

ACADEMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

L'ACCESSIÓ INVERTIDA NOUS HORITZONS

DISCURS D'INGRÉS
de l'acadèmic de número
DR. JOSEP M.^a POU DE AVILÉS

i

CONTESTACIÓ
de l'acadèmic
DR. JOSEP JOAN PINTÓ I RUIZ

10 de desembre de 1990

BARCELONA
MCMXC

DISCURS D'INGRÉS
de l'acadèmic de número
DR. JOSEP M.^a POU DE AVILÉS

Sr. President,
Srs. Acadèmics,
Senyores,
Senyors:

En primer lloc, vull fer constar el meu agraïment per la defèrencia que m'ha mostrat aquesta docta Acadèmia en haver-me'n designat membre.

La total dedicació al Dret en la meva vida professional m'ha aportat, com segurament poques altres activitats reporten, moments molt gratificants, i aquest n'és sens dubte un dels més importants.

Ésser elegit entre els qui també han prodigat dedicació i esforç és en tot cas un honor que agraeixo sincerament a aquesta Corporació.

Farem una breu semblança en honor i memòria del meu predecessor, un gran jurista, el senyor Carles Obiols i Taberner.

La referència al predecessor és sempre una referència a les seves virtuts; malgrat això, parlar de les virtuts de Carles Obiols no serà caure en el tòpic, sinó senzillament parlar d'una trajectòria exemplar.

En la seva vessant personal no es pot definir millor ni més breument de com ho va fer Jordana i Besolí: Obiols era l'home més just.

D. Carles Obiols i Taberner, home dedicat plenament al servei del Dret i la Justícia, ingressà a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació el 7 de febrer de 1964. Fou membre de la Comissió encarregada de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, l'any 1960. Vaig tenir l'honor de collaborar en repetides ocasions amb ell donat el meu càrrec de membre i secretari d'aquesta.

Va ésser distingit amb la Creu d'Honor i posteriorment amb la Gran Creu i Collar de Sant Raimon de Penyafort, màxima condecoració d'aquest ordre per a juristes, així com la Medalla d'Or de Santa Coloma de Farners.

Si ens referíssim a les fites que durant la seva vida anà assolint, des del seu començament al jutjat de Sort, després President de l'Audiència Provincial de Girona i, més tard, President de l'Audiència Territorial de Barcelona, amb categoria de Magistrat del Tribunal Suprem, l'exposició seria interminable.

La seva inquietud jurídica i el seu afany de justícia han quedat plasmats en gran nombre de treballs publicats, i en tantes sentències publicades i comentades elogiosament pels juristes.

Hem de destacar, entre molts d'altres, «Selección de textos del Corpus Iuris Civilis», «Sobre el derecho Romano y Justiniano Legislador», «La Justicia Penal en Andorra».

Durant vint-i-quatre anys fou Jutge Delegat del Jutge d'Apel·lacions d'Andorra, càrrec que exercí brillantment. La seva obra «La Jurisprudència Civil Andorrana» és un autèntic tractat sobre el Dret del Principat.

El reconeixement de la seva grandesa jurídica i personal per part de tots és públic i notori.

Desitjaria que la meva aportació a l'Acadèmia que avui m'acull fos acceptada com un senzill homenatge al meu illustre predecessor.

L'ACCESSIÓ INVERTIDA: NOUS HORITZONS

I

ACCESSIÓ I PRINCIPI «SUPERFICIES SOLO CEDIT»

No hi ha dubte que la infraestructura econòmica influeix en l'ordenació jurídica dels drets.

El dret de propietat, que té un contingut econòmic, s'organitza i es regula en relació amb el sistema jurídic que la sotmet i la condiciona. Les normes ordenadores són influïdes per la realitat social, tant en la seva formulació com en la seva interpretació; la realitat social és l'expressió crítica, que preveu la modificació legislativa.

El professional del Dret, per la seva decisiva intervenció en l'aplicació de l'ordenament jurídic, busca el sentit de les normes i les subsumeix en els supòsits de fet que reclamen la seva aplicació.

Actualment, l'essencial dret de domini, o propietat, que el nostre Codi Civil recull al seu article 348 com: «La propietat és el dret de gaudir i disposar d'una cosa, sense cap altres limitacions que les establertes a les lleis», origina problemes decisius quant a la seva extensió i els seus límits, essent objecte d'aquest discurs l'accessió invertida, i més específicament quan aquesta es relaciona amb la servitud de llums i vistes.

A les àrees totalment urbanitzades són menys freqüents els casos d'accessió invertida, però, davant de la important expansió edificadora, unida a l'escassetat de sòl urbà, sorgeix amb relativa freqüència l'extralimitació de l'edificació, amb bona fe més o menys real o apparent.

La situació s'agreua amb el fet que en ocasions es desconeix la superfície real d'un terreny o solar, ja que el nostre sistema de registre de la propietat no garanteix l'existència física, o l'exacta concordança de la descripció de l'objecte inscrit amb la realitat.

La imprecisió de les llindes topogràfiques, o la seva expressió genèrica, especialment en la descripció de grans finques inscrites des de fa unes quantes dècades, dóna lloc amb certa freqüència a inscripcions de porcions segregades que, en la realitat, no tenen les dimensions descrites i de vegades ni tan sols existeixen. Són situacions que soLEN sorgir de segregacions que esgoten abans la dimensió real o de fet que la registral inscrita. La mecànica registral no prova per si mateixa la realitat d'unes llindes o l'extensió de les finques. Sense una prova eficaç de la realitat, la possible absorció d'una finca per una altra no provoca tan sols un problema de doble immatriculació, sinó, que, per a l'essencial correcció del Registre, se sol acudir a una acció d'atermenament o a una acció reivindicatòria, que en la pràctica originen greus problemes, amb especial relació dels actuals d'extralimitació en edificar.

El Codi Civil, quan regula l'accésio de béns mobles, assenyala clarament la normativa. L'article 375 ja estableix: «Quan dues coses mobles que pertanyen a amos distints s'uneixen de tal manera que n'arriben a formar una de sola sensé que intervengui mala fe, el propietari de la principal adquireix l'accessòria i indemnitzarà del valor l'amo anterior.» L'article següent assenyala quina és la principal entre les dues coses incorporades, essent aquella a la qual s'ha unit l'altra com a ornament, o per al seu ús i perfecció; i si això no és possible l'article 377 assenyala com a principal l'objecte de més valor, i, si aquest és igual, el de major volum. Els diferents supòsits es regulen amb detall als articles 378, 379, 380, 381 i 382. En relació amb els béns immobles no conté cap norma específica que resolgui sobre el caràcter de quin és el principal i quin és l'accessori.

Tot i que el principi general observat pel nostre Tribunal Suprem és que el sòl és el principal i allò que hi ha edificat, plantat o sembrat és l'accessori, no sempre fa una aplicació d'aquest principi i en algunes hipòtesis, especialment en parlar d'edificis, atribueix la qualitat de principal a l'edifici unit en part al sòl de l'edificant, especialment si l'edificació és indivisible i el seu import o valor és superior al del sòl envaït de bona fe.

En aquest cas, el T. S. reconeix el dret a adquirir la part del terreny ocupat en la invasió mitjançant el pagament del seu preu a l'amo respectiu perquè ho imposa una evident raó d'equitat.

El problema que origina l'edificació extralimitada respecte del sòl de què disposa o frueix l'edificant no té cap normativa legal per a la seva resolució i veiem que el T. S. ho resol donant qualitat de principal en consideració a diferents factors que poden ser el valor econòmic del que s'ha incorporat, l'interès social, la necessitat satisfeta, etc.

Sovint l'extralimitació sol produir-se per invasió de l'edificat sobre sòl aliè, però de vegades no es tracta d'edificis construïts en part sobre sòl aliè (construcció extralimitada) sinó en sòl propi però amb unes característiques que suposen la transgressió dels drets dominicals del veí, per voladissos, obertures o, en general, no respectar les distàncies intermèdies que han de quedar entre dues finques. Més endavant raonarem la nostra postura sobre aquest aspecte de l'extralimitació.

És un aspecte molt important del problema, que ens obligarà a assenyalar en aquest discurs l'aspecte més ampli i genèric d'extralimitar-se constraint i el més específic del possible ús d'una servitud de llums o vistes no adquirida ni preexistent.

II

PRECEDENTS LEGISLATIUS. REGULACIÓ EN EL CODI CIVIL I LA COMPILACIÓ CATALANA

El principi rector és des de l'antiguitat que «l'accessori segueix el principal». És a dir, que quan dues coses s'uneixen de manera que formen una sola i única totalitat, que són, per tant, indivisibles, i l'una és considerada com a cosa principal i l'altra com a cosa accessòria, el propietari de la principal esdevé amo de l'accessòria. I com a conseqüència d'aital principi, si allò que s'uneix o incorpora al sòl aliè és una edificació, plantació o sembrat, l'accessori és sempre això darrer en relació amb el sòl. Per tant el propietari del sòl adquireix allò que s'hi incorpora o uneix. *Superficies solo cedit*, en definitiva. L'incorporant, com a molt, té dret a una indemnització per l'incorporat.

A la nostra normativa el principi general que el sòl és el principal, té el seu origen històric en el Dret Romà, que ja es va enfocar amb el Germànic, en el qual no regia el principi d'accessió sinó el principi del treball: era propietari de la construcció aquell que l'havia construït o edificat.

El concepte d'edificació s'estima referit a les obres i igualment a tota activitat per la qual s'incorpora de manera fixa i permanent una nova instal·lació, que pot ser allò que en sentit vulgar coneixem com a edifici, com a construcció de fàbrica feta per a habitatge, usos industrials, comercials o anàlegs, amb materials sòlids i durables; però que pot ser també qualsevol altra instal·lació, encara que la seva finalitat no sigui aquella. Es podria dir que edificació és igual a construcció de tota mena adherida al sòl, de manera que queden excloses d'aquest concepte les instal·lacions provisionals que no s'incorporen definitivament i fixament al sòl.

No hi ha acord en la doctrina sobre si les regles de l'accessió exigeixen que l'edificació sigui originària, en el sentit de nova, però el Codi en el seu article 359 parla de «totes les obres, sembres i plantacions es presumeixen fetes pel

proprietari i a costa seva, mentre no es provi el contrari», sense fer cap distinció entre obra nova i la possible reedificació, reparació o ampliació d'una altra ja existent; i també s'ha discutit si el sòl al damunt del qual s'ha d'efectuar l'edificació ha de ser la superfície terrestre o bé l'últim pis d'un edifici, havent-hi una jurisprudència iniciada amb la sentència de 15 d'octubre de 1962, que va aplicar l'article 361 i estimà la bona fe en la construcció d'un pis sobre l'últim de l'edifici ja construït.

El nostre Codi Civil recull la regla *superficies solo cedit* clarament a l'article 358, quan diu, com una derivació del principi contingut a l'article 350, segons el qual «El propietari d'un terreny n'és l'amo de la superfície i d'allò que hi ha a sota, i pot fer-hi les obres, plantacions i excavacions que li convinguin, salvades les servituds, i amb subjecció a allò disposat a les lleis sobre Mines i Aigües i en els reglaments de policia», completant en l'essencial l'article 359 en el sentit que «totes les obres, sembres i plantacions es presumeixen fetes pel propietari i a costa seva, mentre no es provi al contrari», així com l'article 361, que estableix: «L'amo del terreny en què s'edifiqués, sembrés o es plantés de bona fe tindrà dret a fer seva l'obra, sembra o plantació, amb la indemnització prèvia establerta als articles 453 i 454, o a obligar el qui hi va fabricar o hi va plantar a pagar-li el preu del terreny, i al qui hi va sembrar, la renda corresponent.»

