la accesoria, los artículos 376 y 378 del Código Civil atienden, jerárquicamente, ante todo, a su autonomía; en su defecto, a su valor, y en igualdad de valor, estima como

mueble principal al de mayor volumen. Aunque lógicos sean tales criterios, en particular los dos últimos (el de valor y volumen) obedecen a una decisión de política legislativa, propia del liberalismo burgués en que se redactó el Código Civil, y que pervive hoy, frente a tiempos pasados en los que, a la inversa, importaba más el volumen que el valor de las cosas muebles.

Para cuando se trate de la unión o de la incorporación de cosas inmuebles (o de mueble a inmueble), dejando al margen las accesiones naturales, la decisión es tomada por el artículo 358 del Código Civil. A su vista queda que el suelo es el bien principal y la obra o la plantación en él hecha lo accesorio. A diferencia de lo sucedido en la accesión mobiliaria, aquí, en la accesión inmobiliaria, no ha habido variación en el criterio a lo largo de la historia para decidir qué inmueble es el principal. Desde el Derecho romano aquel ha sido siempre el criterio: *quidquid inaedificatur solo cedit, superficies solo cedit*, se decía en multitud de textos romanos, especialmente gayanos (1). La superficie cede al suelo.

No obstante su arraigada tradición, se aprecia hoy su aniquilamiento en algunos regímenes. Es el caso, a.e., del Código Civil catalán. PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (2) creen que en él sigue plenamente vivo el principio *superficies solo cedit*, mas porque solo atienden a sus artículos 542-3 y 542-4 (equivalentes a nuestros arts. 353, 358 y 359 CC); en cambio, en los artículos 542-7 y 542-9 (equivalentes a nuestros arts. 361 y 360, respectivamente, aunque con inclusión de las construcciones extralimitadas (3), aquel principio cede ante el más general

(1) En la ley 7 de la Tabla VI se decía: «*Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito*»; y en la siguiente, la 8.^a, se insistía: «*Lex XII tabularum neque solvere permitti tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare...*». En las *Instituciones* de GAYO (2, 73), se dirá: «*Praetera id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*». Luego ya en las *Instituciones* de JUSTINIANO, en § 29: «*Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod inaedificatur, solo cedit*»; y en § 30 de las *Instituciones* de JUSTINIANO, se dirá: «*Ex diverso, si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus cuius et solum est*». Y así en Digesto 41, 1.7, §§ 10 y 12.

(2) PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E. (en *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, IV: *Drets reals*, Valencia, 2007, pág. 226).

(3) Dice el artículo 542-7 del Código Civil catalán, en su apartado 1: «*El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido es superior al de la construcción y el suelo ajeno, puede optar por: a) Hacer suya la totalidad de la edificación y de la parte de suelo ajeno pagando los gastos efectuados en la construcción y el valor del suelo ajeno. b) Obligar a los constructores a adquirir la parte del suelo invadida o bien, si el suelo invadido no puede dividirse o el resto resulta no edificable, a adquirir todo el solar*». Y dice su artículo 542-9: «*1. El propietario o propietaria del suelo en que otra persona ha construido total o parcialmente, de buena fe, cuando el valor del suelo invadido sea inferior o igual al de la construcción y el suelo ajeno, debe ceder la propiedad de la parte del suelo invadida a los constructores si estos lo indemnizan por el valor del suelo más los daños y perjuicios causados y si la edificación constituye una unidad arquitectónica que no es materialmente divisible (...)*

de *accessorium sequitur principale*, determinándose la principalidad o la accesoria directamente por el valor de las cosas, en el caso de las obras invasoras comparando directamente el valor de la obra con el del suelo invadido. Ya en el preámbulo de la Ley 25/2001, de 31 de diciembre, sobre accesión y ocupación, de Cataluña, antecesora de la actual redacción, de 2006, del Libro V de su Código Civil (De los derechos reales), se afirmaban como principios rectores el de la buena o mala fe, el derecho de retención como garantía, y, precisamente, el del mayor valor del suelo o de la construcción, sin mencionar en absoluto la máxima romana, de tan larga tradición, no solo en el Reino de Castilla, sino en el propio de Cataluña, que sería expresamente recogido en el Usatge: *Si quis in alieno* (4) y luego en el artículo 278 de su Compilación.

Frente a aquella opinión de PUIG y de ROCA, sí reconocen, como acierto en su opinión, que actualmente el principio *superficies solo cedit* ha sido derogado en el Código Civil catalán, MARSALL GUILLAMET (5) y, aunque con menos entusiasmo, ALONSO PÉREZ (6), diciendo, no obstante, que tal máxima subsiste en el caso de su artículo 542-3 (7) cuando constructor y *dominus soli* son idéntica persona o aquel (como arquitecto, constructor...) ha actuado por cuenta de este. Mas se refieren a una norma que, como nuestro artículo 353 del Código Civil, simplemente menciona, o define genéricamente el fenómeno de la accesión. Súmese a ello que cuando el edificante y el dueño del suelo son la misma persona (o aquella obra por encargo de esta), no hay verdadera accesión, por no haber ningún conflicto de intereses previo, al no haber invasión en suelo ajeno, sino ejercicio de la propiedad del suelo *jure proprio*.

2. Los propietarios del suelo invadido pueden obligar a los constructores a comprarles todo el solar cuando el suelo invadido no puede dividirse o el resto del suelo resulta no edificable. (...) 3. Los propietarios del suelo invadido pueden optar por una indemnización en especie consistente en la adjudicación de pisos o locales si los constructores han constituido un régimen de propiedad horizontal o si este régimen puede constituirse físicamente en el edificio construido».

(4) Contenido en el Libro VII, Título I, Constitución Única del volumen 1.º de las *Constitucions et altres drets de Catalunya*. Aunque puede encontrarse una versión bilingüe del tal Usatge, en latín y en catalán, en CUSI ESCOFET, W. («Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs. 327 y 328), pudiéndose así apreciar su sinonimia con el Digesto (D. 41, 1, 12), como lo advertía CÁNCER, J. (en su *Variarum resolutionum...*, 1712, folios núm. 129 y sigs.), también existe su traducción al castellano hecha por RAMOS GONZÁLEZ («La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código Civil, Derecho científico y legislación catalana», en *RJC*, 1977, pág. 375), que probablemente recoge la de RIERA AISA, L. (voz «Edificación», en *NEJ*, T. VIII, pág. 57).

(5) MARSALL GUILLAMET, J. (en *Comentarios al Libro V del Código Civil Catalán, sobre Derechos reales*, Tomo I. Dir. A. GINER GARGALLO, Barcelona, 2008, págs. 453, 455 y 456).

(6) ALONSO PÉREZ, M. A., «La accesión inmobiliaria en Derecho catalán», en *AC*, 2010, núm. 3, pág. 1 y sigs.).

(7) Que dice: «Las plantaciones, cultivos y edificaciones que estén incluidos en una finca pertenecen a los propietarios de la finca por derecho de accesión inmobiliaria».

Queda de esta forma en Cataluña aniquilado, para la accesión al menos, el clásico principio *superficies solo cedit*. Aun sin negarle originalidad, no ha hecho el Código Civil catalán con ello sino llevar hasta sus últimas consecuencias, para toda accesión inmobiliaria, lo que ya nuestra jurisprudencia y doctrina comunes hicieron para resolver el caso, no contemplado en el Código Civil español, de las construcciones extralimitadas con la tesis de la accesión —precisamente llamada— invertida. Creada por obra de la jurisprudencia desde la STS de 31 de mayo de 1949, ante todo, se estima antieconómico aplicar estricta y rígidamente los artículos 361 y siguientes del Código Civil, que regulan la hipótesis de construcción en suelo —totalmente— ajeno. Su aplicación obligaría a demoler la edificación, como mínimo en su parte extralimitada, aun siendo el constructor de buena fe, o a constituir sobre ella una especie de copropiedad —absurda o anormal, por su forzosa división lineal en vertical—. En su lugar, se propone aplicar el artículo 361 de forma invertida, a partir de un razonamiento bastante simple: sabiendo que el principio *superficies solo cedit* es concreción del más genérico principio *accessorium sequitur principale*, y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico del suelo que el de lo que sobre él se construya o se plante, el paso lógico siguiente es fácil cuando la obra está a caballo entre dos suelos: si el valor económico de esa obra resulta mayor que el del suelo ajeno parcialmente ocupado habrá de concluirse que lo principal es aquella obra y que lo accesorio es el suelo ajeno invadido. De este modo queda invertida la fórmula *superficies solo cedit*; o, como es muy común decir en la jurisprudencia, queda aquella en realidad derogada y reemplazada, o sustituida, por la más amplia de *accessorium cedit principali* (8), como así ha hecho el Código Civil catalán. Aunque a costa de invertir otro principio, concreción de aquel, el del *superficies solo cedit* hasta darle un giro de 180°, para convertirlo en la excepción *solum superficiei cedit* (o *solo cedit superficie*, según dijo la STS de 10 de diciembre de 1980). Lo impone, según suele decirse, la necesidad de asegurar la buena vecindad y la de proteger la riqueza inmobiliaria. Rememorando el propio Derecho romano en materia de accesión inmobiliaria, suele recordarse ahora la necesidad de evitar la destrucción de los edificios y de mantener el decoro y ornato de las ciudades: el *ne aspectus urbis deformatur* del Digesto, o el «*por apostura, e por nobleza de las Cibdades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razon como esta*» de las Partidas (9).

(8) Así, las SSTS de 3 de marzo de 1978, sobre todo la de 15 de junio de 1981, y siguiéndola la de 30 de noviembre de 1981, de 6 de noviembre de 1992, de 29 de julio de 1994, y la de 22 de marzo de 1996; y la STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 1991.

(9) Como síntesis de esta justificación, en la jurisprudencia pueden citarse las SSTS de 10 de diciembre de 1980 y la de 19 de abril de 1988, que fundamenta la accesión invertida, dice, en «*criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación*», siendo en esto reproducida por las SSTSJ de Cataluña, de 22 de julio de

En las entrañas de esta tesis de la accesión invertida, más allá del particular caso de las construcciones invasoras y acorde con la generalización contenida en el CC catalán, subyace más radicalmente una crítica al axioma *superficies solo cedit* atendido su —pretendido— fundamento —como exclusivamente— económico. Primero en Italia, luego en Francia, y finalmente en España, se ha convertido en objeción muy común, manida ya, decir que aquella regla, procedente del Derecho romano y mantenida durante siglos, está ya caduca, que es anacrónica. Uno de los primeros en decirlo, en la década de los treinta del siglo XX, fue el italiano BERLIRI, quien creía que el criterio del valor económico comparativo entre suelo y edificación debía ceder a favor de la consideración del trabajo, del esfuerzo humano, debiendo este convertirse, al modo germánico, en la máxima decisiva de qué es lo principal y qué lo accesorio tratándose de construcciones (10). Después, en la década de los cincuenta, en Francia destacará, sobre todo, LEVIE, quien, apoyado en las justificaciones sociales, económicas e incluso políticas que de la regla romana daba BONFANTE, la estima ya como extemporánea (11). Finalmente, ya en España, uno de los primeros en acoger dicha tendencia, aunando ambas ideas, será en los sesenta Díez-PICAZO (12).

1991 y de 6 de abril de 1998, en traducción al español hecha por la STSJ de Aragón, de 7 de noviembre de 2001. También la STS de 29 de julio de 1994 la justifica «en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad» —«de buena voluntad», en lugar de vecindad, dirá la STS de 19 de julio de 1999—. Aunque en *obiter dictum*, la STS de 10 de noviembre de 2004 alude a «razones de equidad y justicia para evitar la demolición de lo edificado y afectar sustancialmente a la actividad empresarial» que en el edificio del caso se desarrollaba.

(10) BERLIRI, L. V., «Obbiezioni al dogma “*superficies solo cedit*” nel diritto odierno», en *Temi Emiliana*, 1932-II, pág. 6 y sigs.), quien solo admite el principio *superficies solo cedit* como *jus singulare*, considerando incluso (en pág. 9), que dicho principio era ya anacrónico en Derecho Romano clásico, pues ya entonces el edificio es *nova res*, formada por los materiales y el suelo, un cosa independiente y no *pars fundi*, similar a lo que sucede en la especificación. Prueba de tal autonomía, dice (pág. 12), es el derecho de superficie; parece, sin embargo, olvidar que, precisamente, tal derecho es una excepción, no la regla, y que además por su carácter esencialmente temporal, cuando se extingue el edificio accede a la propiedad del suelo. Y como idea final cree (pág. 18) que la regla clásica de que la superficie cede al suelo no es natural, ni lógica, como lo demuestra, dice (pág. 17, nota 3), el artículo 361 del Código Civil español. En idéntica línea que la de BERLIRI, de criticar el principio romano, por proceder de una economía agraria, en lugar de valorar el trabajo, BARASSI, L., *I diritti reali nel nuovo Codice civile*, Milán, 1943, pág. 327).

(11) LEVIE, P., *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951, págs. 130 y 131, reproduciendo de BONFANTE, no su *Curso de Derecho Romano*, sino su *Historia del Derecho Romano*. Por su parte, también GOUBEAUX, G. (*La règle de l'accessoire en Droit Privé*, París, 1969, págs. 270 y 271), al fundamentar el principio romano en el mayor valor económico del suelo, estimará tal principio como «despassée».

(12) Díez-PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 1966, págs. 848 y 849), cuyas palabras han sido tan seguidas por tantos otros, hasta hoy, que merecen ser cumplidamente reproducidas: «Desde algún punto de vista, el principio *superficies solo cedit*, como derivación de la regla *accessorium sequitur principale*, representa hoy en día un anacronismo —decía—. No puede generalizarse la

A esta opinión se ha unido la de muchos otros (13) advirtiendo, o recordando con BONFANTE, que la concepción quiritaria e individualista de la propiedad y que el carácter rural y agrario propios de la sociedad romana en que se gestó el principio *superficies solo cedit* están hoy superados, desfasados (14).

Como síntesis de toda esta doctrina, y de su conexión con la accesión invertida, basta con reproducir lo que no hace mucho, como afirmación aún aceptada, decía la STSJ de Cataluña, de 6 de abril de 1998, en traducción

idea de que la tierra es lo principal, y lo construido sobre ella lo accesorio. De hecho, la tierra no es otra cosa que un elemento que debe ligarse con otros para que la utilidad social aparezca. Puede incluso ocurrir que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al valor del suelo en sí mismo considerado, que haya necesitado una inversión de capital superior al valor económico atribuible al suelo, y en todo caso una iniciativa o idea empresarial que debe también tenerse en cuenta adecuadamente. Por supuesto que esto no quiere decir que el constructor de buena fe por este solo hecho debe hacer suyo el suelo que construye, pero sí que no se ve ninguna razón seria para modificar en este punto los esquemas según los cuales *accessorium sequitur principale*, respecto de los cuales solo una anticuada mentalidad puede pensar que *necesariamente* la tierra es lo principal. (...) A mi juicio —concluía DÍEZ-PICAZO—, la idea de que *superficies solo cedit* debe desterrarse y se deben conjugar únicamente la valoración de la buena o mala fe de la persona y la valoración de la relación accesorio-principal, admitiendo, por regla general, que no tiene que ser la tierra, sino que en ocasiones puede ser perfectamente la construcción montada sobre ella. Piénsese, desde este punto de vista, que la tierra funcionalmente es siempre un accesorio —el soporte de una construcción— y que no es justo que la creación de riqueza y de utilidad social que el acto de construcción lleva siempre consigo, sobre todo cuando lo realiza un constructor de buena fe, dé lugar a un derecho del dueño de un suelo menos valioso que la obra, para adquirir esta».

(13) Entre otros, como los más relevantes, ALONSO PÉREZ, M., en *Comentarios al Código Civil*, T. V-1.º (arts. 333-381), dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2.ª ed., 1990, págs. 328 a 331; GARRIDO PALMA, V. M., «¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 98 a 100; PONS DE AVILÉS, J. M., «L'accessió invertida. Nous horitzons [Discurs d'ingrés]», en *RJC*, 1991, págs. 480 y 483), hablarán del suelo como simple elemento de radicación, colocación o asentamiento del edificio. Más agriamente, AGÚNDEZ, A., «Accesión por extralimitación de edificaciones», en *RDJudicial*, 1963, pág. 83, dirá que: «el suelo, cuando cumpla fines urbanos, no supone más que cimiento, base y descanso de la construcción, de la vivienda a que servirá de soporte físico».

