

**ACCESIÓN, SUCESIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO  
MATRIMONIAL  
(REFLEXIONES A LA LUZ DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN  
DE 3 DE DICIEMBRE DE 2010)**

María del Carmen BAYOD LÓPEZ  
*Acreditada como Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO

I. LOS HECHOS. § 1. ¿DE QUE VA EL CASO? § 2. EL ITER DE LOS ACONTECIMIENTOS: CONSTRUCCIÓN EN FUNDO AJENO CON DINERO CONSORCIAL. § 3. FUNDAMENTOS Y FALLOS DE LOS DIVERSOS PROCESOS. 1. *Sentencia de 30 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca.* 2. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de mayo de 2010.* 3. *El Fallo de la S. TSJA de 3 de diciembre de 2010.*

II. ACCESIÓN, SUCESIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. § 4. ACCESIÓN Y PROPIEDAD: CONSTRUCCIÓN POR UN TERCERO EN SOLAR AJENO CON MATERIALES PROPIOS. 1. *El punto de partida del Código civil: Un único dueño del conjunto.* 2. *El artículo 361 Cc. Teorías y problemas.* A. *La adquisición diferida de la propiedad de la obra.* B. *La accesión: un modo de adquirir inmediatamente la propiedad.* C. *Otro problema: ¿es relevante la mala fe del dueño del suelo en el 361 Cc.?* § 5. LO QUE DICE EL TSJA Y LO QUE A MÍ ME PARECE MEJOR. LUCES Y SOMBRAS. 1. *Aciertos y desaciertos: algunas cuestiones de régimen económico matrimonial y accesión.* A. *Justicia rogada y casación.* B. *Estamos ante un problema de accesión: esta es la clave y la solución depende del presupuesto teórico del que se parta.* 3. *Accesión, sucesión y normas de régimen económico matrimonial. Mi visión de los acontecimientos.* A. *El origen del problema.* B. *¿Se aplica a este caso el art. 361 Cc. o, como dice la Sala, «existe una relación jurídica entre las partes que hace inaplicable las reglas sobre la accesión»?* C. *La accesión a favor del dominus soli: el ejercicio de la opción.* D. *La propiedad de la obra por derecho de accesión.* E. *Sucesión: la propiedad de la vivienda corresponde al cónyuge heredero.* F. *El régimen económico matrimonial: la indemnización tiene natu-*

*raleza consorcial y en la liquidación forma parte del activo consorcial: artículo 262 en relación con el artículo 210 CDFA. III. BIBLIOGRAFÍA.*

## I. LOS HECHOS

### § 1. ¿DE QUÉ VA EL CASO?

La sentencia de 3 de diciembre de 2010 del TSJA<sup>1</sup> resuelve un asunto en el que se entremezclan normas de Derecho civil patrimonial, contenidas en el Código civil español (no hay normativa aragonesa propia) con normas de régimen económico matrimonial legal aragonés, que permitirán determinar la calificación jurídica que deba tener la construcción de una vivienda realizada con dinero consorcial en fundo ajeno, heredado, con posterioridad, por uno de los cónyuges.

Las aristas que surgen de esta controversia no son pocas, tanto desde el punto de vista de las reglas de la accesión: ¿es automática o diferida?; como, y sobre todo, desde el punto de vista de la calificación jurídica que deba tener la construcción hecha con dinero consorcial: ¿Se puede calificar de consorcial una vivienda construida en fundo ajeno?, ¿es posible inscribir dicha construcción como de «plena propiedad del consorcio conyugal» siendo el solar propiedad de un tercero?

Me parece éste un caso de especial interés ya que en él la posición teórica que se adopte tanto desde el punto de vista de la accesión, como desde el punto de vista del régimen económico matrimonial (a quién y cuándo se aplica) pueden, tal vez, llevarnos a soluciones distintas.

La solución de la STSJA es correcta desde el punto de vista teórico del que creo que parte y posiblemente la más adecuada también desde el punto de vista de lo justo, pero me gustaría hacer algunas reflexiones ya que si tomamos un enfoque teórico distinto, la solución, desde luego, es otra.

Como se verá, no es este un caso de Derecho civil foral aragonés, solo en parte resulta aplicable alguna norma del régimen económico matrimonial, sino que es, sobre todo, un caso de accesión y de cómo entender su naturaleza que, adelanto ya, no comparto con la teorización y premisas de la Sala, sin perjuicio, insisto, de la corrección del fallo al partir de una premisa admitida por la doctrina mayoritaria; mi opinión es la minoritaria.

---

<sup>1</sup> RDCA, XVII, 2011, marginal 10. Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA.

Con todo, la solución que a mí me parece mejor es más acorde con las pretensiones del demandante, que es la parte que pierde el pleito; pero decir esto para mí es mucho más sencillo, ya que no estoy sujeta al rigor del artículo 218 LEC, que es en el fondo también una de las claves del problema: el juez debe absolver o condenar en función de lo que se le pide, sin alterar la causa de pedir; ¿podría el Juez en este caso haber hecho otra cosa?