Això no obstant, en algunes aplicacions concretes, es desvia d'aquest principi general. Així, l'antic article 1.404, apartat 2.^º, del Codi Civil deia que «se-
ran a guanys... els edificis construïts durant el matrimoni en sòl propi d'un dels
cònjuges, abonant-se el valor al cònjuge al qual pertanyi.»

Aquest criteri, que era una derogació del principi general de *superficies solo cedit*, era l'única excepció al principi de l'article 358 del Codi Civil i es fonamentava en la protecció de la societat familiar, en augmentar el rendiment econòmic d'un solar, improductiu sense l'edificació.

Malgrat tot, aquest precepte no ha estat mantingut en la reforma de 1981, en establir l'art. 1.359 en el seu paràgraf primer que «les edificacions, les plantacions i qualssevol altres millores que es realitzin en els béns a guanys i en els privatis tindran el caràcter corresponent als bens que afectin, sense perjudici del reemborsament del valor satisfet.» Així doncs, la reforma portada a terme per la Llei 11/1981 de 13 de maig ha eliminat en la societat a guanys la figura de l'accessió invertida. Així la sentència del T. S. de 14 d'octubre de 1982 diu que «l'edificació amb diner a guanys en sòl propi d'un dels cònjuges era un problema resolt per l'article 1.404, paràgraf segon, del Codi Civil, en el sentit d'apartar-se de les regles de l'accessió... a diferència d'allò que s'estableix per al nou règim econòmic matrimonial, ja que l'article 1.359, paràgraf 1.^{er}, manté el principi ordinari d'accessió.»

Aquesta reforma ens sembla un pas enrera en el camí de l'accessió inverti-

da. És un obstacle a l'aplicació de l'equitativa doctrina del T. S. en ordre a la valoració del que en cada cas és accessori o principal.

L'accessió a Catalunya ha seguit les disposicions del Dret Romà aplicant el principi *superficies solo cedit*, però amb una matisació important que procedeix de l'«usatge» denominat *si quis in alieno*, que amb algunes variacions d'estil però substancialment amb el mateix contingut és recollit al 278 de la vigent Complació del Dret Civil de Catalunya.

«El qui de bona fe hagi edificat, sembrat, plantat o romput en sòl d'altri podrà retenir l'edificació, la plantació o el conreu fins que l'amo reintegri, fianci o consigni judicialment el preu dels materials, llavors o plantes i dels jornals dels operaris, en la quantia que declarí aquell que en pretengui la retenció, sense perjudici de les comprovacions posteriors. Aquell qui en edificar, sembrar, plantar o rompre hagi obrat de mala fe perdrà a favor de l'amo del sòl l'edificació, la plantació o el conreu.»

El qui de bona fe s'ha extralimitat en la seva esfera de domini, malgrat que l'ordenament català no preveu el mecanisme de l'accessió invertida, allò que li atorga és un dret de retenció fins que se li reintegri o fianci en la quantia que ell determini «sense perjudici de les comprovacions posteriors», diu el 278.

Naturalment, caldrà provar que s'han realitzat les obres respecte a les quals es reclama la retenció o fiançament.

III

ANACRONISME DEL PRINCIPI «SUPERFICIES SOLO CEDIT».

ALLÒ PRINCIPAL NO ÉS NECESSÀRIAMENT LA TERRA

Una aplicació rígida dels principis *superficies solo cedit* i *accessorium sequitur principale*, donant caràcter de principal al sòl, és un anacronisme que pot conduir amb freqüència a resolucions d'injustícia notòria.

No es pot generalitzar la idea que la terra és sempre allò principal i el que s'hi ha construït al damunt l'accessori.

Aquesta regla ha de ser desterrada des d'un punt de vista de política legislativa articulant l'ordenament sobre aquesta matèria amb la base de dos criteris fonamentals: la bona o mala fe del que s'ha extralimitat en construir (element subjectiu que no sempre estarà exempt de dificultats i que ordinàriament és obviat aplicant la presumpció *iuris tantum* d'existència de bona fe), i la valoració de la relació accessori-principal, considerant l'interès social, la creació de riquesa i el valor econòmic del que s'incorpora.

Hem d'admetre que no sempre serà la finca l'element principal sinó que sovint serà funcionalment l'accessori.

L'article 358 consagra la primacia de la titularitat dominical del sòl sobre

la del vol i és una clara manifestació del principi romà *superficies solo cedit*. Principi que és refermat en establir l'article 359 la presumpció que «totes les obres, sembres i plantacions es presumeixen fetes pel propietari i a costa seva, mentre no es provi el contrari».

Encara que aquestes normes haguessin estat insuficients per resoldre amb caràcter general els supòsits de construccions en sòl aliè, el Codi mateix ha regulat aquesta situació en els articles 361 a 364, en els quals s'intenta conjugar el principi de caràcter absolut del predomini de la titularitat dominical del sòl amb la deguda protecció a la bona fe del constructor que construeix en terreny aliè ignorant aital situació. El Codi parteix de la idea que el titular de la superfície o sòl fa seu tot allò que s'uneix o incorpora per obra d'un tercer al sòl esmentat. Aquest criteri tracta, en definitiva, d'evitar les situacions de condonmini i que sobre un mateix terreny existeixin dos titulars o més.

Actualment enfront del principi de predomini dels drets del propietari, manifestats a través del principi *superficies solo cedit*, es proposa una nova regulació de la matèria que tingui el seu punt de partida en la valoració de la bona o mala fe de la persona i la relació entre l'accessori i el principal, entenent que, per regla general, el principal no ha de ser necessàriament la terra.

Ens trobem, cada dia més, immersos en una societat en què l'activitat econòmica se centra principalment en els sectors secundari i terciari. En aquesta situació la terra, és a dir la superfície, és fonamentalment un accessori —el suport de les construccions—. No és just que la creació de riquesa i utilitat social doni lloc a un dret de l'amo del sòl per adquirir-la, i encara menys quan ho ha realitzat un constructor de bona fe.

El principi *superficies solo cedit* es ve arrossegant des d'una legislació que es mostra més d'acord amb una societat predominantment agrària que no pas amb la realitat sòcio-econòmica actual.

Pensem en àrees de gran concentració urbana. L'aplicació del principi *superficies solo cedit* en les construccions de gratacels ens portaria a l'absurd de valorar més la superfície que l'edifici que l'ocupa, quan el valor de la construcció és extraordinàriament més important.

IV

EXTRALIMITACIÓ EN L'ÚS DE LES FACULTATS DEL DOMINI EN RELACIÓ AMB EL VOL

En aquest breu estudi no es tracta, solament, el problema de l'extralimitació material del domini sobre la superfície del predi veí, sinó de l'extralimitació en l'ús de les facultats del domini per a determinar qui causa un perjudici en usar-lo.

L'extralimitació pot ser en l'ús del domini, i no pas exclusivament per construcció en sòl aliè. Efectivament, la transgressió dels drets de propietat poden ser per ràfecs, obertures, no guardar les dimensions degudes en les distàncies intermèdies entre dues finques, en relació amb el vol, etc. És a dir, casos en què la transgressió no consisteix en una ocupació física del sòl del veí, sinó dels drets que té tot propietari tant en allò que comunament s'anomena vol com en allò que es troba en el subsòl.

La Compilació de Dret Civil Català, en tractar dels Drets Reals, regula les servituds de llums i vistes als seus articles 283, 284, 293, 295 i finalment al 344. Com a principi general assenyala el paràgraf primer de l'article 293 que «Ningú no podrà tenir vistes ni llums sobre el predi veí, si abans no mira sobre el propi, a menys de tenir constituida servitud a favor seu», i als paràgrafs segon i tercer determina les limitacions del dret de propietat en establir: «Hom no podrà afrontar amb la del veí, sense deixar al propi terreny una androna de l'amplària fixada per les Ordinacions o pels costums locals o, en llur defecte, d'un metre en quadre, almenys, comptant des de la paret o des de la línia més sortint si hi havia voladís». «Hom no podrà obrir tampoc finestra en paret contigua a la del veí, o que hi formi angle, si no és a una distància mínima de seixanta centímetres, comptats des de la línia d'unió d'ambdues parets.»

La legislació va estructurant successivament formes de propietat en raó de la natura dels objectes: propietat mobiliària, immobiliària, comercial, de l'empresa, agrària, forestal, urbana intel·lectual... La Llei del Sòl és com l'Estatut jurídic bàsic de la propietat urbana. El sòl, com a assentament de conglomerats humans, reclama una ordenació pròpia, ajustada a les seves exigències. El gran problema del nostre temps és el de l'habitatge i els seus derivats.

El Dret ha de resoldre la justa utilització de les coses per part de l'home.

La màxima romana *honeste vivere, alterum non laedere et ius suum cuique tribuere* pressuposa el respecte a les situacions i relacions justes. L'*alterum non laedere* ens imposa el deure de respectar qualsevol dret aliè. Ara bé, el problema de la responsabilitat o irresponsabilitat dels tercers és una qüestió de col·lisió de situacions o relacions jurídiques, en què moltes vegades cal sacrificar algun dels subjectes titulars d'algun dret derivat de la seva posició respectiva.

Tot això ens dóna un entorn que és obligat tenir en compte per resoldre situacions mitjançant l'accésio invertida, especialment en l'àbast i límits de l'exercici de les facultats dominicals.

De l'accésio invertida es deriva la legalització d'una construcció extralimitada tot valorant en equitat què és l'accessori i què el principal basant-se en criteris que vulneren el principi *superficies solo cedit*.

Però aquest principi s'ha de vulnerar no tan sols en supòsits d'extralimitació en la construcció, sinó també en supòsits on de l'extralimitació resulta en potència la constitució de servituds de llums i vistes, i de vol.

La situació de veïnatge entre immobles origina la possibilitat de disposar o no de llums i vistes; les normes urbanístiques els preveuen i regulen; de vegades ho intenten obviar amb solucions tangencials, com ara la utilització de materials translúcids.

L'ús de materials translúcids que poden proporcionar llum a una paret, però deixant-la completament tancada, es relaciona força amb la servitud de llums i vistes sense que s'hagin de respectar necessàriament les limitacions dels articles 581 i 582 del Codi Civil.

Normalment s'aprecia que en aquest supòsit no es pot parlar de servitud, perquè la presa de llum a través de murs translúcids s'opera sempre *iure propietatis* i, alhora, no hi concorre el requisit objectiu establert als articles 580 i 582 del Codi Civil i al 293 de la Compilació relatiu a les distàncies respecte a la finca contigua.

Ja hem dit en un altre lloc (vegeu Manresa, *Comentarios al C. C. español*, v. IV, 7.^a edició revisada per J. M. Pou de Avilés, Reus S.A., Madrid, 1972, pàg. 977 i ss.) que aquesta tesi va ser confirmada en tots els seus termes per la sentència de 17 de febrer de 1968.