(14) Merece, en este sentido, ser reproducida la siguiente explicación de ALONSO PÉREZ, M. (págs. 328 y 329): «Porque, en definitiva, un imperio con 50 millones de habitantes menos poblado que la Italia actual, no sintió la necesidad de otorgar relevancia especial a edificaciones y plantaciones. Había espacio suficiente para vivir y plantar. El suelo, en cambio, fue para aquel mundo cultural expresión de todo un ordenamiento centrado en el cultivo del *fundus instructus* y en la unión del solar con la casa como un todo inescindible, donde germinan las instituciones jurídicas que el Derecho romano nos legó: la *familia*, con sus exigencias de culto y religión; la *propiedad* como plenitud de atribuciones en el “*paterfamilias*”, y la *herencia* como perpetuación del patrimonio familiar in *aeternum* constituido por la tierra, los penates y los elementos (*instrumentum fundi*) a aquella incorporados. Enemigos del condominio y partidarios del deslinde dominical, es para los romanos menos complicado expandir su titularidad a todos los incrementos y accesiones que establecer una coparticipación. Pueblo sedentario e industrial, a diferencia del germánico, trashumante y belicoso, la tierra es el elemento básico de su desarrollo cultural y político».

al español hecha por la STSJ de Aragón, de 7 de noviembre de 2001, que la secunda: *«La doctrina de la denominada accesión invertida o construcción extralimitada ha sido creada jurisprudencialmente para evitar los excesos que pudieran derivarse de una aplicación estricta de la adquisición de la propiedad por accesión, conforme al principio de derecho romano “superficies solo cedit” —y así— realizar una justicia conmutativa que quedaría ausente muchas veces de aplicarse sin matizaciones el viejo principio antes citado, que deriva de una concepción romana de la propiedad y de una sociedad sedentaria y, como tal, agrícola y patriarcal, que tenía como elemento nuclear la casa, concepción dominical contraria a titularidades compartidas e indivisas, y era la tierra a la que se incorporaban los entonces poco valorados elementos mobiliarios: “res mobilis res vilis”. Los valores de una sociedad actual son prácticamente los contrarios y la jurisprudencia ofreció la solución al citado postulado consagrado en los artículos 358 y siguientes del Código Civil a través de una interpretación sociológica, que comienza con la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949»*.

Pero, ¿han sido realmente prudentes, y delicadas, aquella inversión, primero, y la supresión posterior de un principio milenario, hechas ambas desde una interpretación sociológica? Como decía en su Preámbulo el Decreto de 31 de mayo de 1974, de reforma del Título Preliminar del Código Civil, el empleo del criterio interpretativo sociológico recogido en el artículo 3.1 del Código Civil es *ciertamente muy delicado* (15), ha de emplearse con *mucho tino y prudencia*, dice la jurisprudencia formada en torno a tal criterio (16), como así exigiría la cuestión que aquí se trata. No se olvide que, aunque el resultado de toda interpretación conforme a la realidad social es modificativa del sentido de la norma a interpretar, como desde hace tiempo advierte el propio TS, tal modificación no puede suponer la inaplicación ni tampoco —dice— la tergiversación de la norma; solo puede conducir a la mitigación de su rigor. Y esto es, precisamente, lo único que parece exigir la prudencia en la aplicación del Código Civil al caso de las construcciones extralimitadas: la suavización en la aplicación del artículo 361 del Código Civil para evitar el resultado absurdo o injusto a que pueda llevar su rígida y directa aplicación. Porque invertir por razones socio-

(15) En efecto, decía en su Preámbulo el Decreto de 31 de mayo de 1974, de reforma del Título Preliminar del Código Civil: *«La ponderación de la realidad social al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor cuyo empleo, ciertamente muy delicado —dice—, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos»*. Y mucho antes, así lo advertía la pionera STS de 21 de noviembre de 1934.

(16) Así, desde la STS de 21 de noviembre de 1934, a la que siguen, entre otras muchas, las de 24 de enero de 1970, 31 de marzo de 1978, 8 de marzo de 1982, 28 de febrero de 1989, 7 de enero y 25 de abril, ambas de 1991, las SSTS de 10 de abril de 1995, 18 de noviembre de 1997, 26 de febrero de 2004, de 10 de febrero y 28 de abril, las dos de 2005, 20 de diciembre de 2006, y 26 de noviembre de 2007.

económicas aquel principio es romper de raíz con una ancestral tradición que si no universal, al menos ha sido la más influyente en todos los ordenamientos de inspiración romana (incluidos algunos —no pocos— de natural tradición germana pero de adopción romana en este punto (17).

II. REFUTACIÓN DE LA PRETENDIDA INVERSIÓN Y SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU REAFIRMACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

1. UNA PRIMERA CRÍTICA A LA INVERSIÓN Y ANIQUILACIÓN DEL PRINCIPIO «*SUPERFICIES SOLO CEDIT*» POR SU —PRETENDIDO Y CONTINGENTE— FUNDAMENTO —EXCLUSIVAMENTE— ECONÓMICO QUE LA CONVIERTE EN REGLA ANACRÓNICA DESDE UNA —IMPRUDENTE— INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

De ser tan evidente aquella razón económica apuntada para criticar y, luego, invertir y eliminar el principio *superficies solo cedit*, ¿por qué no ya en la era codificadora se consagró el principio opuesto —de que el suelo cede a la superficie—, con alcance general, no solo para las construcciones extralimitadas? Lo insinuaba, a principios del siglo pasado, MANRESA (18), aunque en este punto no debe dársele excesivo crédito cuando era el único que justificaba el antiguo artículo 1404.II del Código Civil (19), único caso de accesión invertida de nuestro Código (20), por razones económicas, creyendo que la obra hecha

(17) A título de ejemplo, advierte WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. III, vol. 1.º: *Derecho de Cosas*, trad.: B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 3.ª ed., al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971, págs. 478 y 479), que en materia de accesión de mueble a inmueble, ex § 946 BGB (en relación con otros: 93, 94 y 949 BGB), rige el *superficies solo cedit*, siendo el suelo cosa principal aunque el valor del mueble —dice— sea superior, porque el bien mueble se convierte en parte integrante esencial del inmueble. Aunque tal categoría técnica no exista expresamente aceptada en nuestro Derecho (vid., por todos, CLAVERRÍA GOSALBEZ, L. H., «Las pertenencias en el Derecho Privado español», en *ADC*, 1976, págs. 3-54), la razón lógica-natural que, veremos, en él subyace, al margen de denominaciones técnico-legales, es idéntica.

(18) MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. III: *Artículos 333-429*, Madrid, 1904, págs. 176 y 177.

(19) Que decía: «*Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la propiedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. (...) Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca*».

(20) Una «accesión al revés», la llamaba en muchas ocasiones GARCÍA-GRANERO FEZ, J., «Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges», en *RDP*, 1950, pág. 203 y sigs., quien además decía con gran sorpresa (pág. 205): «el artículo 1404 es una excepción fortísima; es una derogación absoluta de la accesión, es una inversión total de los términos y de conceptos: lo accesorio triunfa sobre lo principal y lo somete a

en suelo privativo de un cónyuge era ganancial porque amén de ser hecha con dinero también ganancial resultaba finalmente ser de mayor valor que el suelo. Cuando, en realidad, desde un inicio su fundamento, muy criticado como la norma en sí misma (21) hasta ser derogada en 1981, era únicamente de política legislativa (fomentar la construcción) (22), sin que respondiera a que la obra fuese de mayor valor que el suelo (23).

Y, si desde el primer tercio del siglo XX se viene denunciando tal anacronismo, ¿por qué no ha puesto ya remedio el legislador, español y europeo, en

su influjo. Y este efecto se da, además, *ex lege* y sin contar con los interesados; es la ley la que actúa, sin o incluso contra la voluntad de las partes. Indudablemente el artículo 1404 es algo exorbitado, es un precepto extremado. El legislador se excedió y traspasó los cauces de la prudencia». La STS de 17 de junio de 1961 niega que el caso del artículo 1404.II del Código Civil sea de estricta accesión invertida, mas pensando en que el genuino caso es el de la construcción extralimitada.

(21) Vid., al respecto, SANZ FERNÁNDEZ, A., «Edificación en suelo ajeno: sus problemáticas», en *Curso de Conferencias organizado por el Ilmo. Colegio de Notarios de Valencia*, Valencia, 1947, págs. 174 a 176; GARCÍA-GRANERO FEZ, J. (págs. 205 a 207), quien terminaba diciendo que «lo gracioso del caso: que no existe fundamento alguno. Y ello —según dice SANZ (pág. 175)— tanto jurídica como económicamente»; y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «El artículo 1404 del Código Civil y las declaraciones de obra nueva», en *RCDI*, 1954, págs. 785 a 809).

(22) Acerca de su precedente, contenido en el artículo 1325 del Proyecto de CC-1851, justificaba su excepción GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Madrid, 1852, pág. 232, diciendo que «es contrario á todos los Códigos, al principio adoptado en todos ellos, *inaedificata solo cedunt*, y consignado en nuestro artículo 404 —actual 361 CC—, á las leyes del Fuero Real y á la práctica (...) Según este párrafo, el edificio sigue al suelo: el dueño de este solo tiene derecho á que se le abone la mitad de su valor: lo edificado será propiedad de la sociedad, y se reputará ganancia por todo el valor que á la sazón tenga, no por lo que se gastó en edificar (...) Fúndase esta excepción —dice— en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones (...) Un marido, por ejemplo, se abstendría de edificar con dinero propio ó común en un solar dotal (sito quizá en uno de los mejores parages públicos) por saber que el edificio irá á poder de la muger ó de herederos extraños, y que no se reputará mejora sino lo rigurosamente gastado en edificar (...) El artículo le presenta un cebo ó estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la muger para ser propietario del edificio, y la seguridad de que en el caso contrario se reputará ganancia todo lo que mas valga el edificio por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios ó de puro placer y ornato».

(23) En efecto, en la doctrina, prácticamente el único que justificaba esta norma por ser el edificio el elemento principal al ser de mayor valor que el suelo era MANRESA NAVARRO, J. M. (IX, pág. 608): «Añadamos una consideración —decía—: aunque el edificio no puede subsistir sin el suelo, tiene siempre mucha más importancia que este, por lo que si la doctrina no se conforma con los principios satisface más a la razón». Siguiendo aquí a GARCÍA-GRANERO FEZ, J. (pág. 207), baste aquí como crítica a MANRESA reproducir la que le hacía SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 175): «Esta consideración es claramente inadmisibles pues además de que en ella se confunde el concepto jurídico de la accesión con el concepto puramente económico, es claro que, de ser cierta esta consideración, puramente empírica, no habría motivos para limitar la regla al caso de la sociedad de gananciales, sino que habría que llevarla a todos los supuestos de edificación en suelo ajeno».

una cuestión, la del mercado inmobiliario, de tanta trascendencia —precisamente— económica? Ni siquiera lo hizo el vigente *Codice-1942*, cuando en su preparación a finales de los años treinta ya eran conocidas, y secundadas, las opiniones críticas de BERLIRI, de GORLA... (24). Solo el Código Civil catalán, para la accesión inmobiliaria en general, y no solo para las construcciones extralimitadas, distingue en cada caso según sea de mayor valor el edificio invasor o el suelo invadido, lo que, en el fondo, ha supuesto la derogación del tradicional principio *superficies solo cedit*.

Ni aquella crítica, ni la derogación —ni la inversión—, referidas al principio *superficies solo cedit* nos parecen admisibles:

Para empezar, de admitir que la clave es puramente económica, es, al menos, discutible que en la economía actual el valor de las edificaciones supere al del suelo (25); aunque aquellas impliquen realmente una mejora para este. Salvo que la nueva Ley del suelo de 2008 lo remedie (26), o que, por cualquier razón, cambie bruscamente la dirección del mercado inmobiliario, en los últimos tiempos, que ronda ya varios decenios, quien proporcionalmente más gana y menos arriesga en el mercado de la edificación es siempre el dueño del suelo vacante, sobre todo por la escasez de oferta de suelo urbano en contraste con su gran demanda (27). No hace mucho el VIII Congreso Notarial Español, sobre «Suelo y vivienda en el siglo XXI», en su Conclusión 4.^a decía que «el

(24) Así, por ejemplo, al Proyecto de Código Civil italiano de 1942, la Confederación Fascista de los Industriales decía: « Si dovrebbe perciò abbandonare la rigida applicazione del principio *quod inaedificatur solo cedit*, qui, secondo alcuni autori, non trova accoglimento neppure nel nostro codice civile, e che trova la sua origine nell'antico diritto di Roma e nella concezione politico-territoriale, che esso aveva della proprietà, per cui veramente l'inedificazione poteva apparire come un semplice modo di asserire del diritto riservato al dominio, ma che non ha più ragnie di essere oggi, essendo il regime della proprietà fondiaria dominato dalla sola considerazione economica. (...) Il diritto di acquisto sulle costruzioni, da parte del proprietario del suolo o, viceversa, il diritto del costruttore di acquistare la proprietà del suolo, dovrebbero essere quindi regolati, nelle singole ipotesi, solo in base a considerazioni di carattere economico, intese soprattutto ad evitare di creare delle sproporzioni o di determinare dei danni».

(25) Para todo lo que en este párrafo se diga, vid., MARTÍ FERRER, M., «La formación del precio del suelo», en *RCDI*, 2005, págs. 1679 a 1711, que resume en la obra colectiva *VIII Congreso Notarial español: Suelo y vivienda en el siglo XXI*, Madrid, 2005, págs. 165 a 170; y PÉREZ HERRERO, J. M., «Remedios para disminuir o remediar el coste del suelo», en la misma obra colectiva del anterior. Por su parte, NÚÑEZ BOLUDA, M. D., *La accesión en las edificaciones*, con Prólogo de M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, 1994, págs. 51 a 53, una de las escasas defensoras actuales del principio *superficies solo cedit*, destaca que no siempre el valor del suelo es menor al de las edificaciones.

(26) Que como reconoce en su Exposición de Motivos: «la clasificación —de suelos hecha por el legislador— ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo».

(27) Según MARTÍ FERRER, M. (pág. 1709), «lo que aumenta el precio del suelo es la restricción de su oferta cuando hay demanda. Conclusión que es predicable de cualquier bien, como es lógico».

coste del suelo es —dejando al margen el coste de ejecución (28)— el factor principal del alza del precio de la vivienda» (29). Actualmente, en efecto, ¿por qué vale más un edificio: por la calidad de los materiales con que está hecho o por el suelo en que está construido (céntrico, o en las afueras de la urbe...)? El suelo da valor al edificio, no al revés; hecha la obra, agotada queda generalmente su edificabilidad, salvo que sea demolida o se construya sobre ella. En cambio, el suelo en sí considerado, en su desnudez, tiene, cual diamante en bruto, un valor expectante, potencial, para cualquier destino, que jamás tendrá una edificación (30).

En esta apreciación sobre el actual mercado inmobiliario, sin embargo, no se ha de reafirmar el principio *superficies solo cedit*. Porque cuando en el siglo pasado, BERLIRI, LEVIE o más tarde DÍEZ-PICAZO hacían una valoración absolutamente inversa a la actual, viendo que el valor de las edificaciones era mayor al del suelo, en ello llevaban razón. Era tan cierto eso entonces como ahora lo es el contrario, porque, al ser una cuestión puramente económica, siempre dependerá de la libre competencia y de esa ley fundamental de todo mercado, cual es la de la oferta y la demanda.

(28) Como señala MARTÍ FERRER, M. (pág. 1697), también son costes añadidos al suelo: las cesiones de aprovechamiento, las exigencias legales, el coste de las reclasificaciones y recalificaciones, la reserva de suelos para vivienda protegida. Y calcula (pág. 1687) que «el coste del solar supera fácilmente el 40 por 100 del precio final de venta de las viviendas»; por su parte, PÉREZ HERRERO, J. M. (pág. 173), dice incluso que «la subida del precio del suelo en las grandes ciudades llega a alcanzar hasta el 50 por 100 del precio final de la vivienda»; y añade: «cuando en un proceso productivo la materia prima —y no otra cosa es el suelo para la promoción-construcción— funciona en régimen de monopolio o cuasimonopolio, el titular de la materia prima está en condiciones de llevarse el “bocado de león” del valor añadido generado en la totalidad del proceso».