L'esmentada sentència es planteja el problema expressat de si el material translúcid que la moderna tècnica de la construcció utilitza, cada cop en una proporció més gran, com a element de tancament, es troba sotmès o no a les limitacions dels articles 581 i 582 del Codi Civil. Així doncs, la sentència referida ens diu que aquestes tècniques modernes, com que no es poden equiparar a l'obertura de finestres ni de forats, no es troben compreses dins els termes literals dels articles 581 i 582 esmentats, ni tampoc en el seu esperit, ja que la utilització d'aquests materials no es fa exclusivament amb fins de llum, sinó d'ornament o resistència, que es tradueix, en definitiva, en bellesa i seguretat per a l'edifici, per la qual cosa aquest progrés, en no estar comprès en la regulació del Codi Civil sobre aquestes relacions de veïnatge, constitueix una llacuna legal, i per tal de resoldre-la cal tenir en compte que la propietat no pot arribar més enllà del que determina el respecte al veí, raó per la qual en la lluita entre dues situacions veïnals prevaldrà la que es fonamenta en l'interès social si la vida íntima familiar del veí no s'inquieta, i per això serà en cada cas concret la situació fàctica la determinant de la resolució procedent.

El problema de l'extralimitació en el seu aspecte general es continua produint sense que l'hagi afectat l'evolució en el temps. En gran part avui es veu influït a les ciutats per l'urbanisme que concreta i limita les facultats de l'amo i fa decaure el principi romanista *superficies solo cedit*. Avui en dia el sòl posseeix només un valor instrumental; és un simple element de radicació o localització. Això és perfectament clar pel que fa a les construccions o edificacions destinades a habitatges, a usos industrials, a instal·lacions recreatives o de qualsevol altre tipus d'activitat anàloga. També és clar pel que fa al sòl rústic. El sòl rús-

tic és només un punt de localització d'una empresa agrària. Si això és així, hem d'admetre dues coses que semblen extraordinàriament importants. La primera és que el sòl no és el valor fonamental i el que ha de tenir *vis atractiva*, sinó la capacitat de crear riquesa al damunt seu.

En segon lloc, el fet que un sòl determinat sigui un punt òptim o un punt avantatjós per a la radicació d'una empresa social de qualsevol tipus no és mai una obra exclusivament individual, sinó que pot transcendir al pla collectiu.

Això no obstant, la valoració de la funció social de la propietat, i de l'estimació econòmic-social del treball, no origina *per se* la constitució de servituds, sense que això impedeixi establir-les per pacte.

V

LA POSICIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA DAVANT L'ACCESSIÓ INVERTIDA

La important sentència del T.S. de 31 de maig de 1949, canviant l'orientació de la de 12 de desembre de 1908, que va estimar aplicable en tota l'extensió l'article 361 del Codi Civil soluciona la qüestió de la construcció extralimitada, de conformitat amb la moderna doctrina científica a favor de l'edificant quan la importància i el valor d'allò edificat excedeixin els de la porció de sòl aliè envaït de bona fe.

Efectivament, aquesta sentència exposa que:

«a) Descansan las doctrinas científica y legal de la accesión en la existencia de una cosa que ha de tenerse por principal y de otra accesoria que al unírsele forma con ella una individualidad, por lo que al merecer el suelo la primera de las expresadas cualidades ha de ceder a él cuanto a su superficie se incorpore, de lo que es consecuencia la adquisición por el dueño del suelo del derecho a la propiedad de lo incorporado, según declara el artículo 353, y el de optar por hacerlo suyo pagando su valor, como dispone el 361; mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo, porque cuando esto sucede y lo construido constituye con aquél una unidad inseparable por no poderse hacer, como previenen los artículos 334 y 360 del Código Civil, su división sin menoscabo, la accesión no se consuma con arreglo al principio aspirador del artículo antes citado y del 358, por falta de base necesaria para su aplicación, ya que son distintos los dueños del suelo del edificio sobre él levantado.

»b) Este problema, creado al exceder el edificio de los límites de su suelo propio, resuelto con criterios diversos que buscan la equidad en sus soluciones positivas en algunas legislaciones extranjeras, no lo está por preceptos expresos

en el ordenamiento sustantivo español ni por la jurisprudencia, aunque es de notar que la sentencia de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificador de buena fe el derecho de hacer suyo el suelo invadido por lo edificado, con extralimitación, mediante el pago de su precio; y ante esta falta de preceptos positivos exactamente aplicables habrá la misma de ser suplida, cuando no lo está por la costumbre, por los principios generales del Derecho, según lo exige el parrafo 2.^º del Art. 6.^º del Código Civil.

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

La sentència de 17 de juny de 1961 referma el criteri de l'anterior i en precisa l'àmbit d'aplicació quan diu:

«El acto de edificar en terreno ajeno puede revestir las siguientes modalidades: a) *Con plena conciencia por parte del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno*, sin derecho a indemnización, si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa de su propio constructor, rigiendo, por tanto, el principio de *superficies cedit solo* (arts. 362 y 363 del Código Civil)... b) *En la creencia de que el terreno le pertenece por título idóneo en Derecho, y en este específico caso también el dueño del solar tiene la facultad jurídica de hacer suya la obra, pero con la indemnización al constructor*, establecida a favor del poseedor de buena fe vencido en juicio, *si no prefiere obligarle a pagar el precio de la finca ocupada* (art. 361, relacionado con el 453 i 454 del propio Cuerpo legal). Y c) *Cuando el dueño de un predio, al construir, rebasa los linderos sin dolo o culpa grave, extralimitándolos con lo edificado; situación que ganará la propiedad del todo —suelo invadido y edificio que lo invade— a favor del constructor*, si bien el dueño del fundo vecino tiene derecho de percibir una renta en dinero proporcionada al

terreno que le fue ocupado, juntamente con el de obligar en todo momento al titular de tal renta a transferirle la propiedad de la parte invadida; hipótesis prevista en algunas legislaciones extranjeras, conocida en la doctrina con el nombre de accesión invertida o de extralimitada, ya porque, en realidad, contradice el principio clásico antes dicho al atribuir el dominio al que de buena fe edificó, cediendo el suelo a la superficie, era porque el agente realizó sin malicia o negligencia una invasión en la finca ajena y aledaña en sus límites y confines, no total, sin que pueda calificarse técnicamente de accesión inversa cualquier otro supuesto, y en especial el contemplado por el párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código Civil patrio, dado que al reputar bien o cosa ganancial el edificio construido durante el matrimonio en suelo privativo de uno de los cónyuges, abonando el valor del solar al cónyuge a quien pertenezca, parte con evidencia de otros factores.»

La d'1 d'octubre de 1984 estableix:

«El acto de edificar en un terreno ajeno puede revestir las modalidades que contempla la sentencia de 17 de junio de 1961: *a)* Con plena conciencia por parte del constructor de que el suelo no le pertenece, en cuyo supuesto, y conforme a los artículos 362 y 363 de CC pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno, sin derecho a indemnización, y si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor, rigiendo, por tanto, el principio *superficies solo cedit*. *b)* En la creencia de que el terreno le pertenece, distinto supuesto regido por el artículo 361, en relación con los 453 i 454, y en el que el dueño del solar tiene la facultad de hacer suya la obra con indemnización al constructor si no prefiere obligarle a pagar el precio de lo ocupado. *c)* Cuando el constructor rebasa los linderos de su finca e invade la contigua, sin dolo o culpa grave, extralimitándose con lo edificado y en cuya situación ganará el constructor la propiedad del todo, suelo invadido y edificio construido sobre el mismo, si bien el dueño del terreno tiene el derecho de percibir del edificador, como contraprestación, no sólo el valor del terreno ocupado, a la manera como sucede en el caso del artículo 361, sino también, como cuidó de precisar la Sentencia de 16 de julio de 1981, la indemnización reparadora de los daños y perjuicios que además se le hubieran ocasionado al dueño del terreno, y esto por imperativo del artículo 1.902.

»Que para tan concreto supuesto de construcciones extralimitadas, carente de regulación específica en nuestro sistema, esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno, con materiales propios y de buena fe, *acogiendo la denominada accesión invertida* o inversa que ha tenido, aparte su acogida en la generalidad de la doctrina científica, las diversas soluciones legislativas que refiere la últimamente citada Sentencia de 16

de julio de 1981, constituyendo un cuerpo de doctrina (...) siendo el invariable supuesto de aplicación de la misma que la construcción o edificación invada el terreno ajeno, que esa inmisión se efectúe de buena fe, para lo cual es indispensable que el propietario que sufre la invasión no se haya opuesto oportunamente, y que con la edificación resulte un todo indivisible el terreno ocupado y la edificación sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido, en contraste con el del terreno ocupado o invadido.

»La precedente doctrina legal es excepcional para una laguna legal, de lo que se sigue la exigencia estricta tanto del supuesto para el que fue creada como de los requisitos que han de concurrir, por constituir al cabo una excepción a la regla general y legal del artículo 361 CC.

»Aunque hubiera de extenderse la doctrina de la accesión invertida a otros supuestos de invasión, como los de ocupación del vuelo o las vistas rectas y oblicuas sin traspaso de la línea de continuidad, ello significaría alterar el régimen de constitución de las servidumbres (arts. 536 y 541) y el modo de extinguirse las mismas conforme al artículo 546, no siendo la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil para adquirir servidumbres, ya que éstas sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley.»

La Sentència d'11 de març de 1985 diu:

«Para el concreto supuesto de construcciones extralimitadas, carentes de regulación específica en nuestro Derecho, esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la regulación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno de buena fe acogiendo la denominada accesión invertida o inversa.

»El invariante supuesto de aplicación de la accesión invertida es identificable por tres rasgos: que la edificación *invada terreno aledaño ajeno*, supuesto bien distinto del de edificar en casi dos terceras partes cubriendo terreno ajeno, que esta inmisión se efectúe *de buena fe*, para lo cual es indispensable que el propietario que sufra la invasión *no se haya opuesto* a la ejecución oportunamente; que con la edificación *resulten un todo indivisible* el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido, en contraste con el del terreno invadido.

»La inexistencia de la buena fe no sólo impide la accesión invertida, cuando aquélla no se da, sino la aplicación del artículo 361, que la exige positivamente, siendo entonces de aplicación los artículos 362 y 363, en el que se previene expresamente que el dueño puede pedir la demolición de la obra.»

Comentant aquesta Sentència el Prof. Àngel Carrasco Parera diu a «Civitas», tom abril-agost de 1985, núm 8, pág. 2.523:

«De los 184 metros cuadrados de terreno ocupado por la construcción, 154 son ajenos. El TS entiende que esta circunstancia basta para negar a la construcción el carácter de “extralimitada”. Esta idea tampoco me parece enteramente correcta, a pesar de que continúe una línea jurisprudencial iniciada en la Sentencia de 23-X-1973, donde no se consideró extralimitación la ocupación de todo el terreno ajeno. Entiendo que habrá extralimitación siempre que el edificio construido en terreno propio se proyecte sobre suelo ajeno, con independencia de la superficie que ocupa, e incluso sin importar que toda la parcela ajena quede ocupada por lo construido. Basta el dato de la extralimitación. De la misma manera que no sería extralimitación la mínima ocupación del terreno ajeno cuando el edificio no se proyecta desde la finca propia del invasor. Cuando aquello ocurre, y la ocupación de la finca aledaña es total o muy considerable, el conflicto de intereses no se resuelve, según mi entender, negando a la obra la cualidad de extralimitada, sino acudiendo al cálculo que resulta del principio *accessorium sequitur principale*. Pero el T.S. ha tenido que negar la cualidad de extralimitado por la, en mi opinión, sorprendente decisión de entender que en el supuesto sí concurre el tercer requisito de la accesión invertida, a saber, el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el del terreno ocupado o invadido. ¿Cuál es, en efecto, el índice para computar el cálculo de accesoriedad?

»La jurisprudencia del T.S. no se ha pronunciado de modo definido sobre los elementos que deben entrar en el cómputo de la relación de accesoriedad cuando de una construcción extralimitada se trata. Creo que se pueden rastrear las siguientes líneas de solución:

»1) *El edificio es siempre lo principal* y, correlativamente, el terreno invadido merece siempre la cualidad de accesorio. Entre las últimas Sentencias creo que responden a esta concepción las de 28-IV y 10-XII de 1980.

»2) *La comparación entre valores económicos se realiza computando de un lado el edificio como un todo, y la porción de suelo invadido de otra.* Parece ser el criterio que guía a la Sentencia de 14-IV-1972. Creo igualmente que es el criterio sostenido en la Sentencia que ahora comentamos (“El valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado”).

»3) *El edificio constituye el único factor de cálculo.* Será principal el suelo sobre el que esté situado el mayor quántum de edificio. Este criterio fue indirectamente rechazado por S. de 17-VI-1971, según la cual una misma cosa no puede ser al mismo tiempo principal y accesoria de sí misma, pero en cierta manera ha sido utilizada por ésta para negar que exista “extralimitación” (Dos terceras partes cubriendo terreno ajeno).

»4) *La comparación de valores se realiza entre los dos solares y será principal aquella parte del suelo que, sin computar el valor de lo construido, sea más valiosa que la otra,* atendiendo a datos de precio y volumen. Este criterio fue sustenta-

do por Sanz Fernández en 1947, y no conozco ningún pronunciamiento judicial que lo avale.

»5) Creo que la mayoría de las Sentencias siguen un criterio según el cual la relación de valor se calcula computando de un lado el valor del suelo del extralimitante más el valor del edificio, y de otro el valor del terreno ajeno invadido.»

Quant al preu que ha d'abonar l'ocupant del terreny al seu titular dominical la interessant sentència de 27 de novembre de 1984 disposa:

«Las sentencias de 31-V-1949 y 17-VI-1961 institucionalizan la figura de la accesión invertida, exigiendo que la construcción lo haya sido de buena fe.

»La doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 31-V-1941, 27-VI-1961, 26-II-1971 y 3-III-1978 para la determinación del precio a abonar por el titular del terreno al titular dominical de éste, previenen que ha de tenerse en cuenta no solamente el estricto valor del terreno ocupado, sino también todo el quebranto económico que repercuta sobre el resto de la segregación producida, como consecuencia necesaria del principio de equidad. No desconoce esa doctrina la sentencia que concede el derecho a la indemnización del justo precio, estableciendo que éste se determinará en período de ejecución de sentencia, en cuya fase en consecuencia es donde indudablemente podrá plantearse el adecuado quántum indemnizatorio, y desde luego teniendo en cuenta el valor actual, como exigido por una correcta y adecuada justicia comutativa.»

La sentència del T.S. Sala primera, de 8 de novembre de 1989 diu:

«La indemnización reparadora en supuestos de accesión invertida ha de bascular entre la posible codicia de dueño del terreno, que por la constante devolución monetaria quiera beneficiarse de la revalorización de los terrenos por encima de esa inflación retrasando su reclamación y el injusto enriquecimiento del constructor, que viene poseyendo desde un principio el terreno sin el menor disfrute del dueño del mismo, que paralelamente se ve perjudicado por ello; y comoquiera que esa indemnización reparadora debe comprender todos los daños y perjuicios que además le hubieren irrogado al dueño del terreno ha de procederse al abono del interés legal que en el decurso del tiempo venga establecido para el precio (art. 361 C. C.) hasta su pago efectivo, incrementado tal interés en dos puntos, a fin de equilibrar los derechos de los afectados por la accesión.»

La sentència de 12 de novembre de 1985 destaca l'exigència de la bona fe:

«La jurisprudencia tiene declarado con reiteración que la buena fe es requisito primordial en la construcción extralimitada, por consiguiente indispensa-

ble para que el dueño del edificio pueda adquirir por accesión la franja que ocupó del predio vecino, y también que esa *bona fides* ordinariamente será incompatible con la oportuna oposición del propietario invadido —sentencias de quince de junio de mil novecientos ochenta y uno (R. 2524), uno de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (R. 4750) y once de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (R. 1137)— pero ello no impedirá, como es lógico, estimar su concurrencia a pesar de la actitud opositora cuando las particulares circunstancias permitan basar la fundada convicción del constructor de que ostenta el dominio sobre el terreno que su antagonista se arroga, según ocurre en el caso debatido, amén de la falta de prueba sobre la temporaneidad de la reclamación; razones que imponen la improsperabilidad del motivo tercero, apoyado en el número quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos, que aduce infracción por aplicación indebida del artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil de la jurisprudencia relativa al mismo en cuanto a la accesión invertida, pues la singularidad del supuesto permite apreciar buena fe a pesar de la oposición colindante, como repetidamente se indicó, dado que además no consta que el edificio estuviera ya construido al tiempo que fue dirigida la cominación al demandado.»

La sentència del T.S. Sala primera, de 22 de Novembre de 1989 expressa:

«... al ser tal modalidad de accesión una mera ejecución forzosa de la segunda opción del art. 361 del C. C., su reconocimiento requiere no solamente la acreditación de que quien la pretenda sea titular dominical de lo edificado, que lo edificado lo sea en parte en propiedad ajena y tenga una importancia y valor superior a los del terreno invadido, sino también que el edificador, en este caso el demandado, ahora recurrente, D. Alfredo hubiera procedido de buena fe, aspecto que como establece la Sentencia recurrida sin eficiente desvirtuación por dicho demandado recurrente, no se da en el presente caso y a lo que en nada obsta la circunstancia de que el referido constructor haya procedido a la venta a los también demandados de pisos correspondientes a la edificación construida con tales huecos, no significativos de viabilizar servidumbres de luces y vistas, pues esta circunstancia la única consecuencia que puede producir en relación con dichos adquirentes de pisos es la posibilidad de ejercicio de acciones que por su causa de cerrarse tales huecos, estimasen corresponderles contra dicho constructor y transmitente.»

La sentència de 19 d'abril de 1988 té cura de precisar els requisits de l'accésio invertida quan diu:

«Tiempo ha que ya se había apuntado por la dogmática que la figura de la construcción extralimitada no existía expresamente reconocida en nuestro Or-

denamiento jurídico y que sólo una elaboración jurisprudencial ha podido introducirla y reconocerle carta de naturaleza, mediante una evolución que arranca ya de la Sentencia de 30 de junio de 1923, pasando por las posteriores de 17 de junio de 1961 (R. 2728) y 17 de diciembre de 1957 (R. 1958, 535) hasta las más recientes de 15 de junio y 30 de noviembre de 1981 (R. 4482) y 28 de mayo de 1985 (R. 2831), y de cuya doctrina cabe inferir los siguientes requisitos: a) *que el instituto de la accesión viene regulado en función directa de la cosa principal, en cuyo favor ha de ceder la accesoria*; b) *que en materia de construcción extralimitada debe reputarse como principal lo edificado y como accesorio la porción de terreno invadida*; c) *que conjugando criterios armónicos de equidad, sentido social de la propiedad y económico de la edificación debe respetarse siempre la indivisibilidad de la construcción*; y d) *que al dueño del suelo invadido asiste un indudable derecho a una compensación económica justa por la intromisión que ha de soportar como consecuencia de los principios anteriores y como obligado tributo a una relación de vecindad entre fundos*.

»Si a estos requisitos añadimos el de la concurrencia en el caso de autos de la buena fe (ausencia de mala fe dice literalmente la sentencia), como cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal de Instancia —Sentencia de 29 de abril de 1986 (R. 2039)— pronto se advertirá la corrección del fallo impugnado al condenar a una indemnización como consecuencia de la construcción extralimitada, sin que sean aceptables los demás argumentos, un tanto especiosos, tendentes a demostrar lo contrario, toda vez que se contradicen abiertamente con los hechos probados, deviniendo así inoperante el primero de los motivos del recurso, en que pretende ignorar la existencia de tal instituto de la mal llamada accesión invertida para dar paso a un sistema inédito de servidumbres.»

VI

L'APLICACIÓ DE LA DOCTRINA DE L'ACCESIÓ INVERTIDA EN CAS D'OCUPACIÓ DEL VOL, NO PAS DEL SÒL, D'UNA FINCA VEÏNA

La Sentència de 9 de juny de 1978, Sala segona de l'Audiència Territorial de Barcelona, Ponent el Sr. Toribio Salinas, declara:

«Considerando: Que la conjunción real y práctica que produce el uso de las facultades del dominio y su límite entre los titulares propietarios de fincas lindantes, se pone de manifiesto de forma más clara y conflictiva en relación con las luces y vistas que los edificios en una y otra finca pueden necesitar; provocando ello, en primer lugar, un problema para la aplicación de aquellas normas que regulan la vecindad y delimitan el derecho de usar por el propietario, a su arbitrio, de su finca, en cuanto puede chocar con el derecho que otro tiene de

prohibir influencias ajenas sobre la suya; pues la vida social requiere una transacción, un límite tanto al poder, o facultad, de usar libremente como a la de pedir, o excluir, tal actividad en cuanto afecte a la propia; y, en segundo lugar, la posibilidad de la derogación o modificación de aquel régimen mediante la constitución voluntaria de servidumbres; distinción que ni nuestro Código Civil, ni la vigente Compilación, separan claramente en sus enunciados, pues su normativa la designan como servidumbre de luces y vistas, artículos 283, 284 y 293 de la referida compilación, aunque, en realidad, sus precisas normas, en especial las últimas, separan los límites normales del dominio y su posible modificación mediante la creación de las servidumbres.

»Que aquella posible confusión de los términos y la real mecánica dan motivo a que cuando surge un conflicto entre partes que origina un proceso, como el presente, los términos de las pretensiones se manifiestan extremos; se ejercita la acción negatoria, la facultad de excluir, cuando el vecino al edificar ha sobrepasado aquellas normas primeras del contorno normal de la propiedades, absoluta al hacer cerrar las aberturas, o reducirlas a las de simple tolerancia; cuando la reintegración a la situación que aquellas normas de vecindad señalan, en el supuesto dado, las prevenidas en el artículo 293 de la referida Compilación, después de construido un edificio, tan extrema solución negatoria llevaría, y obliga, a perjudicar el edificio en su totalidad y a destruir manifiestamente valores económicos, que en cuanto a la norma de vecindad, y a sus consecuencias, tiene una trascendencia social y justa que obliga a un especial análisis y resolución.

»Que para ello resaltan las circunstancias: 1.º Ser ya extraño que en zona notoriamente conocida del Pirineo catalán, como ponen de manifiesto las fotografías aportadas y reconocidas, surge un conflicto entre parte, y se discuta por el disfrute de luz y vistas, previniendo la pérdida de una intimidad familiar. 2.º Ni una ni otra parte han tenido ni tienen la imposición de posibles normas urbanísticas o por una determinada estructura en la construcción que justifique humanamente la trascendencia de la solución extrema y el conflicto, cuando, a más, el artículo 295 de la citada Compilación establece el alcance de la servidumbre de luces y vistas en la misma androna que impone como límite normal de la propiedad; siendo determinante de lo justo en uno y otro caso, de servidumbre o no, el ser de uno u otro propietario el terreno que constituye la androna obligada. 3.º Ni siquiera se ha alegado, ni hay prueba de hecho alguno, ni de norma específica, como se indica, que hiciera razonablemente útil el establecimiento de una pared medianera, mucho más dada la situación de las fincas; por lo que la pérdida de tal posibilidad legal no es de estimarla como perjuicio.