(29) Curiosamente, en los trabajos preparatorios del Código Civil catalán se reconoce tal realidad, diciendo que el suelo suele representar más del 50 por 100 del valor total de la finca edificada.

(30) Como dice PARADISO, M. (pág. 18), en defensa del principio *superficies solo cedit*, el suelo tiene una tendencia a satisfacer una gran variedad de posibles utilizaciones: agrícola, industrial, edificatoria, turística, ambiental... En cambio, no sucede lo mismo con la edificación ya hecha, cuya reconversión a cualquier otro uso es siempre más difícil y costosa. Observaciones interesantes también al respecto, aunque hechas desde una visión económica del Derecho, son las de 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, pág. 378), para quien para «explicar claramente por qué el suelo es “siempre” principal respecto de lo edificado sobre él —dice—, no se trata —como quiere la jurisprudencia y la doctrina— de una *comparación actual de valores* en conflicto. El suelo no tiene un valor “actual”, sino expectante, el valor futuro, en principio indeterminado, que se deduzca de la aplicación de la plusvalía de edificabilidad. El suelo *no es una cosa más* en el tráfico, sino un punto de imputación de multiplicidad de usos y de repetición permanente de estos usos. No se puede valorar *ahora* lo que vale el suelo. Cuando el TS está entendiendo que en las hipótesis de *extralimitación* lo edificado es *principal* respecto del suelo, está legitimando que las plusvalías futuras de este terreno se las apropie el constructor y no el dueño de la parcela».

Posiblemente, tales ideas no fueron muy tenidas en cuenta en la Roma imperial; pero, ¿acaso en la época de la codificación decimonónica —burguesa y liberal— no se era sabedor de la nueva economía y consciente de los nuevos valores económicos (31)? Ciertamente que por entonces, como se ve innegablemente reflejado en todos los Códigos de la época, los muebles eran minusvalorados frente a los inmuebles, pero los edificios eran jurídicamente estimados como inmuebles al igual que el suelo —cfr., art. 518 CC francés (32), y siguiéndole el art. 408 CC italiano-1865 (33), o el art. 334.1.º CC español—. ¿Por qué, entonces, la construcción debía ceder ante el suelo? ¿Acaso, en efecto, porque en la coyuntura económica de aquel tiempo era mayor el valor del suelo? Ciertamente lo era (34). Pero también se era consciente de que la hipótesis inversa

(31) De modo similar ya GOUBEAUX, G. (págs. 30 a 32), criticando que la accesoriedad se fundamente en criterios exclusivamente cuantitativos, pone precisamente el caso de la accesión inmobiliaria, diciendo no poder creerse que en la redacción del *Code*, con la moda de las teorías fisiocráticas, sus redactores ignorasen que las construcciones podían ser de valor económico superior que el suelo. Lo sabían, pero estimaron, dice, que el suelo era lo principal, según CARBONNIER, por su «plus grande vertu d'enraînement».

(32) Que concisamente dice: «*Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature*».

(33) Que decía: «*Sono immobili per loro natura i terreni, le fabbriche, i molini ed altri edifici fissi su pilastra o formante parte di una fabbrica*».

(34) O al menos parece demostrarlo entre otros muchos posibles datos, según nos parece, que en la misma materia de accesión la mayoría de la doctrina francesa (encabezada por DURANTON, M., *Cours de Droit Français suivant le Code Civil*, T. IV, 4.ª ed., París, 1844, págs. 313 y 314), criticara que finalmente el artículo 555 *Code* (correlativo a nuestro 361), asegurase a favor del constructor de mala fe una indemnización (consistente en el pago de los gastos hechos en la obra) mayor siempre que la del constructor de buena fe (que según opción hecha por el *dominus soli* entre la menor de las cantidades, ora era la de los gastos de la obra, ora la del plus-valor experimentado por el suelo tras la obra sobre él levantada). Este —solo aparente— desajuste se debió a que en su redacción originaria, el artículo 555 hablaba en general del constructor en suelo ajeno, sin distinguir si era de buena o de mala fe. Pero en su tramitación parlamentaria se introdujo la distinción de trato señalada con un añadido al final del tercer párrafo de la norma sin alterar lo anterior, produciéndose entonces lo que la común doctrina considera una «anomalía» —la indicada—; mas en realidad, como se advertía en la propia gestación del *Code*, tal adenda hecha en el último párrafo del 555 no se hizo, desde luego, para favorecer al constructor de mala fe, en perjuicio del de buena fe y del propio *dominus soli*, sino para compensar a este de que en tal caso, siendo de buena fe el constructor, no pudiese exigirle entonces la demolición de la obra, como en cambio sí le era posible exigir, al amparo del párrafo segundo del 555, cuando el edificante era de mala fe (para la justificación de tal añadido, nos remitimos a lo que dirá el Tribuno FAURE en su Comunicación oficial al Tribunal hecha el 21 de enero de 1804, y que puede verse íntegra en FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Discussions, motifs, rapports et discours*, T. XI, reimpresión de la obra de 1827, Osnabrück, 1968, págs. 100, 101, 141 y 142). También fue luego así justificado —acertadamente— tal añadido por LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, T. VI, 3.ª ed., Bruselas, 1878, págs. 342 a 344). No obstante, la voz más fuerte fue aquella mayoritaria, crítica con el artículo 555, que por ello sería —erróneamente— reformado por la ley de 17 de mayo de 1960, dándole la redacción que aún hoy conserva y permitiendo al *dominus soli* que opte por el menor de los valores (de los gastos o del plus-valor), al margen de la buena

era posible. Así lo prueba entre nosotros, según nos parece, el artículo 682 del Proyecto CC-1836, que, regulando un caso perfectamente calificable como de accesión invertida, decía: «*El que de buena fe hubiere ejecutado obras de gran consideración en finca ajena, de suerte que el valor de aquellas supere al de esta, se hará dueño de todo y solo estará obligado a entregar al verdadero dueño el primitivo valor de la finca u otra igual a esta*».

En el respeto declarado por este Proyecto a los Fueros particulares y generales de España entonces vigentes (35), pudo quizá responder tal norma a aquellos casos en los que según el Fuero de Aragón se invertía el principio *superficies solo cedit* (tratándose de molino que suple a otro derruido, o de edificación hecha sobre suelo ajeno antiguo), aunque también pudiera ser que estos casos se justificaran más bien por la dejadez —por la mala fe— del *dominus soli* (36). La norma del Proyecto CC-1836 atendía, en cambio, claramente al mayor valor de la obra que el del suelo.

En cualquiera de los casos, aquella norma proyectada no encontraría puesto en el Proyecto de CC-1851; sin que sepamos a ciencia cierta la razón (37), al menos se puede saber que no lo encontró, no por repugnancia a una inversión ni a una derogación en sí del principio *superficies solo cedit*, sino probablemente por repugnancia a que la razón de tal posible inversión o excepción fuese el mayor valor económico de la obra. Lo demuestra que el Proyecto de CC-1851 no recoja aquella norma de accesión invertida y, sin embargo, regule *ex novo* otro caso de inversión, que además llegará a regir en el Código, hasta 1981,

o mala fe del constructor, conservando la posibilidad de optar por la demolición si este es de mala fe. De toda esta génesis legislativa, por lo que aquí interesa, resulta revelador que toda la doctrina francesa sin excepción, tanto aquella mayoritaria crítica con el artículo 555, como la que justificaba su adenda inicial, se fundaba en la consideración de que el plus-valor del inmueble, del suelo con el edificio ya construido, era siempre inferior a las impensas, presuponiendo así la devaluación de lo construido, es decir, que los materiales de construcción valían más que la construcción ya realizada, que el suelo desnudo era de mayor valor que el suelo construido.

(35) Sobre las fuentes utilizadas, aparte del Libro I redactado por CAMBRONERO y del proyecto de 1821, en su propia Exposición de Motivos se decía que la Comisión «*debe advertir que siempre ha tenido a la vista las leyes patrias y los fueros así generales como particulares, y como no se ha separado de estos ni de aquellos, sino cuando una imperiosa necesidad la ha obligado a rectificarlos o sustituir nuevas disposiciones, ya por falta de otras legales, ya por no poder acomodarse las antiguas a las costumbres actuales, ni a los adelantos que ha debido la ciencia legal a la economía pública. También ha consultado varios Códigos extranjeros, especialmente el francés, que goza en Europa de tanta celebridad, y del cual ha tomado varias disposiciones a falta de otras equivalentes en la legislación patria, cuando las ha considerado necesarias y compatibles con nuestros usos y costumbres*».

(36) Según se nos explica de los Fueros 3.º y 5.º, *De praescriptionibus*, Libro 4.º en la voz *Accesión*, en EJE, I, pág. 369.

(37) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1948, pág. 258), cree que fue porque el Código Civil retorna a la doctrina romana pura.

sin el fundamento económico de aquella otra (el caso del art. 1325 Proyecto, que pasará a ser el art. 1404.II CC, hoy ya derogado).

Seguramente que tampoco se debió aquel rechazo del artículo 682 por no creer posible el mayor valor de la obra sobre el suelo, sino más bien en general por entender que el criterio del valor, al ser relativo o variable, es secundario, no ya solo para el *superficies solo cedit*, sino en general para la máxima *accessorium sequitur principale*. Lo primero lo demuestra la contingencia del mercado inmobiliario hasta ahora vista, y lo segundo que también en materia de accesión mobiliaria el valor sea el criterio subsidiario de primer grado, en defecto de la independencia (cfr., arts. 376 y 377 CC) (38). Así ha sido siempre, más aún en tiempos anteriores al Código, que se remontan casi al Derecho Romano, o cuando menos al medieval, en donde incluso el criterio del valor era relegado a un lugar supletorio de segundo grado, en defecto de la autonomía y del volumen de la cosa, cuando por entonces imperaba el principio *superficies solo cedit* de un modo más rígido al actual.

Esta contingencia o relatividad del valor de las cosas exige, por razones de seguridad (39) y de prudencia, que dicho factor, si bien puede servir como criterio accesorio, supletorio, no sea el criterio cardinal para determinar qué es lo principal y qué lo accesorio. Mucho menos, por tanto, puede servir para justificar la máxima *superficies solo cedit* que, desde el Derecho Romano, ha pervivido inmutable —sin perjuicio de excepciones, como las tiene hoy— hasta nuestros días; al menos así ha sucedido en el Derecho español, donde aquella regla se ha mantenido desde tiempos romanos hasta nuestros días, pasando por las Partidas, y manteniéndose luego en el Código español, desde su redacción originaria en 1889 hasta hoy (40), y probablemente por mucho tiempo.

2. EL PERMANENTE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* Y SU GENUINA CONSAGRACIÓN EN EL ARTÍCULO 358 DEL CÓDIGO CIVIL

Imprescindible era hacer aquella última precisión al final del epígrafe anterior, sobre la plena vigencia histórica de la máxima *superficies solo cedit* en

(38) Señalan en la doctrina el carácter secundario o supletorio del valor *ex* artículos 376 y 377 del Código Civil, por ser un criterio contingente y subjetivo, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. II: *Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1911, pág. 505; BURÓN GARCÍA, G., *Derecho Civil español según los principios, los Códigos y leyes precedentes y la reforma del Código Civil*, T. II, Valladolid, 1898, pág. 21); y QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA en *Código Civil concordado y comentado extensamente*, T. VI, 4.ª ed., Madrid, 1913, págs. 447 y 448.

(39) Se toma tal idea de NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 51 a 53).

(40) La recuerda lacónicamente la flamante Ley del Suelo de 2008, en cuya Exposición de Motivos afirma que «la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad —de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto—».

nuestro Derecho, porque no puede decirse lo mismo de otros Ordenamientos en los que, tal vez tergiversando por ello la verdadera razón del principio, no ha regido este con continuidad o ha dejado de hacerlo. Sucedió en el Derecho medieval francés y también en el italiano, sobre todo en el del norte (de la zona longobarda), donde, muy probablemente por influencia germana, en materia de accesión se valoraban más el esfuerzo y en general los bienes muebles que los inmuebles, siendo en cambio ignorada o solo aplicada excepcionalmente la regla de que la superficie cede al suelo (41). Esa larga interrupción se deja traslucir en la codificación donde, no obstante, los Códigos Civiles francés e italiano retomarán la regla romana, aunque sin saber en principio muy bien cuál es su verdadero fundamento y sin saber expresarla adecuadamente en la letra de la ley.

Aun habiendo quien encuentra perfectamente reflejada aquella máxima en el artículo 552 del Código Civil francés (42) o en el artículo 447 del Código Civil italiano-1865 (43) (correlativos a nuestro art. 350 CC), no parece que así

(41) Por lo que respecta al Derecho francés, OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, T. II: *Los Bienes*, traducción y anotaciones: M. Fiaren, Barcelona, 1960, pág. 588), nos explican que «la accesión es desconocida en el Derecho histórico. Cuando se admite, por influjo de ideas romanas, que el propietario de un suelo lo es también desde lo profundo hasta el cielo, tal principio no se admite sin razonables atenuaciones de la jurisprudencia que podemos poner en relación con la teoría del abuso del derecho. El principio *superficies solo cedit* ni siquiera es formulado netamente; la Glosa (sobre D. 43, 16, 7) habla de *quasi dominios*, refiriéndose a quien tiene la propiedad de los edificios pero no del suelo; no aparece más que en algunas costumbres (París, art. 187) el adagio *le pied saisit le chef* (el pie emposesiona al jefe) que tienen el mismo sentido. Se conserva durante mucho tiempo la idea de que el propietario de los árboles o de los edificios puede no ser el propietario del fundo». En cuanto al Derecho italiano, nos dice BASILE, M. («Osservazioni in tema di rapporti tra accessione e comunione», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1968, pág. 1311, nota 29): «Le leggi longobarde prevedevano l'acquisto da parte del proprietario del suolo di quanto vi venisse piantato o costruito soltanto per il caso che il terzo fosse in mala fede, e ciò essenzialmente a fini punitivi, poiché come regola generale la piantagione o la costruzione spettavano a chi le avesse eseguito, per un'esigenza di tutela del lavoro». En similar sentido, BESTA, E. (pág. 59), dice: «Nel diritto romano valeva il principio *omnia solo cedunt*. Il suolo assorbiva lo *edificium*. Nel medioevo non più (...) Ben presto nei documenti longobardi il *solamentum* figuró come un elemento della casa al pari della *gronda*: la casa si cedé *cum fundamento, cum corte vel orto*... Ma é una mutazione che difficilmente può imputarsi *in toto* alla influenza del diritto germanico. Preso molti popoli tedeschi la casa fu considerata come un mobile!». Sobre el carácter mueble de la casa, téngase en cuenta, dice luego (en pág. 65), que el mundo germánico era nómada, valorándose más, por tanto, los bienes muebles que la tierra (que era usada y abandonada). De hecho, quien solo tenía tierras era insolvente.

(42) Que dice: «*La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (...) Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre Des servitudes ou services fonciers (...) Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police*». En él apoya el principio *superficies solo cedit*, GOUBEAUX, G. (pág. 304 y sigs.).

(43) Decía el artículo 447 del *Codice*-1865: «*Il proprietario può fare sopra il suolo qualsiasi costruzione e piantagione, salve le eccezioni stabilite nel capo Delle servitù prediali*

sea, sobre todo por dos razones: una histórica y otra lógica. En dichas normas no se recoge un aforismo romano —aunque sí latino—, sino medieval, formulado en el siglo XIV por CINO DE PISTOYA y su discípulo BARTOLO DE SAXO-FERRATO; aquel de que la propiedad inmobiliaria *cuius est solum eius est ad coelum usque ad inferos* (44); la propiedad de la tierra se extiende a los cielos y hasta el infierno, el *dessus* y el *dessous* dirán los franceses; el *desopra* y el *desotto* en expresión italiana tras su codificación. Pero ni en tal regla, ni en las normas codificadas que la recogen, se hace referencia al *superficies solo cedit*, que como solución a un problema presupone el litigio entre dos sujetos: uno el que hace la obra en suelo ajeno y otro el dueño del suelo sobre el que aquel construye; o bien, uno es quien en suelo propio construye, y otro el dueño de los materiales que aquel emplea para su construcción. En cambio, aquel dicho medieval, más allá del posible motivo por el que surgió, solo expresa la extensión de la propiedad de un inmueble en sentido vertical, hacia arriba y hacia abajo, ejercitado *iure proprietatis*, por el propio dueño (45). Para consagrar esta idea no eran, desde luego, necesarias tales normas, porque tal capacidad expansiva

(...) *Parimente disotto al suolo può fare qualsiasi costruzione e scavamento e trarne tutti i prodotti possibili, salve le disposizioni delle leggi dei regolamenti sulle miniere e di polizia*».