»Que del contenido de hechos en los escritos de las partes reconocidos por ambas, y la prueba practicada es de apreciar:

»a) Que en el año 1970 los demandados ampliaron unas ventanas existentes en edificación anterior, en igual línea de separación de la finca de las acto-

ras, en donde con posterioridad han edificado los apartamentos con catorce ventanas; y a la implicación indicada las actoras no hicieron oposición probada alguna.

»b) El desmonte y nivelación del terreno con el claro propósito de construir el lugar lindante con la finca de las actoras es plenamente conocido por éstas y en el movimiento de tierras, y en el desplazamiento de su interés, intervino "don Pedro", yerno y marido de las actoras, quien, a su vez, recibió la cantidad de 25.000 ptas.

»c) Informa el Ayuntamiento y manifiestan los testigos de los demandados, la existencia de una antigua acequia y de un camino en el linde de las fincas de las partes, sin prueba de que el camino fuera público, ni de su actual existencia manifiesta, según el resultado de la prueba de reconocimiento; pero no destruye la posibilidad de unas servidumbres, como en interés de terceros, que afectarían a las facultades dominicales de las actoras.

»d) La ausencia de pruebas sobre una clara oposición de éstas al inicio de las obras en su precisa y concreta ubicación, ni un requerimiento probado testificalmente, ni un acto de conciliación, ni el interdicto de obra nueva, sino un juicio de cognición señalando el procedimiento y competencia por el personal cálculo cuantitativo de sus perjuicios.

»Queda, dada la conducta de las actoras silenciando una clara oposición a la edificación hecha por los demandados, cuya finalidad les era conocida; la conducta de éstos sin prueba alguna para estimarla dolosa o debido a una manifiesta y grave culpa; el posible y distinto perjuicio de una y otra parte y la obligada intervención de principios de equidad, de convivencia y valores sociales, es de tener, especialmente en cuenta: 1.º Las citadas disposiciones de la Compilación de Derecho Civil, artículos 293 y 295, en cuanto a la razón de ser y función de la androna en la normativa referente a la vecindad en relación a las facultades del propietario como a las del titular de la servidumbre. 2.º La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, aceptando la accesión invertida, como obligada justa solución a los supuestos de edificación extralimitada, especialmente en su decisiva Sentencia de 31 de mayo de 1949. 3.º *Cuando el traspaso de los límites de una finca no es necesario que sea de los concretos y materiales de su superficie, sino del derecho de propiedad de su titular; como se da en el supuesto presente de menos trascendencia de si conjuntamente se hubiera edificado parte sobre la finca de las actoras.* 4.º Incluso cuando aquellas facultades dominicales resultan ampliadas por las servidumbres, no sólo en el supuesto de luces y vistas, ya incluidos, sino en el supuesto como en la servidumbre de *altius non tollendi*, cuyo desconocimiento puede dar origen a una extralimitación, más hoy en día que las facultades del dominio, en su aspecto jurídico y tridimensional, no pueden gozar ya de un sentido individualista y absoluto como en tiempos históricamente pasados.

»El principio rector es "lo accesorio sigue a lo principal". Es decir, cuando

dos cosas se unen de modo que forman un solo y único todo, que son, pues, indivisibles, y una es considerada como cosa principal y otra como cosa accesoria, el propietario de la principal se hace dueño de la accesoria. Y como consecuencia de tal principio, no obligada, desde luego, pero a la que se llega por causas que luego veremos, se dirá: "Si lo que se une o incorpora a suelo ajeno es una edificación, plantación o siembra, lo accesorio es siempre esto último respecto al suelo". Ergo, el propietario del suelo adquiere lo incorporado o unido a él. *Superficies solo cedit*. El incorporante a lo sumo tiene derecho a una indemnización por lo incorporado, ello sin excepción, de forma rotunda, enérgica, imperativa. La cuestión, pues, es desplazada del campo de los derechos reales al puramente obligatorio y obligacional.»

A més d'aquesta sentència, importantíssima, de l'Audiència Territorial de Barcelona, que no va arribar al Tribunal Suprem en no haver-s'hi interposat recurs en contra, d'altres Audiències van seguir posteriorment el mateix camí. Així, a la Sentència de 5 d'octubre de 1984 de l'Audiència Territorial de Burgos (vegeu-la íntegra a la pàgina 2.854 de la «Revista General de Derecho» de l'any 1985) s'estableix interpretant l'article 361 del Codi Civil que en el cas d'un ràfec que sobrevola la propietat aliena, no confereix a l'amo d'aquesta cap acció per a la seva demolició, sinó tan sols una compensació econòmica, tot aplicant un principi d'equitat. I a la de 4 d'abril de 1985, de la mateixa Audiència Territorial de Burgos (vegeu-la a la mateixa revista, pàgina 2.855) després d'examinar els problemes que planteja l'accésio invertida i d'interpretar jurisprudencialment l'article 361 del Codi Civil, es refereix a una construcció que envaeix el vol d'una finca aliena, dient que no atribueix a l'amo d'aquesta cap acció per a la demolició, sinó tan sols una compensació econòmica, i que no és incongruència concedir una indemnització i no pas la demolició demanada, ja que es concedeix menys del que s'ha demanat i no res de substancialment diferent ni incompatible amb aquella pretensió.

I definitivament, el Tribunal Suprem, en consonància amb el que ja havia establert l'A. T. de Barcelona el 9 de juny de 1978, acaba admetent sense cap mena de dubte en la seva Sentència de 10 de desembre de 1980 que:

«La invasión de suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo, al tener proyección sobre las facultades dominicales, como lo pueden ser por voladizos, huecos con vistas rectas u oblicuas, terrazas con iguales posibilidades o con pasos o caminos por el suelo ajeno, como accesos a la construcción y natural es, con la propia significación, alcance y efectos, que la de haber traspasado los linderos del terreno propio; por lo que, si la accesión invertida

encuentra su justificación en aquellas razones de política económica, social e incluso de vecindad, dando lugar a aquella inversión, *solo cedit superficies*, igualmente lo ha de ser cuando concurriendo las mismas razones de política económica, social y de convivencia, en el caso que se contempla; y dándose por otra parte los requisitos que exige la accesión invertida, esto es, la existencia de una edificación en el suelo propio pero que invade parte del ajeno, *pues como quedó expresado es indiferente, a este respecto, que la edificación traspase el suelo o el vuelo y que el constructor haya actuado de buena fe*, extremo éste no discutido, resulta indudable la aplicación de dicha figura jurídica al supuesto de autos; pero bien entendido que lo que adquiere la demandada “Inmobiliaria Pinar, S. A.” no son las servidumbres de que dio lugar con la construcción del edificio, por no ser la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil para ello, ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la Ley, sino la franja de terreno invadida en la extensión a lo largo de la fachada con la que lindan los predios ajenos, necesaria para que los voladizos más salientes se encuentren a 2 m de la distancia del que va a resultar nuevo lindero de la propiedad ajena, previa la correspondiente indemnización a dichos propietarios del valor de dicha franja de terreno, y de la que quedará en beneficio del edificio; solución ésta que, con la mayor equidad, resuelve los intereses en colisión, principalmente los que afectan a los propietarios de los pisos y locales del edificio, que de no ser así se verían privados de una propiedad legítimamente adquirida y terceros al problema que la invasión, por la construcción en terreno ajeno, ha motivado; por lo que, al no entenderlo de tal forma el juzgador de instancia procede a admitir este primer motivo del recurso, casando y anulando la recurrida sentencia.»

La soluciò aportada pel T.S. en matèria de servituds, en la important sentència de 10-12-80, R. 4741, en síntesi és la següent:

En el supòsit que no s'hagin respectat les distàncies mínimes respecte a les propietats contigües que la Llei exigeix en vistes, llums, ràfecs, etc., no opera directament l'accésio invertida com a mitjà de constituir-se les servituds, però sí com a mitjà d'adquisició de la franja de terreny necessària perquè les vistes, llums, ràfecs o voladisos quedin a la distància que exigeix l'ordenament.

VII CONCLUSIÓ

El criteri contrari al tradicional principi *superficies solo cedit* s'estén més enllà de l'extralimitació en construir per aplicar-lo a supòsits on l'excés en l'ús del domini produeix un problema en el dret de vistes, llums i vols.

Defensem l'aplicació del principi *accessorium sequitur principale* sempre que la valoració de què és l'accessori i què és el principal es basi en criteris objectius i prescindeixi del principi *superficies solo cedit*.

Caldrà tenir en compte el valor dels béns que «envaeixin» l'esfera del domini aliè i el perjudici personal i social que la negació del dret a l'accessió pugui arrossegar.

Cal que fem una breu referència al principi de bona fe.

La defensa en aplicació del mecanisme jurisprudencial de l'accessió invertida té com a punt de partida una condició *sine qua non*: La bona fe del qui s'ha excedit en les seves facultats dominicals.

Hi ha situacions que donen lloc a conflictes d'interessos que l'ordenament ha de resoldre valorant objectivament el major benefici a la comunitat, però partint de la bona fe de qui pot haver generat el conflicte. L'exclusiva valoració material dels interessos en pugna podria conduir a una certa inseguretat jurídica de qui ostenta un dret de sòl o superfície, però no hem d'oblidar que la tècnica d'aplicació de l'ordenament en el seu conjunt queda legitimada com a instrument si assoleix de satisfer les necessitats que reclami la convivència social de resoldre en la pràctica.

De manera molt breu queda exposada aquí una cosa d'extraordinària importància econòmico-jurídica i per tant social: en matèria immobiliària el sòl, la terra, és en principi allò principal, i l'accessori el que s'ha edificat, sembrat o plantat al damunt, però això no es pot predicar de manera absoluta, ateses les correccions assentades per la jurisprudència.

El principi *superficies solo cedit* té el seu precedent a «Las Partidas», que alhora el recullen del Dret Romà.

El principi *superficies solo cedit* no calia que fos per força el criteri a adoptar pel Dret Romà, però si forçosament no, lògicament sí.

Un poble, el romà, essencialment sedentari, amb una organització sòcio-patriarcal, l'eix de la qual és la família, la casa, conduceix inexorablement a donar primacia a l'element més estable o fix, que evidentment era el sòl.

El Dret Romà, que evita els estats d'indivisió, i que a més dóna al dret de propietat un caràcter quasi illimitat en coherència amb tot això estableix el principi *superficies solo cedit*. No és que adopti un principi contrari al *accessorium sequitur principale*, sinó que d'acord amb la realitat social del moment històric, allò principal és el sòl.

La solució podia haver estat una altra, com ho va ser en el Dret Germànic, que en sentit oposat considera sempre com a principal el que s'ha edificat.

Per ell no va regir el principi d'accessió, sinó el principi del treball: era propietari de la construcció qui l'havia construït o edificat, i això mateix s'esdevenia en cas de sembrats o plantacions. Per tant, el constructor en terreny aliè es convertia en propietari del que s'hi incorporava i a més, en determinats ca-

sos, el sòl passava a ser propietat de l'incorporant (Carta Farfense de l'any 794).

En definitiva, el principi *superficies solo cedit* és traslladat al C.C. espanyol, essent-ne els actuals articles 350, 358 i 361 els seus exponents més clars.

També recullen aquest principi els Codis francès i italià, encara que sense la rigidesa del C.C. espanyol, ja que en aquells l'esmentat principi opera només com a pressuposió *iuris tantum*.

Al nostre Codi Civil, els esmentats arts. 350, 358 i 361 expressen la incorporació del principi romà.

Actualment, el creixement constant dels nuclis urbans, la concentració de la població, imposa la necessitat d'aprofitar l'espai edificable no tan sols augmentant el nombre de plantes sinó fins i tot aprofitant el subsòl, evidentment amb subjecció a la previsió dels plans d'urbanisme.

El valor de les construccions sobrepassa força el del sòl. La rígida aplicació de la normativa del C.C. en matèria d'accés, evidentment, excedeix el que és de raó.

No es pot mantenir que el sòl és sempre allò principal quan avui pràcticament tota construcció nova incorpora molt més de valor del que té el sòl originàriament.

El qui detenta el sòl especula amb la seva escassetat amb més freqüència del que fóra desitjable, obtenint un lucre, amb la plusvàlua que genera el simple transcurs del temps.

L'especulació amb el sòl urbà és contrària a tot interès econòmico-social, i avui la regla *superficies solo cedit* és més propícia a protegir interessos especulatius que a afavorir o estimular la creació de riquesa i subvenir els interessos collectius.

Subscriu el que diu Díez Picazo a «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», v. II, segons el qual el principi *superficies solo cedit*, com a derivació de la regla *accessorium sequitur principale*, representa avui un anacronisme. No es pot generalitzar la idea que la terra és sempre allò principal i el que s'hi ha construït l'accessori. Al seu parer —continua dient— la idea S.S.C. cal desterrar-la des d'un punt de vista de política legislativa o de *lega ferenda* i s'han de conjugar únicament la valoració de la bona o mala fe de la persona i la valoració de la relació accessori-principal, admetent que, com a regla general, no hi ha cap motiu perquè necessàriament ho sigui la terra, sinó que de vegades ho pot ser la construcció muntada al damunt. La terra és sempre un accessori, el suport de la construcció.

No és just que la creació de riquesa i utilitat social doni lloc a un dret de l'amo del sòl per adquirir-la, sobretot quan l'ha realitzada un constructor de bona fe, sense oblidar que l'amo del sòl pot escollir entre abonar les estrictes despeses realitzades i l'augment de valor rebut. En la mateixa idea insisteix en la nostra pàtria Font Boix, i en la doctrina estrangera Savatier, i Marty-Ray-

naud en la francesa, i De Martino en la italiana. I com a mostra que aquesta idea puixant ja s'està obrint camí en les legislacions només cal apuntar que el nou Codi Civil portuguès de 25 de novembre de 1966 la recull plenament, ja que al seu article 1.333 parteix de la consideració del valor més gran d'una de les coses incorporada a una altra d'amo diferent i de la bona fe de l'incorporant, i a l'article 1.340 estableix: «Se alguem, de boa fé, construir obra em terreno alleio, ou nele fizer sementeira ou plantaçao, e o valor que as obra, sementeiras ou plantações tiverem trazido á totalidade do prédio for maior do valor que este tinha antes, o autor da incorporação adquire a propriedade dele, pagando o valor que o prédio tinha antes das obra, sementeiras ou plantações.»

Per consegüent, importa destacar aquesta idea, que crec que té importància: el principi S.S.C., derivat d'un poder absorbent del domini del sòl, tal com quedà rígidament establert al nostre Codi Civil, ha de ser desterrat i al seu lloc, al davant del cas concret de construccions fetes totalment o parcialment en sòl aliè de bona fe, resoldre el conflicte d'interessos més d'acord amb la funció social que compleix l'edificació, resolent-ho objectivament en el sentit de mantenir o conservar una obra socialment útil, perquè d'aquesta manera produeixi el major benefici possible a la comunitat, entrant sempre en joc la valoració econòmica de les coses unides per determinar quina és la principal i quina l'accésòria i la idea ètica de la bona o mala fe dels propietaris de les coses unides. I això pot ser efectiu bé a través d'una nova regulació legislativa completa i clara, bé deixant la matèria al just i prudent arbitri judicial. Crec que és millor seguir un criteri harmònic: una regulació legislativa que marqui com a molt les línies bàsiques, mestres, directrius, perquè després siguin desenvolupades, desplegades judicialment.

L'exemple el tenim en l'esmentat cos legal portuguès, que dedica a les incorporacions en sòl aliè quatre preceptes i en ells simplement estableix les idees matrius, però amb claredat i comprenent més supòsits que qualsevol dels altres Codis llatins a despit de la prolixitat de les seves regulacions en aquesta matèria.

Però això ja és una altra qüestió. Aquí el que m'interessa destacar és l'arbitrarietat de la rigidesa legal del S.S.C., tal com es regula i desenvolupa al nostre Codi. Tota la construcció existent en els Codis inspirats en Roma, en matèria d'accésio, està muntada sobre unes bases febles, però on s'accentua aquesta feblesa és en l'anacronisme individualista, i de vegades, per això, en els resultats injustos a què pot portar la seva aplicació, quan ens enfrontem amb la regla S.S.C. de la manera en què es regula al nostre Codi Civil. Però tampoc no tractem de criticar sols per l'afany de criticar. El que acabem de dir és fruit d'una experiència nascuda del contacte amb la vida, i és aquest contacte el que ens inspira al llarg del present estudi, el que ens portarà a oferir una interpretació de les normes legals més flexible i creiem que més justa del que la doctrina ha ofert fins avui a l'estudiós i, finalment, a presentar, si és factible, unes conclu-

sions que si poguessin tenir algun mèrit seria el de ser punt de partida de nous estudis per arribar definitivament a la reforma legislativa que, a parer nostre, necessita la important matèria d'Accessió Immobiliària.

B I B L I O G R A F I A

- PLAZA, M. de la: *Construcciones sobre el suelo ajeno*, en «Revista de Derecho Privado» (1947).
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Edificación en suelo ajeno: sus problemas*. Conferencias en el Colegio Notarial de Valencia. Valencia, 1948.
- CÁNOVAS COUTIÑO, G.: *La accesión y el Registro de la Propiedad*, en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» (1952).
- TENA Y MARTÍN, V.: *Proyección del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad*, en «Información Jurídica» (1952).
- DÍEZ-PICAZO, L.: *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» (1966).
- LATOUR BROTONS, J.: *La construcción extralimitada*, en «Revista de Derecho Privado» (marzo 1966).
- GARRIDO PALMA, V. M.: *¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el de superficie*, en «Revista de Derecho Notarial» (enero-marzo 1969).
- BONET Y BONET, F. V.: *Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho Positivo*, en «RGLJ», julio-agosto, 1971.
- HERNÁNDEZ CRESPO: *La accesión invertida*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» (1972), pp. 729 y ss.
- RAMOS GONZÁLEZ, J. M.: *La accesión invertida: Su problemática en el Derecho científico y positivo*, en «Boletín Informativo del Ministerio de Justicia», 998 (1974).
- SERRANO ALONSO: *La accesión bien mueble a inmuebles: una interpretación del art. 361 del Código Civil*, en «Revista de Derecho Privado» (julio-agosto 1981).
- DORAL GARCÍA, J. A. y TORRES LANA, J. A.: *El «ius edificandi» y el principio de accesión*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (junio 1981).
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Accesión Invertida. Servidumbre de luces y vistas. Derecho a continuar las obras paralizadas*. Comentario de 1 de octubre de 1984 en CCJC (6), septiembre-diciembre 1984, pág. 1.999.
- FONSECA GONZÁLEZ, R.: *La desaparición de la accesión invertida que establecía el párrafo segundo del art. 1.404 del Código Civil y su problemática*, en «Revista de Derecho Privado» (enero 1985).
- CARRASCO PERERA Ángel: *Accesión Invertida, Cosa juzgada*. Comentario a la Sentencia de 11 de marzo de 1985. CCJC, abril-agosto de 1985, p. 2.513.
- OROSA ROLDÁN, M. A.: *Accesión invertida*, en «La Ley», 1225 (26 junio 1985).
- ALONSO PÉREZ, M.: *Del derecho de accesión respecto a los bienes inmuebles*. Comentarios al C.C. y Compilaciones forales.

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic

DR. JOSEP JOAN PINTÓ I RUIZ

Srs. Acadèmics,
Senyores,
Senyors:

El Dr. Josep M. Pou de Avilés, Premi Extraordinari de la Facultat 1943 i Doctor en Dret des de 1947, és un investigador profund, un coneixedor eminent de la Ciència del Dret, un professional pràctic d'extraordinària eficàcia, confortant per als justos i temuda pels injustos, és un home honest; això vol dir, senzillament, que és un jurista complet, un autèntic jurista, la qual cosa li permet d'ésser un gran advocat (exercici que és alhora efecte i concausa de la seva saviesa), un gran pedagog i un subtil tractadista del Dret.

Des de l'any 1943, primer al despatx del carrer de Roger de Llúria, després al de la Gran Via, ha escoltat, amb gran paciència artesana, els problemes de tantes persones atrabolades, esperançades o deprimides, agressives o timorates, emetent d'entrada una jurisprudència cautelar sense ambigüïtats, clara i precisa —fins i tot precisant l'estat dubtós de la doctrina—, pronosticant amb encert, escrivint amb ploma docta sempre i dura quan calia, informant amb fermesa, sense poder dissimular la delectació que l'oralitat li produïa i actuant amb el mateix coratge i passió per la justícia, tant davant el Jutjat de Districte, com davant la Sala 1a. del Tribunal Suprem.

Ensenyava i predicava el Dret, la justícia efectiva i per tant l'oportunitat del litigi i el comportament tàctic, tant en la intimitat de la tertúlia professional que al final de la jornada tenia lloc en el seu despatx (amb aquell caire característic, en part de docència i en part de reconvenció dura però amistosa pels errors que sofríem els collaboradors i que pel bé de la clientela ell detectava amb anticipació) com des de la Càtedra on explicava sempre sense que hi manqués la recensió de l'última monografia publicada en qualsevol revista i, per descomptat, l'última sentència més adient al cas, que era tractada a l'estil de Puig Brutau amb ànalisi real dels fets jurídicament sensibles, el problema concret plantejat i el sentit de la solució del dubte. El dia 30 de setembre de 1987, la Universitat va sofrir la seva jubilació, jubilació del professor titular numerari, després de 40 anys de docència a la Facultat de Dret i inicialment també a la d'Econòmiques de Barcelona, suscitant l'agraïment, el respecte i l'admiració de successi-

ves promocions d'alumnes temporals d'ell, i deixables sempre. Va estar integrat a la Comissió de Cultura del Col·legi d'Advocats de Barcelona, becari de l'Institut Nacional d'Estudis Jurídics adscrit a la subsecció de Dret Civil de Barcelona, membre del Consell de Redacció de la Revista Jurídica de Catalunya nomenat l'any 1956, càrrec que exercí durant uns anys. Participà en el Curs Internacional de la Universitat de Munich l'any 1951; l'Ateneu Barcelonès, fruï de la seva dedicació com a membre de la Junta de Govern durant més de 10 anys, i finalment una ploma moguda, inquieta, però profunda i docta, sempre oportuna, va donar mostra de la gran fecundidad de l'acadèmic electe, que es manifestà amb monografies i obres de caràcter general.