(44) Así lo advierten, acerca del artículo 552 del Código Civil francés, MARTY, J. P., (*La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution a l'étude de droit de superficie*, París, 1979, pág. 65), siguiendo a BROVILLARD, P., *Des limites di droit de propriété en hauteur en profondeur*, Burdeos, 1926; LEVIE, P., pág. 121 y sigs.; y, entre los nuestros, ALONSO PÉREZ, M., pág. 327; MOLL DE ALBA LACUVE, C., *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004, págs. 111 y 112, con nota 229. En cambio, MONTES PENADÉS, V. (en CC Ministerio Justicia, pág. 982), niega que el artículo 350 del Código Civil se inspire en aquel aforismo medieval que, como explica, nació como argumento para defender a los terratenientes de la pretensión de los señores feudales de disfrutar de las riquezas mineras. Y, por su parte, sí ve ciertos antecedentes de aquella máxima medieval en Derecho romano, DELL'AQUILA, E., *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milán, 1979, pág. 11, nota 12.

(45) De ahí que para muchos sea criticable la ubicación —o, en realidad, la desubicación— de tales normas (arts. 552 *Code* y 447 *Codice*-1865), como la primera de la sección en sede de accesión, cuando en verdad no se refiere a tal cuestión, debiendo de situarse entre las normas que definen la propiedad, como así hace el Código Civil español. Así lo critican, entre otros, DEMOLOMBE, C., *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, T. I, París, 1866, págs. 556 y 557; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M., *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. VI: *Des Biens*, 13.^a ed., París, 1905, págs. 235 y 236; MARTY, P. (pág. 66 y sigs.); y, en Italia, BORSARI, L., *Commentario del Codice Civile Italiano*, vol. II, Nápoles, 1872, pág. 178. En cambio, justifican la ubicación del 447 del Código Civil italiano-1865, PASQUALI, G. (voz: «Accessione [Dir. Di]», en *DI*, págs. 299 y 300); y la del 443 (equivalente a nuestro 353), BRUGI, B., *Della proprietà*, vol. II, Turín, 1923, pág. 117 y sigs.), pues así se explican las dos presunciones del artículo 448 italiano-1865 (equivalente a nuestro 358). En esto sí parecen llevar razón. En posición particular, PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile italiano commentato*, vol. I: *Trattato della distinzione dei beni, della proprietà e delle servitù personali, usufrutto, uso e abitazione [artt. 406-530]*, Turín, 1927, pág. 185, justifica el lugar del artículo 447 por no ser la accesión un modo de adquirir la propiedad, sino simple extensión o desarrollo del derecho de propiedad.

de la propiedad, en cuanto *plena in re potestas*, estaba ya comprendida en la noción que de ella dan antes que aquellas normas el artículo 544 *Code*, el 436 artículo *Codice*-1865 (y el art. 348 CC español) (46), e integrada, por tanto, dentro de sus facultades de goce y de disposición. En aquellas otras normas (arts. 552 CC francés, 447 CC italiano-1865, y nuestro art. 350 CC), más allá del mero lastre histórico de rememorar aquella expresión latina del Medioevo, hay, en efecto, cierta reiteración, mas intencionadamente para dejar claro lo que ya se había advertido sucintamente en el inciso final de aquellos artículos que daban una noción general de la propiedad: que la aptitud extensiva de esta en dirección vertical cuando recae sobre bienes inmuebles tiene sus límites (47). Al exponer los Motivos del Proyecto de Código Civil francés ante los Cuerpos Legislativos, PORTALIS, tras recordar escuetamente aquello de la extensión de la propiedad hacia el cielo y hacia el infierno, se detiene en advertir de los múltiples y diversos límites, sobre todo de orden público, a los que se encuentra sujeta en aquella época —y también ahora— la propiedad inmobiliaria (48).

Por esto mismo, aunque algunos lo pretendan, tampoco cabe ver reflejada la regla *superficies solo cedit* en el artículo 553 francés (49) ni en el 448 italiano de 1865 (50) (ni en el correspondiente nuestro, el 359) (51). Aunque ubicadas ya, sobre todo la de nuestro Código Civil, en materia de accesión para desempeñar un importante papel —que en breve se verá—, en tales normas ni

(46) Dice el artículo 544 del Código Civil francés, en que tanto se inspira el nuestro y sobre todo el italiano (idéntico al francés en esta definición legal de la propiedad): «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*».

(47) Puede verse así advertido, o recordado más bien, por MONTES PENADÉS, V. (cit.), siguiendo a MANRESA, J. M. (III, pág. 498); y a QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 236 y sigs.).

(48) Así, puede verse en FENET, P. A. (XI, págs. 123 a 125 y págs. 138 y 139).

(49) Que dice: «*Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment*».

(50) Decía ese artículo 448 del Código Civil italiano-1865: «*Qualsiasi costruzione, piantazione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenergli, finchè non consti del contrario, senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi*».

(51) Así, en Francia, DEMOLOMBE, C. (I, pág. 568). Y en Italia, PACIFICI-MAZZONI, E. (I, pág. 186); y BRUGI, G. (II, pág. 165 y sigs.). Entre los nuestros, aunque no basándose exclusivamente en el artículo 359 del Código Civil, TRAVIESAS, M., «Ocupación, accesión y especificación», en RDP, 1919, pág. 294; MANRESA, J. M. (III, págs. 175 y 176); VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. II: *Parte Especial. Derechos Reales*, 4.ª ed., Valladolid, 1936, págs. 105 y 106; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil español*, T. III: *Derechos Reales*, vol. 1.º: *Teoría general de los Derechos Reales*, Madrid, 1972, pág. 167; PUIG BRUTAU, J. (III-1.º, pág. 365); BONET BONET, F. V., «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en RGLJ, 1971, págs. 114 y 115.

siquiera hay una consecuencia de aquel principio, sino más bien de aquel otro medieval de que el dueño de un inmueble tiene poder, más o menos limitado legalmente, para obrar por encima o por debajo de su propiedad, siendo, entonces, lógico, o presumible como dicen estas últimas normas citadas, que sea el propio dueño quien, en el ejercicio de su propio derecho (*jure proprietatis*, no *jure accessionis*), realice tales obras, pues solo él tiene la propiedad, el poder y el interés de realizarlas (52).

Naturalmente, esa suposición puede no darse, porque en efecto es posible que la obra superficiaria o subterránea haya sido realizada, de buena o mala fe —esto ahora no importa—, por un tercero, por una persona diversa al dueño del suelo. De ahí incluso el peligro de querer fundar y ver consagrada la regla *superficies solo cedit* en esas normas, no tanto porque al ser destruíble la presunción que en ellas se refleja también haya que estimar destruíble la regla. El principio *superficies solo cedit* no es inderogable; jamás lo ha sido, ni siquiera en tiempos del Derecho Romano, al menos ya en los de Justiniano, aunque por entonces las posibles excepciones admitidas fuesen menores a las actuales en número y entidad (53). Ahí están hoy la superficie, la propiedad horizontal...; pero solo es posible la salvedad cuando la ley la impone o bien la permite por el juego de la autonomía de la voluntad de los sujetos implicados (*el dominus soli*, como mínimo, y cualquier otro sujeto). Que quepa la excepción a la dicha regla no es el peligro; al contrario, sabido es que la excepción confirma la regla. El peligro de fundar el principio *superficies solo cedit* en la presunción de que la obra ha sido realizada y costeada por el dueño es que lógica, pero erróneamente, cabría concluir que cuando la obra no es realizada por el dueño del suelo no rige aquella máxima, con el consiguiente riesgo de poder pensar en que entonces debería corresponder la obra a quien la realiza; con tal proceder lógico se deriva a la regla germana, ajena a nuestra tradición en sede inmobiliaria, destronando así, desde la propia interpretación del Código Civil, la multisecular regla romana (54). ¡Cuando es ahí donde tiene pleno sentido la regla romana

(52) Curiosamente, así lo decían PONCINI, *Commenti sul Codice Civile, ossia Codice Civile spiegato e ragionato*, vol. II, Asti, 1839, pág. 98; y PASTORE, V., *Codice Civile per gli stati di S. M. il Re di Sardegna, con commenti*, vol. III, Turín, 1839, pág. 79, acerca del artículo 460 del Código Albertino (antecedente del art. 448 italiano de 1865), que fundamentaban en el artículo 458 del propio Código Albertino (el 350 CC español). Entre los nuestros, así lo explica claramente ALONSO PÉREZ, M. (pág. 55). Y, en la jurisprudencia, como dice la STS de 16 de marzo de 1993, siguiendo a la de 12 de noviembre de 1960, el artículo 359 del Código Civil: «consagra el carácter expansivo del dominio, como regla general, y da lugar a una presunción iuris tantum favorable al propietario del suelo».

(53) Y como dice RICCOBONO, S., *Scritti di Diritto Romano, II: Dal Diritto Romano classico al Diritto moderno*, Palermo, 1964, pág. 247 y sigs., tales excepciones no desfiguraban la concepción natural del principio.

(54) Es la conclusión a que llega MOLL DE ALBA, C., págs. 112 y 113, acerca del *Code* (diciendo que «en el derecho francés el principio *superficies solo cedit* tiene un valor relativo y puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario»), y, peor aún, también res-

para precisamente atribuir la propiedad de la obra no a quien la hizo sino al *dominus soli*! En esto radica también el grave error de querer invertir la regla premiando el trabajo, el esfuerzo de quien construye como creador de riqueza; o el error, más grave aún, de querer afirmar (55) en él una de las razones de la accesión en general, cuando, en verdad, el trabajo es un criterio extraño a nuestra tradición romana, más propio de la germana, o, cuando menos, un criterio relegado a un segundo término para determinados casos de accesión mobiliaria (v.gr., en la especificación, ya desde el Derecho romano, tras la famosa disputa entre Sabinianos y Proculianos). Con CARRASCO, y en contra de aquellos, hay que negar que exista una especie de «especificación inmobiliaria» (56); ni siquiera la razón del 360 cuando atribuye la obra al *dominus soli* es premiar su trabajo (57), sino aplicar el *superficies solo cedit*; el esfuerzo a lo más solo justifica un resarcimiento a fin de evitar el enriquecimiento injusto, pero no en sí la operatividad de la accesión.

pecto del nuestro, pues al interpretar conjuntamente los artículos 358 y 359, atendiendo al carácter *iuris tantum* de las presunciones supuestamente contenidas en este y a la remisión contenida en el inciso final de aquel, concluye diciendo (pág. 113) que «la presunción *iuris tantum* a favor del propietario se referiría no solo a la realización material de lo construido, plantado o sembrado, sino también a su titularidad jurídica. Las obras pueden haber sido levantadas por el dueño del suelo o por un tercero y pueden pertenecer o no al *dominus soli*. Si se adopta esta interpretación, cabe concluir que el principio *superficies solo cedit* no constituye en el Código Civil una regla rígida e inquebrantable, sino un valor flexible que permite excepciones»; sí que las permite, mas no con ese peligroso razonamiento. Por eso para remediarlo, por ejemplo, en Italia, BRUGI, B. (cit.), que considera que la accesión y el *superficies solo cedit* están en el artículo 448 italiano-1865, en su presunción de que la obra pertenece al dueño del suelo, dice que esta presunción es *iuris et de iure* frente a la de costear tal obra, que es —esta sí— *iuris tantum*. Y la mala redacción de tales normas francesas (552 y 553) justifica también que, por ejemplo, para allanar la presunción del 553 sea consecuencia de la del 552 (como creen RAYNAUD, P. y MARTY, G., *Droit Civil. Les biens*, 2.^a ed., París, 1980, pág. 171), o a la inversa (como creen BAUDRY-LACANTINERIE, G. y CHAUVEAU, M., VI, pág. 240). LAURENT, F. (VI, págs. 329 y 330), tras deducir el principio *superficies solo cedit* de las dos presunciones del artículo 552 francés (nuestro 359), a renglón seguido (en págs. 331 y 332), ha de aclarar que si bien las presunciones son *iuris tantum*, por regla general la prueba en contrario no es contra aquella regla, sino para generar un derecho de indemnización; siguiéndole RAYNAUD, P. (cit.); y en la misma línea, DEMOLOMBE, C. (I, págs. 571 y 572). En cambio, según BEUDANT, R., *Cours de Droit Civil français*, T. IV: *Les Biens*, con la colaboración de P. VOIRIN, 2.^a ed., París, 1938, pág. 367, la prueba en contrario sirve solo para demostrar que no hay accesión por concesión de un derecho —real o personal— a un tercero de obrar sobre suelo ajeno.

(55) Como hace DÍEZ-PICAZO, L. (cit.), y muchos de quienes le siguen en este punto, según quedó arriba expuesto de quienes critican el principio por estimarlo anacrónico al justificarlo solo económicamente.

(56) CARRASCO PERERA, A., págs. 88 y 89. En el propio Derecho alemán, WOLFF, M. (III-1.º, págs. 485 y 486), dice que el principio del trabajo solo rige, y parcialmente, en la especificación *ex* § 950 BGB, pero no en la edificación, ni en la plantación.

(57) En cambio, BRUGI, B. (II, págs. 209 y 210), sí fundamenta en el trabajo el artículo 449 del Código Civil italiano-1865 (correlativo al nuestro 360).

Desechadas, así, todas esas normas correlativas a nuestros artículos 350 y 359 del Código Civil, ¿dónde, entonces, queda consagrado el adagio *superficies solo cedit*?

Solo nuestro Código ha sabido reflejar adecuadamente la máxima en su natural ámbito de aplicación en una norma carente, no por casualidad, de correlativo en los Códigos francés e italiano. Es nuestro artículo 358 del Código Civil, que respetuosamente, con la tradición jurídico-romana, y originalmente, frente a otros Códigos, dice: «*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos —ajenos, dice!—, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*» (58). Y el primero de esos siguientes preceptos es, precisamente, el artículo 359 del Código Civil, cuya función es presumir, conforme al artículo 350 del Código Civil, que el propio dueño es autor de la obra hecha en su suelo, y que si, no obstante, se prueba lo contrario, entre —ahora sí— en juego la regla del 358 del Código Civil al haber ya un conflicto entre dos sujetos: el *dominus soli*, que hace suya la obra, hecha o no por él con materiales propios o ajenos, por el principio *superficies solo cedit*, y el autor de la obra o el dueño de los materiales con que se ha hecho, que habrá de demostrar tal autoría o propiedad y que tendrá, en su caso, derecho a una compensación (59).

Ni el *Code*, ni el *Codice*-1865 contienen una norma tan clarividente como nuestro 358 del Código Civil, tal vez no por culpa grave del legislador francés ni del italiano, sino porque al haber roto durante largo tiempo, en el medioevo, con aquella tradición romana, su recuperación, tras aquella larga separación,

(58) Así lo destacan significativamente, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 356); SANZ FERNÁNDEZ, A., págs. 139 a 141, de lectura aconsejable en su crítica a los artículos 553 francés y 448 italiano-1865, frente a los cuales SANZ destaca de nuestro 358 dos novedades (págs. 140 y 141): «1.^a La pertenencia de lo edificado al dueño del suelo no es una presunción, sino una regla de Derecho aplicable de una manera absoluta. No cabe, pues, contra ella prueba en contrario. Cabe, sí, que por existir una relación jurídica previa, como el derecho de superficie, quede excluida la accesión; pero ello no supone existencia de una presunción, ni propiamente hablando posibilidad de prueba en contrario, sino preexistencia de una situación jurídica en la cual no son aplicables los preceptos de la accesión. (...) 2.^a No se admite ninguna salvedad respecto de los derechos legítimamente adquiridos por un tercero: con ello se da carácter aún más absoluto al principio de accesión. Siempre que, por no existir una relación jurídica que excluya la accesión, sea norma aplicable el artículo 358, sus efectos son plenos y absolutos, sin que nadie pueda alegar mejor derecho sobre lo edificado ni en su totalidad —propiedad del conjunto del edificio— ni en sus partes componentes —propiedad de los materiales—. Por eso no lleva del todo razón SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. III: *Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, 2.^a ed., Madrid, 1891, pág. 157, y así le llama la atención MANRESA, J. M. (III, págs. 173 y 174), cuando dice que los artículos 358 y 353 del Código Civil son reiterativos —que no lo son—, y que perfectamente podría derogarse el 353 —en esto sí lleva razón— porque son otros artículos donde realmente se contienen los principios prácticos —cuando, en verdad, el 358 es el principal—.