Així publicà entre altres, les següents obres:

Derecho Mercantil, que assolí diverses edicions. Va col·laborar durant deu anys a l'Anuari de Legislació Estrangera que publicava a París el Centre National de la Recherche Scientifique; a la Revista Jurídica de Catalunya dels anys 1953 fins el 1957 va fer els comentaris a la Jurisprudència Mercantil de l'Audiència Territorial de Barcelona.

Va revisar en dues ocasions, el tom IV, de Comentarios al Código Civil, de Manresa, 1951.

Va escriure diversos comentaris, els anys 60, també a la Revista Jurídica de Catalunya sobre sentències civils.

Ja últimament, en el llibre homenatge al professor D. Octavio Pérez Vitoria, publicat l'any 1983, va escriure sobre La Renuncia en el Derecho Civil Español. A la revista «La Notaria», de Barcelona l'any 1986, «Las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en Andorra».

L'advocat complet, coneixedor del Dret i de les patològiques situacions de conculcació i de les lamentables maniobres que es fan per a maquillar-la, emascarar-la o consolidar-la, té una experiència excepcional per portar a terme amb èxit i encert, servint a la Justícia, la funció de jutjador. Arbitratges d'equitat provocaren abundants Laudes i, a més a més, va ésser Magistrat suplent en la Sala que presidí durant molt temps el Magistrat senyor Higueras.

Crec que l'Acadèmia ha de rebre amb orgull i satisfacció el científic i l'advocat, profundament savi, honest, bo, actiu i extraordinàriament eficient.

* * *

Cal ara contestar el discurs de l'Acadèmic electe i contemplar, efectivament, el tractament d'extraordinari interès de l'accésio invertida.

L'ACCESSIÓ INVERTIDA

El fenomen singular de l'accésio invertida, de detectació i tractament, bàsicament, fins ara *jurisprudencial*, és consagrat ja per una copiosa Jurisprudència

posada de manifest per l'Acadèmic Dr. Pou de Avilés, i de la qual destaca la Sentència de 31 de maig de 1949 que de manera expressa i oberta invoca l'equitat (Considerant 8) com a fonament de la suspensió de l'aplicació del principi *superficies solo cedit* quan, extralimitada de bona fe la construcció, i indivisible el tot construït, no és possible desintegrar l'edifici per atribuir a cada un dels titulars dominicals dels solars la part de l'edifici que s'aixeca sobre la superfície del seu respectiu domini. La impossibilitat de partir l'edifici, i foragitada la idea de l'atribució de quotes comunitàries, ha fet desplaçar el centre de gravetat de l'atribució de la unitat a l'edifici i no al sòl.

Expressats per l'acadèmic els perfils de la institució, els requisits necessaris perquè operi, cal només postillar l'existència d'uns principis superiors que informin l'ordenament jurídic, mostrant la lògica i l'encert, i per tant la justícia (Biondi deia que l'error en Dret és la injustícia), de la solució jurisprudencial.

I. El primer principi és el de *funcionalitat i conservació*. Els béns són coses susceptibles de produir utilitat.¹ Això comporta que els béns compostos, generats per la juxtaposició d'elements abans simples, s'identifiquen i es defineixen, per la seva funcionalitat, mitjançant l'oportú procés de creació o formació. Així doncs (en realitat) en tractar el fenomen de l'accésio repugna al Dret qualsevol mida que, en minvar la utilitat o fer-la desapareixer, comprometi l'existència mateixa del bé, perdent així la societat quelcom susceptible de satisfer les necessitats humanes. Aquest principi de funcionalitat o *vis atractiva* cap al manteniment de la utilitat no solament es manifesta en els temps presents, sinó que, si ens remuntem al Corpus, ja hi veiem clares manifestacions d'aquesta tendència. Per exemple, el títol III *de tigno iuncto*, del Llibre XLVII del Digest, diu que la fusta o biga encastada o utilitzada en un edifici, encara que hagi estat robada (*tignum furtivum*, diu), no pot ésser reivindicada pel seu amo, ni arrancada de l'edifici, segons varen establir les XII Taules. Però el text no es limita a establir la prohibició de reivindicar, diu quelcom més. Expressa la *ratio legis* en dir que la Llei va ésser previsora, per evitar que, amb aquest pretext, s'enderroquessin els edificis (*ne vel aedificia sub hoc pretextu diarantur*, diu). I encara més: malgrat que el Títol III està precedit de la rúbrica *De tigno iuncto* (de la fusta utilitzada), ampliant el significat de *iuncto*, universalitza el principi, en dir que en la denominació de fusta es comprenen també les teules, la pedra, les rajoles i les altres coses que són útils per als edificis (... *tegulum quoque, et*

¹ És clàssic l'esment de l'art. 333 del C.C. i la cita de Covielo, segons la qual «és cosa tot allò que pot ésser objecte de drets patrimonials, i per tant susceptible de prestar una utilitat valorable en diners, ja sigui directament, ja sigui indirectament» (Manuale, Parte Generale, 9.^a ed., pàg. 249), segons Castán el qual cita també a Cossío «La teoría del patrimonio», Sevilla, 1940, pàgs. 22 i següents i esmenta la «imprecisión y elasticidad» del C.C. respecte als noms «coses» i «béns» tot citant els arts. 335, 346-1, 347, 348, 352, 375 i 376.

lapidem et testem certera que si «qua aedificia sunt utilia»..., diu) esmentant seguidament la sorra i la cal.

I certament, es poden unir béns materials, coses que amb la incorporació contribueixen a l'obtenció d'utilitat, i també drets o elements espirituals. La ponència del Magistrat Toribio Salinas, plasmada en la Sentència de l'A.T. de Barcelona de 9 de juny de 1978, constitueix una atractiva ressonància d'aquell *ceteraque si qua aedificia sunt utilia...* projectant així en el temps actual, i ben a prop d'un cim pirenenc, les paraules d'Ulpià que, en l'amplitud del mot *ceterae* i del context, condueixen cap a incorporar al tot l'efecte pràctic que es derivaria d'una servitud de llums i vistes (meravelloses per cert) com a cosa espiritual.²

El principi, doncs, de funcionalitat i conservació incideix intensament en el fenomen de l'accessió i l'informa vigorosament. En la praxis significa que la incorporació creadora i útil, que genera un bé nou o perfecciona el ja existent, no es tira enrera i atenent a la seva funcionalitat (i només si subsisteix; sic vide Ulpià D. Llibre XLVII, tot. III,2) es conserva.

L'aplicació del principi resol la subsistència, el fruir de la utilitat del tot, i evita la seva destrucció.³

II. *El principi de la bona fe*, establerta ja l'existència del principi de funcionalitat i conservació que es tradueix en la pràctica en el *manteniment i no destrucció de la incorporació útil*, de conseqüències objetivo-materials, cal ara considerar altres principis, que informen les oportunes decisions atributives del tot, i el joc de compensacions. Dintre d'aquest segon grup, hem de fer esment del principi de *la bona fe* que, en sentit estricte, comporta la protecció a aquell que desconeix, el defecte o l'obstacle a la licitud de la seva acció, adquisició, o avantatge susceptible de practicar o rebre. El principi exigeix que el desconeixement del defecte sigui invencible, és a dir, que ni l'agent el conegui ni tampoc *li sigui possible* conèixer-lo.⁴ Però aquesta exigència que el desconeixement sigui invencible, està molt moderada. La mateixa L. Hipotecària que el va formular⁵ ha vist com la Jurisprudència exclou, un examen exhaustiu i complet del Registre, de tal manera que l'obstacle registral a l'adquisició o a la titularitat del transmissor ha de ser patent i detectable fàcilment, perquè obsti a fruir del privilegi que proporciona a l'adquirent onerós l'article 34 de la mateixa Llei.⁶ En l'accessió invertida, malgrat que la Jurisprudència, tal com ens ha

² Vegeu la S. del T.S. de 10-XII-1980.

³ Vide Civ. 363. La mala fe, pot fer caure el principi. La mala fe, però, està molt matizada en aquest cas. Vide sic, art. 364-1 i 364-2 C.C.

⁴ L.H. 34-2; 36 a), i S. T.S. 22-IX-1984.

⁵ Vide nota anterior.

⁶ Vegeu Roca-Sastre, «D. Hipotecario» T.I., Barcelona, 1979, pàgs. 742 i següents. SS. del T.S. 20 desembre 1964, 23 març 1906.

precisat amb claredat el Dr. Pou de Avilés, exigeix la concorrència del requisit de la *bona fe* en aquell que s'extralimita, és a dir, *que desconegui que s'extralimita*, que desconegui que actua més enllà de l'àmbit territorial del seu domini, l'exigència que no podia adonar-se de l'extralimitació, que no podia evitar el coneixement de l'error, està molt matisada ja que, mantinguda al peu de la lletra, faria pràcticament impossible que existís bona fe en tots els casos d'extralimitació. El que en realitat està passant és que *la conducta passiva de l'envait*, que ni utilitza l'interdicte *d'Obra Nova*, ni tan sols protesta,⁷ induceix a creure invenciblement a l'invasor que el seu terreny arriba allà on edifica, perquè no és lògic que, d'existir extralimitació, el perjudicat que ho presencia, no reaccióni, protesti o es defensi. Però, si penetrem en el fons de la qüestió i diem les coses pel seu nom, hem de proclamar que aquesta actitud del que sofreix la pertorbació dóna lloc a generar en la ment del que s'extralimita la creença sòlida i fonamentada que al perjudicat li sembla bé, que ho permet (malgrat la Jurisprudència que diu que coneixement no és el mateix que consentiment) i així, penetra en la nostra Jurisprudència —complementant el nostre ordenament jurídic— la doctrina germànica —sense anunciar-la pel seu nom— de la Verwinkung com a derivació del principi de bona fe.⁸ Segons aquesta doctrina les reclamacions i els litigis han de plantejar-se dintre d'un temps *reasonable*. Quan la dilació de l'affectat pot ésser objectivament considerada com una contravenció a la bona fe, és inadmissible. La «Verwinkung» és una institució afí, però diversa de la prescripció extintiva, jurídicament útil i d'interès perquè com diu Bohemer (segons Díez Picazo) avui ja s'han superat sociològicament els terminis de la prescripció que són massa llargs. Les funcions, però, de la prescripció i la Verwinkung són diferents. En els dos casos (prescripció i Verwinkung), cal, per a l'extinció d'un dret, el transcurs d'un temps de passivitat sense atacar la conculcació. En la prescripció, com diu Díez Picazo, n'hi ha prou amb el simple transcurs del temps inactivament. En la Verwinkung cal una altra cosa, no és suficient el pas del temps; segons *les circumstàncies de cada cas* (aquí ha d'actuar la sensibilitat creadora i regeneradora del Jutge en determinar el Dret —dic determinar i no aplicar, amb Vallet que així utilitza un terme més adient—), cal que la *conducta omissiva* faci inadmissible l'exercici posterior per contrariar la bona fe, i ésser abusiu i ja massa tardà. La doctrina de la Verwinkung, destil·lació d'una posició iniciada per Riezler sobre la base de textos romans i del Dret intermedi i francament consagrada per una copiosa Jurisprudència alemanya, és poderosament xuclada en aplicar-se en els freqüents casos presents en què el teòric perjudicat contempla com l'edifici que s'està construint envaeix

⁷ Aquesta actitud d'abstenció està valorada en la Sentència de l'A.T. de Barcelona de 9 juny 1978 i en la del T.S. de 10 desembre 1980 entre d'altres.

⁸ Vide 242 del BGB i el seu paral·lel 7-1 C.C espanyol

uns pams en el seu propi territori, i lluny de protestar deixa que s'acabi l'edificació sense requerir, ni intentar conciliació, ni utilitzar l'interdicte d'Obra Nova. Així, el que podrà demanar després, pensa, serà molt. Això és contrari a la bona fe, i impedeix segons aquesta doctrina, l'exercici de la reivindicació. Advertim, doncs, que lluny de posar, la doctrina espanyola, èmfasi en el caràcter invencible del desconeixement de l'extralimitació, bascula més cap a l'actitud del teòric perjudicat, aproximant-se o millor dit, assumint encara que sense dir-ho expressament la doctrina de la Verwinkung que si va desarollar-se a l'empar de l'art. 242 del BGB, aquí, ja introduïda implícitament, és possible explicitar-la a l'empar del núm. 1 de l'art. 7 del nostre C.C.

També aquí, la transcendental Sentència de l'A.T. Sala 2ona. de Barcelona, de 9 de juny de 1978 que va saber estendre, com el *ceteraque* d'Ulpià, la incorporació de coses corporals a la incorporació de béns incorporals o servituds, va tenir l'autèntica sensibilitat de prendre com a fets jurídicament sensibles la conducta omissiva del perjudicat per aplicar la doctrina de la Verwinkung nascuda per síntesi germànica dels textos romans i del dret intermedi, i sentida i ratificada implícitament ja per la nostra Jurisprudència.

Però és més, sense haver de fer especials esforços doctrinals, cal adonar-se que un cas particular d'aplicació de la doctrina de la «Verwinkung» (que la doctrina de la Sentència de l'A.T. de Barcelona, tantes vegades esmentada va saber observar) està en l'art. 364 del nostre C.C. el qual amb tota fluïdesa i senzillesa diu: «Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino *también* por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe».

La mala fe del suposat perjudicat esterilitza l'efecte negatiu del que edifica de mala fe. I, ¿en què consisteix la mala fe de la víctima de la invasió, la mala fe d'aquella persona a qui envaeixen? El Codi Civil mateix ens ho diu: «Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que *el hecho se hubiera ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse*».

Així doncs, heus aquí la «Verwinkung» clarament admesa. Quan es fa l'obra, i l'amo del terreny ni protesta, ni intenta conciliació, ni dedueix l'interdicte, i deixa que s'acabi, actua de *mala fe*, i ja no es pot fer amb les conseqüències que es derivarien, fins i tot, de l'actuació de mala fe del qui incorpora.

Això vol dir, parlant clar i català, que en l'accessió invertida l'amo del terreny que *sofreix l'extralimitació*, si executada a la seva vista, ciència i paciència *no s'hi oposa*, malgrat que l'invasor sàpiga que està envaint, aquest mateix invasor, com a conseqüència de la conducta de l'envaït, queda convertit en *invasor de bona fe*, i amb aplicabilitat conseqüent de la doctrina de l'accessió invertida com a conseqüència de la tolerància de l'envaït, que així, atrau la doctrina de la Verwinkung, i la directíssima aplicació de l'art. 364 del C.C., que qualifica

de titular de *mala fe*, a l'envaït que no protesta. La sensibilitat clarament perceptible que, al respecte, mostraven els nostres Jutges feia, sense necessitat d'esmentar la doctrina alemanya de la *Verwinkung*, que captessin que en l'actitud del que deixava a ciència i paciència edificar sobre el seu propi terreny, esperant una substancial reclamació posterior, hi existia una profunda dosi de mala fe en el sentit de l'art. 364-2 que embrutia l'exercici posterior del dret, i el feia ineficaç.

Així doncs, el principi de bona fe, serveix per a determinar, salvada la conservació del tot,⁹ les conseqüents compensacions i opcions, atribuint aquestes facultats al titular de bona fe, i negant-les al de mala fe.

III. El principi general que *el principal absorbeix l'incorporat*.

És cert que si l'amo del sòl penetrava les seves facultats fins a l'infern, i les enlairava fins al mateix cel, el sòl era tan i tan important que tot, al seu costat, quedava minimitzat i empallidida; és clar que el solar era el principal; si afegim que el que s'incorporava en edificar eren coses (és clar abans d'incorporar-se) mobles i en tota l'edat mitjana se sentia íntimament allò de *res movilis res villis*, no hi ha dubte que si existia el principi *aedificatio solus cedit* era perquè es considerava sempre que el principal era el terra, el solar o àrea com deien els romans.

L'anomenat principi *aedificatio solus cedit* era més que un principi, tan sols una conseqüència d'un altre més superior i allunyat de les circumstàncies del cas. Que al principal segueix l'accessori. I aquest és el que ha quedat.

En el moment en què, tot envaint-se un tros de terreny aliè, l'edifici és el principal,¹⁰ a ell s'incorpora la llenca de terreny aliè, que és l'accessori. També en la Sentència de l'A.T. de Barcelona, s'incorpora a l'edifici no ja un tros de solar aliè, sinó unes llums i vistes, les quals per ésser legitimades com a pro-

⁹ Atenció a Civ. 363. Però vegeu el que abans hem dit en la nota 3 i en el text d'aquesta contestació sobre el valor de l'actitud d'abstenció de l'envaït.

¹⁰ Vegeu S. del T.S. d'1 d'octubre de 1984, àmpliament tractada en el Discurs del Dr. Pou de Avilés. El caràcter absolut del principi *Superficies solo cedit*, com a derivat que el dret de domini arriba fins al cel «usque ad celum» per dalt i fins a l'infern per baix, ha estat posat en dubte per Jerónimo González que qualifica d'ensenyoració oriental la potència vertical del domini i esmenta dos texts de Paulus i Venuleius que obsten a tal caràcter. El primer (L.I. pr. D. De Servi, proed. urb. 8,2) diu *quia coelum, quod supra idem solum intercedit, liberum esse debet*, és a dir, no s'admet a certa altura la servitud entre dos edificis (recordem la resonància d'aquest principi, en l'ordenació «De passatges», sic. el pontet que uneix dos edificis en el carrer del Bisbe de Barcelona) «perquè el cel ha d'ésser lliure». L'altre, més dubtos, fa esment a una servitud sobre el sepulcre de caiguda d'aigües —L. 22, pr 4 D. *quod vi aut clam, 43,24*— però el que és més clar és el d'Ulpia L.29, prf. 1, D. «Ad leg». Aquil. 9,2... La frase ...*bi quod his in suo protexit, ille in alieno fecit*, en distingir la terra com a propi i allò de sobre com a alien, també periclitava el principi de verticalitat. Vegeu, doncs, Jerónimo González «Estudios del Derecho Hipotecario y Derecho Civil», tom II, Madrid, 1948, pàg. 196.

pietat dominical, obliguen a incorporar una llenca de terreny.¹¹ I la incorporació es va fer a ciència i paciència del titular del terreny que, en no protestar al seu temps, per la Verwinkung i pel joc dels arts. 364, en relació al 361, va veure el seu dret reduït a una simple indemnització.

LA INCORPORACIÓ DE LES VISTES

La solució donada per la Sentència de l'A.T. de Barcelona de 9 de juny de 1978 és també congruent amb la tradició jurídica catalana i constitueix una manifestació de profunda i delicada cura vers la conservació i desenvolupament del Dret del Principat.

Cal aclarir que, a Catalunya, la necessitat de l'existència de títol (amb exclusió de la usucació) per a la constitució de servitud de vistes, no és perquè en el Principat es vulguin tancar les finestres, o per guardar la intimitat de les llars tot evitant el xafardeig dels veïns, ans al contrari, les disposicions consegüents¹² obeyeixen al propòsit que s'obrin les més finestres possibles. No es tracta de tancar-les, sinó d'obrir-les. Llum i vistes amb abundància. I és que, quan l'interès individual i les conseqüències d'actuacions individuals coincideixen amb el bé comú, és clar que aleshores estem davant d'un Dret sa, susceptible d'acomplir-se espontàniament, fruit de les decisions d'un poble intel·ligent que pot caminar sol i que no necessita ni inspectors, ni inspectors d'inspectors ni sancions, més propis del despotisme dels albors de la història que del refinament de la civilització.

Amurallades moltes i moltes ciutats, construïdes les cases estretament en el territori circumdat per la muralla i així protegit, es tractava que cada veí deixés obrir la finestra al seu altre veí, de la manera més fàcil i innòcua possible. Si el meu veí, en obrir la finestra, amb el temps adquirís drets, segur que jo no li deixaria obrir. L'única manera que li deixés obrir és que sabés que, si jo volia edificar, podria aixecar i tapar la finestra, encara que portés oberta més de 30 anys, tota vegada que ella ni tan sols és posseïda i no hi cabria ni la defensa interdictal.

I així per tolerància es varen obrir moltes i moltes finestres. Aquesta regulació obeïa més a una finalitat no *adversus* finestra sinó pro-finestra, pro-llum, pro-ventilació.

Avui, sense les muralles, canviades les circumstàncies, queda viva aquesta tendència críptica «pro finestra», i per això la solució de la Sentència de l'A.T.

¹¹ La Sent. 10 de desembre de 1980 està àmpliament comentada en el Discurs que es contesta.

¹² Sic. Ordinacions de Santacília 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18, etc. Sic. Comp. Catalunya 283, 2o., 3o., 4o. i 7o.

de Barcelona (després el Tribunal Suprem —Sentència de 10-XII-1980— en cassació procedent d'un altre litigi, amb altres arguments, conserva el mateix tipus de solució que és bona i concordant amb la *ratio rationis legis* —encara que no amb la *ratio legis* del nostre Dret) mostra així una extraordinària capacitat d'auscultació, conservació, adaptació, modernització i percepció de la més íntima i real entranya de les nostres institucions.

Encara que el Suprem entén que l'incorporat no és una servitud, sinó la provocada adquisició d'una franja de terreny conseqüència de la utilització del vol, bé en forma de voladís, bé xuclant la llum, sempre es tracta d'aquell ampli, flexible i hàbil *ceterea* d'Ulpià, que ja la fina sensibilitat del Magistrat de la nostra Sala 2a. va saber percebre. L'última finalitat volguda pel nostre Dret, més finestres, ha estat atesa.

CONCLUSIÓ

Les conclusions de l'Acadèmic Dr. Pou de Avilés són plenament subscrites, amb la convicció que, aquí a Catalunya, l'interès individual és tan sàviament dirigit i autoconduït pel mateix poble, que camina indeteniblement en el mateix sentit que l'interès comú i l'interès social, la prevalència dels quals patrocinia el Dr. Pou de Avilés i que tots, així, sentim igualment. Acabem amb la nostra respectuosa felicitació al Dr. Pou de Avilés.

ÍNDEX

<i>Discurs d'ingrés per l'acadèmic de número Dr. Josep M.</i>	
<i>Pou de Avilés</i>	7
Salutació	7
ACCESSIÓ INVERTIDA: NOUS HORIZONS	8
I. Accessió i principis «superficies solo cedit»	8
II. Precedents legislatius. Regulació del Codi Civil i la Compilació catalana	10
III. Anacronisme del principi «superficies solo cedit». Allò principal no és necessàriament la terra	12
IV. Extralimitació en l'ús de les facultats del domini en relació amb el vol	13
V. La posició de la jurisprudència davant l'accessió invertida	16
VI. L'aplicació de la doctrina de l'accessió invertida en cas d'ocupació del vol, no pas del sòl, d'una finca veïna	23
VII. Conclusió	27
Bibliografia	31
<i>Contestació per l'acadèmic Dr. Josep Joan Pintó i Ruiz</i>	35