(59) Vid., por todos, CARRASCO PERERA, A. (págs. 396 y 397).

no fue bien recogida, ni justificada, por no ser bien recordada. Sucedió como sucede a dos amantes que tras largo tiempo de separación han de reconocerse en su reencuentro. En ese reencuentro entre Roma y Francia, ante la cuestión de a quién atribuir la propiedad de lo edificado o plantado en suelo ajeno (si al que obró o si al dueño del suelo), justificando los artículos 552 y 553 originarios del que será el Código Civil francés, explica PORTALIS ante los Cuerpos Legislativos que diversos juristas apoyaron una u otra solución; y que una solución intermedia, propuesta por GROTIUS, fue la de crear una sociedad entre ambos sujetos, cuyo principal defecto sería el de su difícil división o reparto, como advertía PUFFENDORF. Finalmente, dice PORTALIS, se decidió retornar al Derecho romano (60); pero luego, justificará el artículo 554 *Code* (nuestro 360 CC), en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto (61) y en que destruir lo edificado o lo plantado sería contrario a la equidad, sería resolver un mal con otro mal (62); y justificará la solución del artículo 555 del Código Civil francés (que contempla el caso de nuestro 361 CC), porque, al fin y al cabo, dice, el constructor o el plantador ha invadido propiedad ajena. En el Parlamento francés en ningún momento se menciona siquiera el principio *superficies solo cedit*, y solo hablará PORTALIS del principio de accesoriedad refiriéndose a los artículos 565 y siguientes *Code* sobre accesión mobiliaria (63).

De ahí pasarán tales normas, embriagadas de aquel espíritu, a inspirar a las del CC-1865 del Derecho italiano, donde ni siquiera hoy, con el compendador artículo 934 *Codice*-1942 vigente, que aún los anteriores artículos 447 y 448 (64), queda clara la regla *superficies solo cedit*, cuando dice: «*Qualunque piantazione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo quanto è disposto dagli articoli 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge*».

(60) Pudiéndose ver íntegramente dijo PORTALIS en FENET, P. A. (I, págs. 125 y 126), siendo todo ello luego criticado por DELL'AQUILA, E. (págs. 56 y sigs.), achacando la culpa a la simplificación que POTHIER hizo de sus explicaciones del Derecho Romano en materia de edificación y plantación.

(61) Decía PORTALIS (según aparece en FENET, P. A., XI, pág. 127): «Nous nous sommes occupés de l'hypothèse où le propriétaire d'un fonds fait des plantations et constructions avec des matériaux qui appartiennent à un tiers (...) Nous avons pensé, dans une telle hypothèse, que ce tiers n'a pas le droit d'enlever ses matériaux, mais que le propriétaire du fonds doit en payer la valeur, et qu'il peut même, selon les circonstances, être condamné à des dommages et intérêts. Cela est fondé sur le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui».

(62) Lo dirá, en su Comunicación oficial al Tribunal hecha el 21 de enero de 1804, el Tribuno FAURE (según puede leerse en FENET, P. A., XI, págs. 140 y 141).

(63) Como puede verse en FENET, P. A. (XI, pág. 131).

(64) Para DELL'AQUILA, E. (págs. 10 y 11) el artículo 934 compendia la regla *omne quod inaedificatur solo cedit* y también la más general de la Glosa de la extensión del dominio *usque ad coelum et usque ad inferos*.

La común doctrina (65) elogia tal redacción como sucesora de la máxima romana por abandonar la pésima redacción decimonónica, que lo era por ser excesivamente afrancesada, por estar en exceso influenciada por el artículo 553 francés. Frente a tal elogio, MONTEL (66), en cambio, la critica —con razón—, porque tras consagrar —supuestamente— el principio, indica como excepciones la de los siguientes artículos, cuando al contrario, a excepción —dice él— del 938 (sobre construcciones extralimitadas), los restantes son precisamente la manifestación —la consagración verdadera, más bien habría que decir— del principio *superficies solo cedit*.

Evidentemente, ni aquella *voluntas legislatoris* francesa ni la equívoca letra de la norma italiana deben llevar como conclusión a la negación del principio *superficies solo cedit* en los Derechos francés e italiano. Aunque no haya en ellos un equivalente a nuestro 358 del Código Civil, del conjunto de normas del Código Civil francés y del italiano-1865, como del actual, que regulan la accesión artificial inmobiliaria se deduce el principio general del Derecho de que la superficie cede al suelo (67). Es la interpretación sistemática la que en tales Derechos mantiene el principio.

En cualquier caso, no ha de sorprender que siendo mal entendida y mal reflejada dicha regla en tales Códigos, luego haya venido cierta doctrina a tergiversar, con bastante éxito, su fundamento, queriéndolo considerar ya caduco por justificarlo solo económicamente. Más inexplicable resulta que así haya sucedido también entre los nuestros, cuando jamás, ni antes ni hoy, el principio *superficies solo cedit* ha tenido ese quimérico fundamento exclusivamente económico.

Por supuesto, la valoración de los bienes en lid en los casos de accesión tiene su lugar en Derecho, pero no para justificar aquella máxima, ni mucho menos para suplirla, sino a veces solo supletoriamente para complementarla (cfr., arts. 376 y 377 CC); siempre para sumarse a ella, y al fenómeno en general de la accesión, a fin de evitar el enriquecimiento injusto.

Rechazado, entonces, el pretendido fundamento económico del principio *superficies solo cedit*, ¿cuál entonces es, ha sido —y muy probablemente siga siendo— el fundamento de tal regla milenaria?

(65) BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado*, T. II: *Derechos de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales*, trad.: S. SANTIS MELENDO, Buenos Aires, 1967, pág. 285; DELL'AQUILA, E. (págs. 11 y 12); DE MARTINO, F., «Beni in generale-proprietà», en *Commentario del Codice Civile*, a cargo de A. SCIALOJA y de G. BRANCA, Roma, 1976, págs. 492 y 493).

(66) MONTEL, A. (voz: «Accessione [Diritto Civile]», en *NssDI*, pág. 133).

(67) Curioso es el razonamiento, al que nos remitimos para mayor detalle, de LAURENT, F. (VI, págs. 329 y 330), para extraer o deducir la máxima de que la superficie cede al suelo de las dos presunciones contenidas en el artículo 553 Código Civil francés (equivalente a nuestro 359).

3. FUNDAMENTO LÓGICO Y NATURAL, DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA NUESTROS DÍAS, DEL PRINCIPIO *SUPERFICIES SOLO CEDIT* EN EL PODER ATRA-YENTE DEL SUELO, COMO ÚNICO INMUEBLE NATURAL POR EXCELENCIA

No solo se ha enturbiado económicamente el auténtico fundamento del principio *superficies solo cedit* atendiendo al valor pecuniario de los bienes en juego:

Ya desde el Derecho romano como justificación de aquella máxima se indica —o así nos lo indican romanistas, como precisamente BONFANTE (68)— la aversión a la copropiedad, siempre *mater discordiarum*, y a la separación entre suelo y superficie, a la desmembración, en fin, de la propiedad (69).

También tiempo ha, que se remonta a las XII Tablas, se la justifica por razones sociales o de política-legislativa, como son la protección de la riqueza y el ornato de las ciudades, que se consigue evitando la destrucción de las edificaciones, aun hechas en suelo o con material ajeno. Es el famoso *ne urbs ruinis deformatur* (del D. 43.3.7, de Juliano), que continuará entre nosotros consagrado en las Partidas, en su «*por apostura, e por nobleza de las Cidades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razon como esta*» (de la Ley 38, tít. 28, P. 3.^a) (70); en que luego —se ha visto— se apoyará la tesis de la accesión invertida para trocar el principio.

(68) Vid., por todos, BONFANTE, P., págs. 263 y 264, de *Instituciones de Derecho Romano*, trad. 8.^a ed., 5.^a ed., 2.^a reimpresión, Madrid, 2002, y págs. 91 y 92 de *Corso di Diritto Romano*, vol. 2.^o: *La proprietà*, 2.^a parte, Milán, 1968.

(69) De este modo sigue hoy muchas veces razonándose, como hizo la RDGRN de 19 de mayo de 1952, al decir en su Considerando 2.^o: «*Que los preceptos que regulan en el Código la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles, responden al propósito de conferir a un solo titular el dominio de la finca, y así lo pone de relieve el artículo 358 al establecer, más como regla de derecho imperativa —dice— que como presunción, que lo edificado pertenece al dueño del suelo, con lo cual trata de evitar situaciones anormales de condominio sin cuotas homogéneas, coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el vuelo o derechos de superficie que, como excepcionales, deberían establecerse o pactarse expresamente y, por tanto, cuando las obras no hayan sido hechas por el propietario o costeadas por él, en general, solo se producirá un derecho personal sobre la indemnización a que hubiere lugar*». Apoyan lo dicho en tal Resolución, RIERA AISA, L. (pág. 53); y HERNÁNDEZ CRESPO, C., «La accesión invertida», en *RCDI*, 1972, pág. 731.

(70) Así, entre otros muchos, ORTOLAN, M., *Explicación histórica del Emperador Justiniano*, T. I, trad. 3.^a ed. F. Pérez de Anaya, Madrid, 1847, págs. 535 a 537; siguiéndole fielmente, como casi siempre tratándose de Derecho romano, GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*, 5.^a ed., Madrid, 1874, págs. 237 y 238; BURÓN GARCÍA, G. (II, pág. 129); e insistentemente SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 131 y sigs.). De hecho, para CARRASCO PERERA, A. (pág. 90), aquella razón urbanística era la única verdadera *ratio* del principio *superficies solo cedit* en Derecho Romano y que (dice en pág. 110), pervive en las Partidas. Con tono crítico, BONFANTE, P. (2.^a, págs. 116 a 120), dirá que aunque fundado en un principio de Derecho natural, la verdadera razón de la regla romana no es la conjunción, que según él no la hay, ni orgánica ni mecánica, pues cabe la separación de los materiales; su auténtica razón es que en Derecho romano no se concebía

¡Hasta alguna justificación religiosa se le ha dado al principio *superficies solo cedit!* (71).

Todas estas justificaciones merecen, sin embargo, parecido juicio que aquella otra meramente económica. A lo más, se suman, a modo de con-causas en general o para supuestos concretos, al principio *superficies solo cedit*; pero por sí mismas no dan razón suficiente del mismo (72). Algunas de ellas, no en vano, también suelen ser alegadas para justificar la accesión en general, mobiliaria o inmobiliaria, artificial o natural (73); y otras, en cambio, se añaden a la principal y genuina causa en sede de accesión: a la regla de que *accessorium cedit principali*, tratándose de la accesión mobiliaria, o a su expresión de que *superficies solo cedit*, cuando se trata de accesiones inmobiliarias. Por ejemplo, la pretendida justificación social, casi artística, de dicha máxima, relativa a la belleza de los edificios, realmente venía referida, tanto en Derecho Romano como en nuestras Partidas, no a la accesión inmobiliaria en general, como en cambio hace hoy el artículo 358 del Código Civil como primera norma sobre la materia, sino a un caso particular: al de las construcciones hechas en suelo propio con material ajeno, es decir, al caso que hoy contempla el artículo 360 del Código Civil (74); pero no a

una propiedad del edificio separada de una propiedad del suelo. A ello se añade, dice, desde las XII Tablas una razón de interés social de proteger la construcción urbana.

(71) Según MAROI, *Elementos religiosos en el Derecho Romano arcaico*, que aquí se toma de GARRIDO PALMA, V. M., pág. 95, y de OROSA ROLDÁN, M. A., «Accesión invertida», en *La Ley*, 1985-2, pág. 272, tal principio tiene una consideración cultural y pseudo-religiosa o espiritual, dice, en la unión de suelo y casa como lugar de culto y como imagen de la familia, siendo el suelo lo principal por ser lo estable, fijo y siempre perdurable.

(72) Criticando a GORLA, G., «L'accessione nel Diritto Civile Italiano [Contributo alla doctrina dei modi d'acquisto Della proprietà]», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931, pág. 107, para quien en general la principalidad y accesoriedad de las cosas se determina por razones económicas, NUTI, G., «Accessio, datio, translatio materiae», en *Riv. Dir. Priv.*, 1940, nota 1, págs. 300 y 301), defensor en general del principio de la atracción real, dirá que atender al valor económico es confundir la causa de la atracción con sus motivos.

(73) Siendo tan común la afirmación de que la accesión en general y su máxima de que lo accesorio sigue a lo principal se explican en todas aquellas razones, excúsenos aquí el paciente lector de su cita, que sería tan abundante como, por eso mismo, siempre incompleta.

(74) En efecto, decía la Ley 38, tít. 28, P. 3.^a: «*Metiendo algund ome en su casa, o en alguna otra obra que fiziesse, cantos, o ladrillos, o pilares, o madera, o otra cosa semejante, que fuesse agena; despues que alguna de destas cosas fuesse asentada, o metida en labor; non la puede demandar aquel cuya es; e gana el señorío della aquel cuya es la obra, quier aya buena fe, quier mala en metiendola y. E esto touieron los Sabios antiguos que fuesse guardado, por apostura, e por nobleza de las Ciudades, e de las Villas; que las obras que fueren y fechas, non las derriben por tal razon como esta*». Habría que añadir también la parte final de la Ley 16, tít. 2, de la Partida 3.^a, acerca del mismo caso de construcción en suelo propio con materiales ajenos y con igual fundamento: «*...E esto tovieron los Sabios antiguos por esta razon: porque las casas, o los edificios que los omes fazen en las villas, non tan solamente se tornan en pro de sus señores, mas aun en ferosura comunalmente de los logares do son fechos. E quando se desfazen parecen porende mas feos, ca se tornan como en manera de hermamientos. Pero el que fizo poner en sus casas algund de las cosas agenas que*

los demás, ni tampoco al caso singular de las construcciones extralimitadas, como refiere la tesis de la accesión invertida (75).

Siendo indiscutible —al menos nadie lo discute— que la regla de que la superficie cede al suelo es manifestación o concreción, a modo de aplicación, de la más amplia de que lo accesorio sigue a lo principal, no hay nada más simple que concluir que tanto esta como aquella tienen un idéntico fundamento lógico, meta-jurídico, casi matemático —como decía Séneca acerca de la regla en su expresión romana (76)—; y tratándose de cosas reales, como son el suelo, las construcciones y las plantaciones, dicho fundamento lógico se explica sin duda por la naturaleza de las cosas, por la *natura rerum* (77), que en materia de accesión mobiliaria hoy nuestro Código Civil mide por la consistencia o autonomía de las cosas, antes que por su valor (cfr., arts. 375 y 376 CC).

En el Derecho Romano (78) no existía la accesión como categoría homogénea y aglutinadora, ni siquiera como expresión al menos unívoca (79), sino

de suso diximos, deuelas pechar dobladas a aquel cuyas fueren. E esto se entiende, quando lo ouiese fecho a buena fe, cuydando que non eran ajenas, e que non pesaria a su dueño. Ca si a sabiendas lo fiziesse, estonce deue pechar tanto por ellas, quanto su dueño jurare que ha recebido de daño, o de menoscabo, por aquello quel fue tomado, e que non pudo auer».

(75) O a decir verdad: la aplicación —extensiva— de aquella razón a este caso en particular vendrá *a posteriori*, mucho antes que en nuestra jurisprudencia, en Italia, siendo el germen de la primera norma italiana (art. 452 *Codice*-1865), que previó el caso de las obras extralimitadas, contenido en los artículos 463 del Código Civil albertino-1848 y 644 del Código Estense-1852, cuyos antecedentes más remotos se remontan a la Toscana renacentista, donde prescindiéndose de razones lógicas o jurídicas, y apoyados en puras razones artísticas, se permitió la conservación de aquellos palacios o edificios de gran nobleza construidos invadiendo suelo ajeno. Ya uno de los comentaristas más cercanos al Código Albertino, PASTORE, V., *Codice civile per gli stati di S. M. il Re di Sardegna, con commenti*, vol. III, Turín, 1839, así lo justificará: por equidad, a favor del constructor de buena fe, y en el interés público por la conservación del edificio, que es, decía, la misma *ratio* del artículo 461 albertino. ¡De la norma correlativa a nuestro 360 del Código Civil!

(76) Se limita a mencionarlo ALONSO PÉREZ, M. (pág. 329); pero merece la pena ver la afirmación que Séneca hace de que tal principio es conforme a la razón, aduciendo para ello la inseparabilidad jurídica del suelo de la superficie como argumento para demostrar la conexión de la matemática a la filosofía. Dice, en efecto, SÉNECA (*Epitome* 8.8): «*Nom est autem ars sui iuris cui precarium fundamentum est. Philosophia nil alio petit, totum opus a solo excitat. Matematica, ut ita dicam, superficialia est, in alieno aedificat*».

(77) Como «Ley de la creación» estimaba PROUDHON el principio *accessorium sequitur principale* (según se toma aquí de GORLA, G., pág. 105).

(78) Para cuyos datos en lo que sigue pueden consultarse para mayor profundidad BONFANTE, P., en su *Corso di Diritto romano, II*, págs. 94 y 95, ORTOLAN, M. (págs. 82, 506 a 510); y GORLA, G. (págs. 88 a 93), sobre todo; y también SANFILIPPO, C. (Voz «Accessione [Diritto Romano]», en *NssDI*, págs. 129 y 130); y ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en Derecho Romano y en el Código Civil*, Granada, 1991, pág. 113).

(79) Explica BONFANTE (*cit.*), y otros de los citados siguiéndole, que GAYO ya empleaba con muy diversos significados las palabras *cedere* (para significar no conjunción o unión, sino absorción ideal), y *accedere* o *accessio* (para significar incremento en general), por oposición a *decedere* o *decessio* (como disminución).

que venía referida a una multitud de casos de muy diversa índole —como en parte hoy sucede en la casuística de nuestro Código Civil (80)—; y la regla *accessio cedat principale* (81) tampoco era exclusiva de la accesión, siendo aplicable a otras materias (82) —por lo demás como lo es hoy también dado su alcance como principio auténticamente general del Derecho—. Pero no puede negarse, aun con todas esas matizaciones hechas, que la accesión —o las muy diversas hipótesis que hoy estimamos como de accesión— fuese ya por entonces un modo de adquirir la propiedad de Derecho Natural. Aunque GAYO no incluía la accesión al enumerar los modos de adquirir el dominio, al consagrar la famosa máxima de que la superficie cede al suelo, dirá: «*Praetera id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum* —decía— *fit, quia superficies solo cedit*» (*Instituciones* de GAYO, 2, 73) (83). A diferencia de otros mecanismos adquisitivos (como la usucapión, la tradición...), la accesión, igual que sucede con otros (como la ocupación...), se ha estimado finalmente como un modo de adquirir el dominio que deriva del Derecho Natural, de la Naturaleza (84); de ahí que siempre y en todo lugar haya existido, aunque justificada en diferentes

(80) No ya, por ejemplo, en el actual *Codice*, donde la accesión ha quedado restringida a la accesión inmobiliaria vertical (de mueble a inmueble), y horizontal (de inmueble a inmueble), siendo ya diferenciada de la especificación, de la unión y de la conmixción.

(81) Que ORTOLAN (*cit.*) ve en ULPIANO (D. 34, 2, 19, § 13), y repetida en muchas materias diversas. Aparte, quiere ver ORTOLAN reflejada dicha máxima con alcance general, sin referirla a una cuestión concreta, en el siguiente texto de PAULO (D. 6, 1, 23, § 4): «*In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per praeventiam, alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli, cogar pretium ejus quod accesserit, dare*». Y lo traducirá, con un breve comentario, ORTOLAN (págs. 509 y 510), del modo en que sigue: «En todos los casos en que mi cosa, *per praeventiam*, por predominio, *alienam rem trahit*, trae la cosa de otro, *meamque efficit*, y la hace mía... no puede expresarse más genéricamente el predominio de la cosa principal, la absorción de la cosa de otro, y la propiedad de ella que me ha sido transferida. (...) Queda pues establecido de hecho que la reunión de una cosa en cualidad de accesión a otra, estaba admitida en el derecho romano como causa de adquisición en ciertos casos, aun respecto de aquellas cosas que antes pertenecían a otro».

(82) Como indica BONFANTE (*cit.*), aparece en materia de contratos, legados, venta, arriendo, posesión...

(83) Por eso no puede ser más que una errata la afirmación de TRAVIESAS, M. (pág. 294, nota 1), cuando dice que tan arraigado principio en Roma estaba fundado «*et civile et naturali iure*»; como la posterior de ALONSO PÉREZ, M. (pág. 328), en el mismo sentido.

(84) Así no en Derecho romano (vid., por todos, ORTOLAN, *cit.*, que aunque niega que la accesión fuese con nombre propio modo de adquirir en el fondo sí lo fue), al menos la accesión no aparece en los modos de adquirir el dominio enumerados por GAYO (como advierte PACIFICI-MAZZONI, E., I, pág. 174). Pero claramente lo será ya en el Derecho medieval, donde por obra de romanistas y glosadores la accesión será calificada como modo natural, originario y *secundum quid* de adquirir la propiedad. Entre los nuestros, SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, 2.^a ed., Madrid, 1820, págs. 102 y 103; ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1829, págs. 154 y 155; DE ASSO, I. y DE MANUEL, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5.^a ed., 1792, reimpresión de Valladolid, 1975, pág. 98 y sigs. Para todo esto, vid, GORLA, G. (págs. 93 a 99).

razones y prevista con diversos matices. Y esa universalidad, derivada de su naturalidad, se explica por la regla, también lógica y natural, de la accesoriedad en que se funda; y que *ex natura rerum* se explica porque cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente, o de modo indivisible, es porque una se une o incorpora a la otra, siendo la incorporada precisamente la que no puede subsistir independientemente. Es pura ley natural, o física; es casi la ley del más fuerte. La cosa que puede existir independientemente es la más fuerte, es la cosa principal, siéndolo precisamente porque es la que ejerce hacia la otra una fuerza atractiva (una *vi ac potestate rei nostrae*) que la hace dependiente de ella (85).

En esto la verdadera accesión, la tradicionalmente apellidada como «continua», difiere de la accesión llamada «discreta» —tanto que no es verdadera accesión—: esta —que es expresión de la facultad de goce, que puede tener el propietario o también el usufructuario, el usuario...— se fundamenta en la fuerza expansiva o productiva de las cosas, en una fuerza centrífuga y gestante, que va de dentro a fuera, adquiriéndose por tanto sus frutos *jure fruendi proprio*; en cambio, aquella, la única accesión verdadera, se fundamenta en una fuerza atrayente, o centrípeta, de fuera hacia dentro, adquiriéndose la cosa *jure accessionis*, no por derecho —o poder de goce— propio, pues se trata de una cosa, la accesoría, que antes de la accesión pertenecía a otra persona.

Esa fuerza atractiva de la genuina accesión puede ser, a su vez, o bien ideal, esto es, teleológica o funcional (como puede suceder, por ejemplo, en el art. 377.II CC) o bien puede tratarse de una fuerza real, física o estructural (86), como sucede en la mayoría de los casos de accesión; siendo ese,

(85) Es la forma en que siempre se ha definido en primer lugar la distinción entre cosa principal y accesoría; así, entre los nuestros, ÁLVAREZ, J. M. (I, pág. 138); BURÓN GARCÍA, G. (II, pág. 20); OYUELOS, R., *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código Civil español*, T. II [arts. 333-608], Madrid, pág. 82. En particular, refiriéndose a la accesión industrial, decían GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero...*, T. I, Madrid, 1841, pág. 171: «Las leyes en este modo de adquirir no han hecho mas que seguir los preceptos del derecho natural, estableciendo algunos principios, que como emanados de la equidad natural habrán siempre de consultarse», añadiendo que «la primera regla que debe tenerse presente es que lo *accesorio sigue a lo principal*». Probablemente mucha influencia en entender de aquel modo qué es lo principal y qué es lo accesorio, se deba a POTHIER, J., *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, trad.: M. Deó, notas y concordancias A. Elías de Molins, Tomo VII, Madrid, 1882, pág. 123, quien «para conocer cuál es la cosa que, en un todo compuesto de muchas cosas, forma la parte principal, y las que son solamente accesorias del mismo», establecía como «regla primera: Cuando de dos cosas que componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesoría; *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest*».

(86) En esta distinción se sigue aquí a NUTI, G. (págs. 301 y 302), no ya en su crítica por apriorística a la regla *superficies solo cedit*. Y luego (en págs. 309 y 310), hablará del doble poder, de expansión (o producción) y de atracción, del suelo; idea que también aquí se sigue. En cambio, para ALONSO PÉREZ, M. (nota 17, pág. 280), en general para la determinación de lo principal y lo accesorio en materia de accesión el criterio es más estructural (y económi-

precisamente, el fundamento del *superficies solo cedit*. Conforme al principio de accesoriadad en materia de accesión en general, en la inmobiliaria el suelo es cosa principal, al menos frente a lo que se construya en él, no tanto porque generalmente sea de valor económico mayor, sino sobre todo porque comparados ambos elementos —suelo y edificación— el suelo es cosa independiente, que puede existir por sí sola, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse (87).

En efecto, el suelo es el sostén de toda edificación, no solo desde una perspectiva arquitectónica, sino por ser el sustentáculo de la edificación en cuanto mejora; el suelo es puntal de riqueza (88). De ahí aquello de proteger las edificaciones que se dice desde hace milenios en el mundo del Derecho para así proteger las riquezas que son el ornato de las ciudades, según se decía en las XII Tablas, en el Digesto, en nuestras Partidas, y en tantos otros lugares. Y no es casual el empleo de tales palabras, que encuentran evidente paralelismo, casi identidad, en el artículo 376 del Código Civil; una norma esta que, aun en sede

co, hay que decirlo) que funcional; mientras que para CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º: *Situaciones jurídico-reales*, trad. y notas de M. M. Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1961, pág. 123, refiriéndose al artículo 567 *Code* (correlativo a nuestro 376), es más funcional que estructural. En verdad, rigen ambas dimensiones siendo aplicable una u otra según cada caso.

(87) Y más detenidamente lo decía POTHIER (*cit.*), dando buena explicación de lo que luego serían los artículos 555 y 554 del Código Civil francés (nuestros 361 y 360, respectivamente), a pesar de lo que luego de ellos dirá PORTALIS (según lo visto en el epígrafe anterior); tras indicar POTHIER la primera regla, antes reproducida, añade: «Puede citarse, como primer ejemplo de esta regla, el caso en que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un solo todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; porque el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar sobre el que se ha levantado. Por cuya razón el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el edificio que ha sido construido, esto mismo dice GAIUS: *Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium cujus et solum est.* (...) Igual puede decirse en caso contrario. Cuando yo he construido sobre mi terreno un edificio con materiales ajenos, el dominio de mi terreno me hace adquirir por derecho de accesión, *vi ac potestate rei meae*, el de todos los materiales empleados, como cosas que son necesarias: *quin aliquis in suo loco aliena materia aedificaverit, ipse dominus inteligitur aedificii*. Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual está edificado: *Omne quod inaedificatur solo cedit*». Entre los nuestros, también lo destacaba sintéticamente, ESCRICHE (en su voz «Accesión industrial», pág. 44): «En la edificación, el suelo es lo principal y el edificio lo accesorio; y como el edificio no puede separarse del suelo sin su destrucción, es regla constante que el dueño del suelo adquiere el dominio del edificio, cualquiera que sea el que lo hubiere construido, y así en el caso de buena como en el de mala fe». Y más o menos confesadamente siguiendo a POTHIER para justificar los artículos 360 y 361 de nuestro Código, BURÓN, G. (II, pág. 20); SANCHEZ ROMÁN, F. (II, pág. 505); OYUELOS, R. (págs. 89 y 90); VALVERDE, C. (II, págs. 105 y 106); y tantos otros comentaristas cercanos a la gestación del Código Civil español.

(88) La idea del suelo como sostén natural irremplazable es muy común en la doctrina, siendo destacable la afirmación de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 354), de que el suelo es «sustentáculo» de edificaciones y «laboratorio» de plantaciones.

de accesión mobiliaria, sienta el primer criterio, el más natural y por ende lógico, para determinar cuál de entre dos cosas que se han unido inseparablemente es la principal y cuál la accesoria: aquella será la autónoma o independiente, y esta la que —entre otras cosas, según dice— le sirva de *ornato*, la que quede subordinada a la otra. ¿Es mera casualidad o cabe rectamente ver un paralelismo entre el artículo 358 y el 376 del Código Civil, y, por ende, apreciar en la regla *superficies solo cedit* un caso particular al que se aplica la regla elemental del artículo 376 del Código Civil? No puede, desde luego, entenderse literalmente que el edificio sea mero ornato del suelo. Lo que justifica tal confrontación es que la razón de fuerza natural de atracción a que responde el principio *superficies solo cedit* es, conforme a lo que expresa en su *ratio* el 376 del Código Civil, que el edificio se une, se incorpora al suelo, no al revés, que es el suelo el que ejerce un poder de atracción, no a la inversa. Es la propia fuerza de la gravedad, si se apura, la que explica tal regla (89); por supuesto, los romanos desconocían la ley gravitatoria, como tal formulada, pero ya sabían, por ser de sentido común, o natural, que el suelo es la savia o fuente nutriente de las plantaciones y el sostén o apoyo de los pilares y cimientos de cualquier edificación. Tal es el poder de atracción, que por dicha incorporación al suelo, el edificio, que separado de él no es más que un conjunto de materiales, o bienes muebles, se «inmoviliza» —permítasenos la barbarie lingüística—, se convierte en inmueble por incorporación al suelo (cfr. art. 334.1.º CC); en cambio, el suelo, la tierra, es el único inmueble natural por excelencia y preexistente a todos los demás (90).

En la justificación tradicional del principio *superficies solo cedit* se ha añadido, también, el carácter naturalmente fijo, estable —o perpetuo, según dicen algunos— del suelo frente al carácter esencialmente deteriorable e incluso destruable del edificio (91). Siendo esto normalmente cierto, conviene hoy relegar

(89) Como dice OYUELOS, R. (pág. 89), se funda la regla romana en «una especie de ley de gravedad jurídica que atrae hacia la tierra».

(90) Siendo tan común en nuestra doctrina y en la extranjera estimar al suelo como único bien natural por excelencia, excúsenos del esfuerzo de hacer un elenco de autores que así lo dicen, y que el lector agradecerá no tener que leer. Tal vez solo sea oportuno aclarar porqué muchos de nuestros autores de la época codificadora no solo calificaban al suelo como inmueble por naturaleza, calificando de tal modo también los edificios y, por supuesto, las plantaciones (así, ESCRICHE, J., en la voz «Bienes inmuebles», pág. 377; GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, T. I, 2.ª ed., Madrid, 1865, págs. 478 y 479; GARCÍA BURÓN (pág. 12); QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (VI, pág. 123 y sigs). Se debe, sobre todo, a la influencia de POTHIER a través del Código Civil francés, que en su artículo 517, como también en el artículo 408 del Código Civil italiano-1865 (y hoy el art. 812 *Codice*), hacía expresamente una clasificación tripartita de inmuebles por naturaleza, por destino y por objeto, incluyendo en los naturales el suelo, las edificaciones, las plantaciones... Así lo advierte GARCÍA GOYENA, F. (pág. 341), acerca del artículo 380 Proyecto CC-1851, inspirado en el francés, cómo no.

(91) Son muchos quienes lo dicen. Modernamente, PARADISO, M., *L'accessione al suolo: artt. 934-938*, Milán, 1994, págs. 12 y 13, fundamenta con cierto detenimiento el

tal dato a un lugar secundario ya que por obra del hombre, frente a la naturaleza que siempre desea dominar, actualmente en el término suelo no solo han de comprenderse el solar o el terreno, sino también el subsuelo y el sobrevuelo (v.gr., la azotea o la última planta de un edificio ya existente). En tales «suelos» el rasgo de su permanencia decae como rasgo esencial, aunque pervive como tal su condición de sostén que atrae a lo que sobre él se incorpora (cfr., los números 3.º, 4.º, 5.º del art. 334 CC). En esa fuerza de atracción radica, en definitiva, la esencia del tradicional adagio *superficies solo cedit*. También aquí se cumple el aforismo *accessorium sequitur principale* por lo que a la naturaleza jurídica afecta: la obra, que es lo accesorio, adquiere la naturaleza inmobiliaria del bien principal al que se adhiere: el suelo (92).

He aquí la equidad natural en que está fundada la regla *superficies solo cedit* (93). Añádanse ya ahora a ella, para reforzarla si se quiere, las otras razones alegadas, incluso la del usual mayor valor del suelo, que bien puede tener su

principio *superficies solo cedit* en la perpetuidad y en la abstracción del suelo, abstracción en el sentido arriba referido de la gran variedad de posibles usos que puede proporcionar el suelo (agrícola, industrial, edificatorio, turístico, ambiental...). Así antes, MAROI (cit.); y, por ejemplo, respecto al Derecho francés, CARBONNIER, J. (II-1.º, pág. 123); DE PAGE, H., *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, T. VI: *Les Biens* (2.ª parte). *Les sûretés* (1.ª parte), Bruselas, 1952, pág. 39; y más modernamente GOUBEUX, G. (págs. 49 y 50). Siguiendo a PARADISO, recientemente, MASSINETTI, R. (págs. 171 y 172), añadiendo también como fundamento de la preeminencia del suelo sobre la edificación la idea de su escasez y la de su no reproductividad; mas ambas ideas parecen rechazables: la primera, porque ya la máxima *superficies solo cedit* existía en Roma cuando no había ningún problema de escasez del suelo (y de haberlo, para eso estaban las nuevas conquistas), y lo segundo, porque si bien el suelo no es reproductivo —*sic*—, sí es fructífero. Entre los nuestros, la gran defensora en los tiempos actuales del principio *superficies solo cedit*, NÚÑEZ BOLUDA, M. D. (págs. 51 a 53), también recurre a este dato, entre otros, diciendo (en pág. 52) que «el edificio pasa; el suelo permanece, es casi indestructible».

(92) Véase, al respecto, CARRASCO PERERA, A. (págs. 171, 172 y 179 a 183), y su teoría del doble efecto en virtud del principio de accesoriedad: el primer efecto, el de la «inmobiliación» por incorporación, *ex* artículo 334 del Código Civil, y el segundo, el de la accesión por el principio *superficies solo cedit*, *ex* artículo 358 del Código Civil.

(93) Tras todo lo concluido aquí, no obstante, conviene advertir que hace tiempo dos autores nuestros, primero, en 1888, FERNÁNDEZ ELÍAS, C., *Novísimo Tratado histórico-filosófico de Derecho Civil español*, T. II, 2.ª ed., Madrid, 1880, págs. 45 y 46, y luego, en 1911, SÁNCHEZ ROMÁN, F. (III, págs. 95 a 97 y 150), negaron que la accesión continua fuese una figura de Derecho Natural fundada en razones de justicia; al contrario, defendieron que tal accesión era una institución de Derecho positivo y fundada en razones de utilidad y necesidad, no pudiendo ser la justicia cuando para resolver una cuestión se quita algo a alguien contra su voluntad. Tal vez se vean obligados a tal conclusión al ser su premisa la consideración de la accesión, no como modo de adquirir el dominio, sino como extensión o expansión del mismo, de su objeto, como así sucede claramente con la accesión discreta, consecuencia de la facultad de disfrute, y a la que, precisamente, tales autores sí estiman como figura de Derecho Natural fundada en la justicia. He ahí la fuente del error, el comparar dos figuras en verdad diversas, cuando en una no hay conflicto ninguno, sí habiéndolo, en cambio, en la otra, la verdadera accesión.

oportuna utilidad (cfr. art. 377 CC), como, precisamente, puede suceder en el caso de las construcciones extralimitadas. Veámoslo.

III. LAS CONSTRUCCIONES EXTRALIMITADAS, DESDE LA REGLA *SUPERFICIES SOLO CEDIT*, COMO UNA LUCHA ENTRE EL SUELO INVASOR Y EL SUELO INVADIDO

Aceptado el principio *superficies solo cedit*, y sabiendo, por tanto, que siempre el suelo es el elemento principal, y el edificio el accesorio, para resolver el problema de las construcciones extralimitadas no hay que volver a dicha regla, no hay que comparar suelo y obra, pues ello nada añadiría en particular, ya sea aplicándola directa o inversamente. Por principio en tal lid ya se sabe qué es lo accesorio y qué lo principal. Sin embargo, la jurisprudencia de la accesión invertida hace comparaciones muy dispares: una primera tesis, la mayoritaria en la jurisprudencia, considera que cabe la accesión invertida, entre otros requisitos, cuando el valor del edificio en su totalidad es superior —*desproporcionadamente*, dicen algunas SSTs (94)— al valor del suelo ajeno en su parte invadida (95). Una segunda tesis, también jurisprudencial pero menor a la anterior en número de pronunciamientos, considera que hay accesión invertida cuando el valor del edificio *in totum* y de la parte de suelo propio del constructor ocupada por la obra es superior al valor del suelo ajeno también ocupado (96). Una tercera tesis, sostenida aisladamente por la STS de 14 de marzo de 2001, exige «*que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno*». Aquí, pues, se prescinde del valor de los suelos, atendiendo solo a su extensión

(94) Son las de 15 de junio de 1981, de 1 de octubre de 1984, de 11 de marzo de 1985 y de 23 de julio de 1991.

(95) Hacen tal comparación las SSTs de 26 de febrero de 1971 —reproduciéndola, la de 29 de junio de 1984—, de 23 de octubre de 1973, de 3 de marzo de 1978, de 28 de abril de 1980, de 15 de junio de 1981, de 1 de octubre de 1984, de 11 de marzo de 1985, de 23 de febrero de 1988, de 22 de noviembre de 1988, de 23 de julio de 1991 y, siguiendo a esta última, la de 16 de octubre de 2006. En la doctrina, curiosamente esta es la explicación más secundada en los Manuales.

(96) Esta es, precisamente, la comparación que hizo la pionera STS de 31 de mayo de 1949, al aplicar la accesión invertida «*por la notoriedad del mayor valor e importancia, que se han de reconocer, por sus condiciones y destino, al edificio construido, unido al suelo propio del edificante, sobre la parte de terreno ajeno invadido por la construcción*». No será repetida esta idea hasta la STS de 6 de mayo de 1978, al exigir «*que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor que excedan a los del suelo invadido*». Lo decía en su Considerando 8.º, pero también al final de su anterior Considerando 7.º al «*atribuir esta calidad —de principal— al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe*». Y a esta seguirán luego las SSTs de 11 de junio de 1993, de 22 de marzo de 1996 y, apoyándose en esta última, la de 14 de octubre de 2002. Es también la tesis acogida en el Código Civil catalán (arts. 542-7.1 y 542-9.1).

para así dividir ideal y verticalmente el edificio recayente sobre ellos y comparar su valor de cada fracción (97).

Ninguna de estas comparaciones nos parece, sin embargo, admisible: en general, porque de seguir cualquiera de ellas, exageradamente la segunda, es muy probable que casi siempre el edificio invasor sea el elemento principal por ser el de mayor valor. Piénsese, por ejemplo, en quien siendo dueño de un pequeño solar construye un gran edificio ocupando en su mayor parte suelo ajeno. Por eso, probablemente guiadas por un sentido intuitivo de corregir dicha injusticia, algunas SSTS añadan aquello de la *desproporcionalidad* en la superioridad del valor del edificio sobre el del suelo invadido; introduciendo con ello un criterio jurídico altamente indeterminado. En realidad, todas esas comparaciones son ya de entrada descompensadas, porque no respetan la relación de principalidad y accesoriedad que subyace en el principio *superficies solo cedit*: la primera tesis, mayoritaria en la doctrina del Tribunal Supremo, compara económicamente todo lo accesorio (la obra) con una parte de lo principal (el suelo ajeno invadido); la segunda tesis, peor aún, frente a una parte del posible elemento principal (el suelo invadido) opone todo el elemento accesorio (la obra) con una parte del posible elemento principal (el suelo propio del constructor); y la tercera prescinde del elemento principal (de los suelos invadido e invasor) y atiende únicamente al valor del elemento accesorio (el edificio), fingiéndolo dividido proporcionalmente sobre cada suelo (98). Falta, precisamente, la hipótesis comparativa acertada, la que ha de hacerse entre los dos elementos en principio principales: los dos suelos. Al haber en las construcciones extralimitadas dos suelos, uno el ajeno invadido y el otro propio del constructor invasor, concurren dos fuerzas atrayentes opuestas entre sí; los dos suelos atraen para sí una determinada parte de idéntica superficie, de igual obra (al modo en que las dos mujeres tiraban para sí del mismo niño en el juicio salomónico). Comparándolos entre sí, hay que averiguar cuál de ambos suelos es el vencedor, cuál es el principal por

(97) Dentro de la doctrina, la mayoría, sin caer en la cuenta de estas diferentes posiciones dentro del propio Tribunal Supremo, suelen adherirse a una u otra. De entre los pocos que parecen percibir la diversidad, tal vez sea destacable la tesis de MOLL DE ALBA, C. (pág. 260), para quien «la solución más justa es que se valore, por un lado, la parte del edificio asentada en el terreno ajeno, y, por otro, la franja de suelo invadido».

(98) Añádase, además, como crítica a algunas de aquellas otras tesis, del TS, y a la de MOLL: si se atiende en la comparación de suelos a la obra, aunque dividida y valorada separadamente en cada una de sus partes recayentes sobre cada suelo, se introduce otra vez, aunque con más fuerza, el elemento accesorio en la comparación; piénsese, *a.e.*, de acogerse la tesis de la STS de 14 de marzo de 2001, que valora exclusivamente la parte de edificio construido sobre cada suelo, habría que negar la accesión invertida si lo construido en suelo ajeno fuese de mayor valor que lo construido en suelo propio, aunque el valor o la extensión de este suelo fuese mayor que la de aquel otro suelo; o en la tesis de MOLL DE ALBA: conforme a ella cabría negar también la accesión invertida cuando la parte de edificio asentado en terreno ajeno fuese de menor valor que dicho suelo, aunque la superficie propia del constructor invasor, ocupada por el edificio invasor, fuese de mayor valor que aquel.

poseer mayor poder de atracción (99). Decidido el vencedor, en las construcciones extralimitadas la accesión no será vertical, como en cambio sucede en los típicos casos de los artículos 360 a 365 del Código Civil, sino más bien una accesión «horizontal»; al igual que las accesiones naturales que regula el Código, en sus artículos 366 y siguientes, también esta lo será de inmueble a inmueble, de suelo a suelo, con el consiguiente arrastre del elemento por excelencia accesorio: el edificio construido a caballo sobre ambos suelos (100). Por supuesto, esta expresión de «accesión horizontal» es metafórica, figurada, sin que ello suponga acudir a aquellas normas que regulan la accesión natural, en la que al no haber intervención del hombre en la incorporación tampoco se valora su buena o mala fe. En cambio para esta accesión horizontal, la invertida de nuestra jurisprudencia, es imprescindible la buena fe del constructor, como exige el artículo 361 del Código Civil: que el edificante haya invadido parte del suelo ajeno creyendo que 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. O dicho de otro modo, que ignorase que estaba construyendo sobre suelo de propiedad ajena o que lo hacía sin título idóneo o bastante para obrar en terreno ajeno (101).

Centrada, pues, la atención en los dos suelos, como elementos a confrontar para determinar la principalidad o accesoriedad de uno u otro, el modo de averiguarlo es sencillo. Por supuesto, ya de nada sirve aquí el aforismo *superficies solo*

(99) En justicia a la autoría de tan original y acertada idea, hemos de indicar que así lo dijo hace tiempo SANZ FERNÁNDEZ, A. (pág. 196) —muy criticado por ALONSO PÉREZ, M. (págs. 346 y 347)—, para quien, conforme al principio de accesoriedad, «debe atribuirse la unidad formada por los dos solares y el edificio a uno solo de los dueños, y la determinación de cuál ha de serlo, se hará con relación no a lo edificado, sino a los dos solares: deberá atribuirse la totalidad, el conjunto, al dueño de la parte de suelo que deba estimarse como principal». Lástima que se quedara en tan breve explicación sin llevarla hasta sus últimas consecuencias.

(100) En justicia también aquí a la autoría de tal denominación, hemos de reconocer que su bautismo corresponde, en Francia, a PLANCQUEEL, que la llamó *l'accession horizontale*, y que sin embargo, en dos breves comentarios que hizo a sendas sentencias del Tribunal de Casación francés (de 4 de mayo de 1959 y de 11 de julio de 1969, en *Juris-Classeur Périodique*, 1960, 171, y 1970, 11), se limitó a esbozar, o a sugerir, sin ningún éxito.

(101) Como sintetiza la STS de 27 de enero de 2000, 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. Antes de ella, la STS de 1 de febrero de 1979 había definido la buena fe del invasor como «la racional creencia del propio dominio sobre el terreno invadido», y la STSJ de Aragón de 7 de noviembre de 2001 la define como «la creencia de ostentar la legítima posesión del terreno en que se construye». Como reverso de la misma moneda, puede entenderse la buena fe 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 de febrero de 1975 definía 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 definición contenida en la STS de 6 de mayo de 1978.

cedit. Pero sin la necesidad de invertirlo, basta con acudir, como criterio auxiliar añadido y no en suplencia de aquel, al principio general básico que rige en toda accesión y del que precisamente aquel es manifestación. De nuevo, el principio *accessorium cedit principali*. Sin salir del ámbito de la accesión, en la relativa a bienes muebles, sentada la regla de que lo accesorio sigue a lo principal en el artículo 375 del Código Civil, a continuación los artículos 376 y 377 del Código Civil determinan de entre dos cosas muebles que se han unido indivisiblemente cuál de ellas es la principal y cuál la accesoria según los criterios —ordenados jerárquicamente— de autonomía, valor y volumen. Más allá de la naturaleza, mobiliaria o inmobiliaria, de los bienes que se unen, nadie duda de que la propia lógica y, por ende, la generalidad, o flexibilidad, de los criterios establecidos en tales normas permiten su aplicación a la accesión inmobiliaria (102). Ni siquiera se trata de integrar una laguna mediante la analogía, extrayendo el principio reinante en una institución para aplicarlo a otra institución —diversa aunque parecida a aquella otra—, sino de extender la aplicación de la norma por la amplitud de su *ratio* a otro supuesto, al de bienes inmuebles, dentro de la misma institución, la de la accesión: se trata de una interpretación lógica, en su método, y extensiva por su resultado.

Admitida, entonces, *in abstracto* la aplicabilidad de los criterios determinantes de la principalidad contenidos en los artículos 376 y 377 del Código Civil en materia de construcciones extralimitadas, *in concreto*, sin embargo, carece de sentido aplicar el criterio del artículo 376 del Código Civil. En su lugar habrá que aplicar *in recto* el artículo 377 del Código Civil: bien porque al ser idéntico, e incomparable por tanto, el poder atrayente de los suelos, han de aplicarse los criterios supletorios de valor y volumen de esa norma, o bien, porque de resultar calculable o graduable tal poder del suelo, la única forma de medirlo, de averiguar qué suelo tiene mayor *vis atractiva* que el otro es, precisamente, acudiendo al artículo 377 del Código Civil. Todos los caminos conducen a esta norma:

Como primer criterio decisivo, el artículo 377 del Código Civil otorga la calidad de principal entre dos cosas autónomas a la de mayor valor. Dada la amplitud de la norma en su redacción bien puede entenderse aquí el valor en sentido también amplio, comprendiendo dentro del económico, no solo el valor en cambio (de venta, de garantía...), sino también el valor de uso (en cuanto estricto uso, o de obtención de frutos, de edificabilidad...). Y si ambos suelos, invasor e invadido, son de igual valor, como segundo criterio, supletorio del

(102) En efecto, suele ser afirmación común la de la posible interpretación flexible de los artículos 376 y 377 del Código Civil por la racionalidad que contienen: PÉREZ GONZÁLEZ, P. y ALGUER, J., en Wolf, III-1.º, pág. 485; y, siguiéndoles, PUIG PEÑA, F. (III-1.º, pág. 173, nota 36); ALONSO PÉREZ, M. (pág. 441); y TORRES LANA, J. A. (en CC, Albácar, págs. 227 y 228).

anterior, el artículo 377 del Código Civil confiere la condición de principal entre dos cosas de igual consistencia y valor a la de mayor volumen, que naturalmente antes habrá influido en el cálculo de aquel valor. *Major pars trahit ad se minorem*. Tratándose de inmuebles no es banal cuestión la del tamaño (volumen de edificabilidad...) (103). Por su aptitud expansiva y atractiva, en sentido vertical hacia arriba y hacia abajo (art. 350 CC), para comparar el volumen de los suelos, no solo han de medirse los m² de superficie, sino la propia posibilidad de extensión tridimensional, de m³, según permita al respecto la legislación.

Muy a su propósito, en la valoración y medición de los dos suelos en tensión, no solo habrá que comparar los suelos física o materialmente ocupados por el edificio en su superficie, vuelo o subsuelo, sino toda la extensión —terrenal, sobreelevada o subterránea— del suelo potencialmente accesible, esto es, adquirible por accesión en caso de que dicho suelo sea atraído por el del vecino. Así, v.gr., en la comparación de suelos habrá que tener en cuenta como posible suelo accesible el que deba ser limitado porque el edificio construido tenga, en su frente invasor, ventanas y balcones para luces y vistas (cfr. art. 585 CC), o la posible servidumbre forzosa de paso que haya de ser concedida...; así hasta el punto de que cabría incluso que el suelo invadido solo en parte de su extensión deba ser comparado en su totalidad con el suelo invasor si de operar a favor de este la accesión, la parte que quedara libre de aquel fuese económicamente inservible, siendo por ello indivisible, imposible su segregación (como sucedió en el caso de la STS de 27 de enero de 2000 (104). El valor y, en su caso, el volumen de los dos suelos en pugna y a contrastar han de ser, en fin, los potencialmente adquiribles por accesión.

De esta forma, en síntesis expuesta (105), queda solucionado el caso de las construcciones extralimitadas sin invertir, ni suprimir, el principio *superficies solo cedit*.

(103) No parece, sin embargo, que deban valorarse aquí la pérdida de edificabilidad, el posible coste de demolición del edificio... o, en general, la pérdida de valor que pueda experimentar *a posteriori* el suelo accesorio accesible, el que tras la accesión quede como restante y libre para su dueño (como, en cambio, cree MOLL DE ALBA, C., pág. 260). No es desmerecer en absoluto esta posible desvalorización; lo será oportunamente como posible daño o perjuicio indemnizable una vez producida la accesión, esto es, una vez comprobado qué suelo es el principal; pero no será un valor —o desvalor, a decir verdad— a observar en la comprobación de qué suelo es el principal por ser de mayor valor.

(104) Y se prevé en los artículos 542-7.1.b) y 542-9.2 del Código Civil catalán, como acierto según MARSALL GUILLAMET (pág. 468).

(105) Y que, con todo lo demás, puede verse íntegra y detalladamente desarrollada en nuestra obra *La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (Una revisión crítica de la accesión invertida)*, Madrid, 2009.

CONCLUSIONES

- I. Solo nuestro Código Civil ha sabido reflejar adecuadamente la máxima *superficies solo cedit* en su natural ámbito de aplicación —el de la accesión— en su artículo 358, que respetuosamente con la tradición jurídico-romana, y originalmente frente a otros Códigos, dice: «*Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos —¡ajenos, dice!—, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*».
- II. No obstante su milenaria tradición, el principio *superficies solo cedit* ha sido recientemente aniquilado en materia de accesión inmobiliaria en el Código Civil catalán, donde aquel principio ha cedido ante el más general de *accessorium sequitur principale*, determinándose la principalidad o la accesoriedad directamente por el valor de la obra comparado con el del suelo invadido.
- III. Aun sin negarle originalidad, no ha hecho el Código Civil catalán con tal eliminación sino llevar hasta sus últimas consecuencias, para toda accesión inmobiliaria, lo que ya nuestra jurisprudencia y doctrina comunes hicieron hace más de medio siglo para resolver el caso, no contemplado en el Código Civil español, de las construcciones extralimitadas (en suelo en parte propio y en parte ajeno) con la tesis de la accesión —precisamente llamada— invertida. Sabiendo que el principio *superficies solo cedit* es concreción del más genérico principio *accessorium sequitur principale*, y creyendo que ambos se fundan, tratándose de inmuebles, en el mayor valor económico del suelo que el de lo que sobre él se construya o se plante, se concluye que cuando la obra está a caballo entre dos suelos: si el valor económico de esa obra resulta mayor que el del suelo ajeno parcialmente ocupado habrá de concluirse que lo principal es aquella obra y que lo accesorio es el suelo ajeno invadido. De este modo queda invertida la fórmula *superficies solo cedit*.
- IV. En tal aniquilación e inversión subyace más radicalmente una crítica al axioma *superficies solo cedit* al que se estima hace tiempo ya como anacrónico por entender que hoy carece de fundamento al no ser normalmente el valor del suelo superior al del edificio sobre él construido.
- V. En nuestra opinión, al tratarse de una cuestión puramente económica, el valor del suelo y el de las construcciones siempre dependerán de la libre competencia y de la oferta y la demanda. Esta contingencia o relatividad en el valor de las cosas exige, por razones de seguridad y de prudencia, que dicho factor, si bien pueda servir como criterio

accesorio, supletorio, no sea el criterio cardinal para determinar qué es lo principal y qué lo accesorio (como así sucede, *a.e.*, en materia de accesión mobiliaria, cfr. arts. 376 y 377 CC).

- VI. Secundarias también son, como supuestamente justificativas del principio *superficies solo cedit*, la aversión a la copropiedad, siempre *mater discordiarum*, y a la separación entre suelo y superficie, a la desmembración, en fin, de la propiedad; o la protección de la riqueza y el ornato de las ciudades, que se consigue evitando la destrucción de las edificaciones, según se decía en el Digesto o luego en nuestras Partidas.
- VII. En nuestra opinión, siendo la regla de que la superficie cede al suelo manifestación o concreción, a modo de aplicación, de la más amplia de que lo accesorio sigue a lo principal, no hay nada más simple que concluir que tanto esta como aquella tienen un idéntico fundamento lógico, meta-jurídico, casi natural. Porque cuando dos cosas de diverso dueño se unen inseparablemente, o de modo indivisible, es porque una se une o incorpora a la otra, siendo la incorporada precisamente la accesorio porque no puede subsistir independientemente, y resultando como principal aquella que puede existir independientemente y que ejerce hacia la otra una fuerza atractiva que la hace dependiente de ella.
- VIII. Conforme a esa razón natural del principio de accesoriedad que rige en toda accesión, en la inmobiliaria el suelo es cosa principal, al menos frente a lo que se construya en él, por ser independiente, por poder existir por sí solo, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse. El edificio se une, se incorpora al suelo, no al revés, convirtiéndose aquel en inmueble por su incorporación al suelo, por ser el suelo el que ejerce hacia sí un poder de atracción, no a la inversa.
- IX. Aceptado con tal fundamento el principio *superficies solo cedit*, y sabiendo, por tanto, que siempre el suelo es el elemento principal, y el edificio el accesorio, para resolver el problema de las construcciones extralimitadas no hay que volver a dicha regla, nada añadiría en particular, ya sea aplicándola directa o inversamente. Al haber en las construcciones extralimitadas dos suelos, uno el ajeno invadido y el otro propio del constructor invasor, concurren dos fuerzas atrayentes opuestas entre sí; los dos suelos atraen para sí una determinada parte de idéntica superficie, de igual obra. Comparándolos entre sí, hay que averiguar cuál de ambos suelos es el vencedor, cuál es el principal por poseer mayor poder de atracción, con el consiguiente arrastre del elemento por excelencia accesorio: el edificio construido a caballo sobre ambos suelos.

- X. A fin de determinar la principalidad o accesoriedad de uno u otro suelo, sin necesidad de atender al aforismo *superficies solo cedit*, menos aún para invertirlo, basta con acudir al principio general básico que rige en toda accesión y del que precisamente aquel es manifestación. De nuevo, el principio *accessorium cedit principali*. Mediante una interpretación lógica, en su método, y extensiva por su resultado, de los artículos 376 y 377 del Código Civil cabría determinar de entre dos suelos cuál es el principal y cuál el accesorio según los criterios —ordenados jerárquicamente— de mayor valor o, en su caso, volumen.

BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA, AMÉN DE LA MANUALÍSTICA, PATRIA Y EXTRANJERA)

- AGÚNDEZ, A.: «Accesión por extralimitación de edificaciones», en *RDJudicial*, 1963, págs. 76-96.
- ALONSO PÉREZ, M.: *Comentarios al Código Civil*, T. V-1.º (arts. 333-381), dir.: M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 2.ª ed., 1990.
- BERLIRI, L. V.: «Obbiezioni al dogma “superficies solo cedit” nel diritto odierno», en *Temi Emiliana*, 1932-II, págs. 1-61.
- BONET BONET, F. V.: «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en *RGLJ*, 1971, págs. 103-128.
- 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.
- «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *RDP*, 1996, págs. 886-912.
- CUSI ESCOFET, W.: «Accesión industrial. Derecho de retención. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1969», en *RJC*, 1970, págs. 323-338.
- DELL'AQUILA, E.: *L'acquisto della proprietà per accessione, unione, commistione e specificazione*, Milán, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, 1966, págs. 829-861.
- GARRIDO PALMA, V. M.: «¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, págs. 89-164.
- GORLA, G.: «L'accessione nel Diritto Civile italiano (contributo alla dottrina dei modi d'acquisto Della proprietà)», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931, págs. 87-162.
- GOUBEAUX, G.: *La règle de l'accessoire en Droit Privé*, París, 1969.
- HERNÁNDEZ CRESPO, C.: «La accesión invertida», en *RCDI*, 1972, págs. 729-765.
- LEVIE, P.: *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Louvain, 1951.
- MARTY, J. P.: *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution a l'étude de droit de superficie*, París, 1979.

- MOLL DE ALBA LACUVE, C.: *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, 2004.
- MONTEL, A., voz: «Accessione (Diritto Civile)», en *NssDI*, págs. 132-138.
- NÚÑEZ BOLUDA, M. D.: *La accesión en las edificaciones*, con prólogo de M. ALBALA-DEJO GARCÍA, Barcelona, 1994.
- NUTI, G.: «Accessio, datio, translatio materiae», en *Riv. Dir. Priv.*, 1940, págs. 289-329.
- OROSA ROLDÁN, M. A.: «Accesión invertida», en *La Ley*, 1985-2, págs. 1270-1286.
- PARADISO, M.: *L'accessione al suolo: artt. 934-938*, Milán, 1994.
- PASQUALI, G., voz: «Accessione (Dir. di)», en *DI*, págs. 286-322.
- PLANCQUEEL, A.: en *Juris-Classeur Périodique*, 1960, 171, y 1970, 11.
- POU DE AVILÉS, J. M.: «L'accessió invertida. Nous horitzons (Discurs d'ingrés)», en *RJC*, 1991, págs. 475-499.
- RAMOS GONZÁLEZ, J. M.: «La accesión invertida: su problemática en el Derecho científico y positivo», en *BIMJ*, 1974, págs. 3-8.
- «La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código Civil, Derecho científico y legislación catalana», en *RJC*, 1977, págs. 353-377.
- RIERA AISA, L., voz: «Edificación», en *NEJ*, T. VIII, págs. 49-59.
- SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Edificación en suelo ajeno: sus problemas*, en Curso de Conferencias organizado por el Ilmo. Colegio de Notarios de Valencia, Valencia, 1947, págs. 111-213.
- TRAVIESAS, M.: «Ocupación, accesión y especificación», en *RDP*, 1919, págs. 289-303.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 31 de mayo de 1949 (*RJ* 1949, 721).
- STS de 17 de junio de 1961 (*RJ* 1961, 2728).
- STS de 26 de febrero de 1971 (*RJ* 1971, 1044).
- STS de 23 de octubre de 1973 (*RJ* 1973, 3805).
- STS de 3 de marzo de 1978 (*RJ* 1978, 953).
- STS de 6 de mayo de 1978 (*RJ* 1978, 1815).
- STS de 1 de febrero de 1979 (*RJ* 1979, 420).
- STS de 28 de abril de 1980 (*RJ* 1980, 1564).
- STS de 10 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4742).
- STS de 15 de junio de 1981 (*RJ* 1981, 2524).
- STS de 30 de noviembre de 1981 (*RJ* 1981, 4682).
- STS de 29 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3442).
- STS de 1 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4750).
- STS de 11 de marzo de 1985 (*RJ* 1985, 1137).
- STS de 23 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1277).
- STS de 19 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3180).
- STS de 9 de febrero de 1991 (*RJ* 1991, 1160).
- STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 1991 (*RJ* 1992, 3905).

STS de 23 de julio de 1991 (RJ 1991, 5416).
STS de 11 de junio de 1993 (RJ 1993, 5409).
STS de 29 de julio de 1994 (RJ 1994, 6305).
STS de 25 de abril de 1995 (RJ 1995, 3548).
STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2584).
STSJ de Cataluña, de 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 10052).
STS de 19 de julio de 1999 (RJ 1999, 6086).
STS de 27 de enero de 2000 (RJ 2000, 126).
STS de 14 de marzo de 2001 (RJ 2001, 5976).
STS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10171).
STSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1039).
STS de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6883).
STS de 28 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 239).
STS de 16 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9342).
STS de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 8227).

RESUMEN

ACCESIÓN PROPIEDAD

Frente a la inversión, primero, del principio superficies solo cedit realizada por nuestra jurisprudencia para solucionar el caso de las construcciones extralimitadas, y frente a su aniquilación gestada, recientemente, por el Código Civil catalán para toda accesión inmobiliaria en general, se pretende en este trabajo reafirmar aquella máxima como principio general del Derecho. Porque lejos de tener, como se pretende desde aquella inversión y eliminación, una justificación económica (fundada en el mayor valor pecuniario del suelo sobre la construcción), que la podría convertir hoy en regla anacrónica, muy al contrario, que la superficie cede al suelo sea una regla arraigada desde hace siglos en el Derecho obedece a su fundamento lógico y natural, como es que el suelo sea cosa independiente, que puede existir por sí sola, mientras que no cabe edificio sin suelo en que apoyarse, en que sostenerse, siendo tal la fuerza natural de atracción que ejerce

ABSTRACT

ACCESSION OWNERSHIP

Our case-law has turned the principle of superficies solo cedit upside-down to solve the case of constructions that exceed their proper limits. Also, the Catalan Civil Code recently eliminated that same principle for all accessions to real property in general. This paper, to the contrary, seeks to reaffirm superficies solo cedit as the general legal rule. In the inversion and elimination of the principle, it was claimed that superficies solo cedit is based on economic grounds, founded on the idea that land is worth more than any construction, thus making it an anachronistic rule today. But that is not so. «The surface yields to the ground» has been a rule so deeply rooted in law for centuries because of its logical, natural foundation: Land is an independent thing that can exist alone, while no building can be raised without land upon which to rest, to stand. The natural force of attraction the land exerts (and which forms the backbone of

el suelo, y a que responde el principio superficies solo cedit, que el edificio se une, convirtiéndose así en inmueble —por su incorporación al suelo—.

Debiéndose, pues, conservar el principio superficies solo cedit en cualquier caso de accesión inmobiliaria, para resolver el de las construcciones extralimitadas, sin embargo, no hay que volver a dicha regla, pues en tal conflicto hay una lucha entre dos suelos, uno el ajeno invadido y el otro propio del constructor invasor, que atraen para sí una determinada parte de idéntica superficie, de igual obra. Comparándolos entre sí, habrá que averiguar cuál de ambos suelos es el vencedor; cuál es el principal por poseer mayor poder de atracción, según su mayor valor o, en su caso, volumen.

the rule of superficies solo cedit) is so strong that the building is united with it, thus becoming immovable, by its addition to the land.

While, then, the principle of superficies solo cedit must be preserved in any case of accession to real property to settle cases of constructions that exceed their proper limits, the rule should not however be reinstated as such. In such conflicts, there is a struggle between two areas. One is the invaded third-party land, and the other belongs to the invading building. Each attracts to itself a certain portion of the same surface, a certain portion of the same construction. The two must be compared to find the winner, which will be the principal area because it possesses the greater power of attraction, due to its greater value or its greater volume, as the case may be.

Trabajo recibido el 28-9-2010 y aceptado para su publicación el 15-9-2011)