## § 2. EL ITER DE LOS ACONTECIMIENTOS: CONSTRUCCIÓN EN FUNDO AJENO CON DINERO CONSORCIAL

El fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de 3 de diciembre de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón relata con extrema precisión los hechos que dan lugar a esta controversia, que se manifiesta fundamentalmente tras el proceso de separación de los cónyuges y la liquidación del régimen económico matrimonial: ¿Qué naturaleza tiene la vivienda construida con dinero consorcial en terreno ajeno?

Veamos los hechos (invento el nombre de los protagonistas y, en parte, el lugar).

Juan y Juana, de vecindad civil aragonesa, contraen matrimonio el 29 de agosto de 1982, sin haber otorgado capítulos matrimoniales.

Entre 1982 y 1983, ya casados y con dinero común, construyen sobre un solar de un tío del marido (Lorenzo), y con su conocimiento, una vivienda en la que se establece el domicilio familiar.

Entre 1987-1988 se sigue procedimiento de separación entre los esposos, obteniéndose sentencia de separación en 1990, pero dejando para ejecución de la misma la fijación de las medidas.

En 1991, Lorenzo, el tío del marido y propietario del solar sobre el que se ha construido la vivienda, otorga ante notario escritura de declaración de obra nueva procediendo a inscribir a su nombre la edificación construida por sus sobrinos, dando lugar a la inscripción 5ª de la finca.

En 1992, en ejecución de la sentencia resultante del referido procedimiento de separación entre los cónyuges se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa y a la hija del matrimonio.

Ese mismo año, Lorenzo ejercita acción de desahucio contra Juana: en primera instancia se estima la demanda, pero es revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca.

En 2004, fallece Lorenzo, en estado de soltero y sin haber otorgado testamento, sus hermanos resultan ser sus herederos, entre los que está el padre de Juan, quién había otorgado testamento a favor de su hijo. Tras la muerte de Lorenzo fallece el padre de Juan sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermano; en ejercicio del *iure transmissiones* Juan acepta la herencia de su padre y la delación a la herencia de su tío Lorenzo, adquiriendo por este título el solar

sobre el que se construyó con dinero consorcial la vivienda familiar objeto de controversia, lo que da lugar a la inscripción 6ª en el Registro de la Propiedad.

En 2006 se sigue procedimiento de divorcio entre Juan y Juana; en apelación se suprimen las medidas relativas a la pensión de la hija del matrimonio y al uso de la vivienda.

Juan interpone demanda contra su esposa y el consorcio conyugal afirmando que, por derecho de accesión, le corresponde el pleno dominio de la vivienda, previa indemnización a la esposa del dinero invertido por ella tras la separación de los cónyuges así como el abono al consorcio conyugal la suma total invertida en la construcción de la vivienda.

Ésta es la pretensión objeto de controversia: Juan es propietario de la vivienda por derecho de accesión y debe al consorcio el dinero invertido en su construcción. El fundamento legal se halla, según la parte actora, en el artículo 38.7º Compilación del Derecho civil de Aragón, actual artículo 211.h) CDA.

Este argumento es la clave de todo lo demás: se fundamenta un caso de accesión del artículo 361 Cc en normas de régimen económico matrimonial.

### § 3. FUNDAMENTOS Y FALLOS DE LOS DIVERSOS PROCESOS

#### 1. Sentencia de 30 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca

Juan, como hemos dicho, solicita del Juzgado que «se declare su derecho a: A) hacer suya en pleno dominio la casa construida en Ansó núm. y, previa indemnización a la demandada (Juana) de x euros actualizados a la fecha del efectivo, B) Subsidiariamente, y para el caso de que lo anterior no prospere, se declare el derecho de Juan a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, previa indemnización a la sociedad consorcial formada por el demandante y la demandada Juana de x euros, actualizados a la fecha de efectivo pago, C) la obligación de desalojar la demandada la vivienda sita en Ansó y d) se condene a la demandada al pago de las costas.

Juana contesta la demanda solicitando la desestimación de la misma y la expresa condena en costas; formula, a su vez, reconvencción interesando que «se dicte una sentencia por la que se declare que la casa sita en Ansó núm. y es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por Juan y Juana, se condene a Juan a estar y pasar por ello, e igualmente se acuerde que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 6ª del Registro de la Propiedad».

La sentencia declara lo siguiente:

*Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de Juan contra Juana, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos frente a ella deducidos. Que estimando la reconvencción formulada por la representación procesal de Juana, debo declarar y declaro que la edificación (casa-vivienda) sita en Ansó núm. y, es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por Juan y Juana y, consecuentemente, se condene a Juan a estar y pasar por la anterior declaración, acordándose que procede la*

*rectificación registral de las inscripciones 5ª y 6ª. Las costas procesales de la demanda y la reconvencción se imponen a la parte demandante.*

De este fallo me parece objeto de reflexión la siguiente afirmación: *debo declarar y declaro que la edificación (casa-vivienda) sita en Ansó núm. y, es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por Juan y Juana, ¿es esto posible? ¿Cómo un edificio puede ser propiedad de un tercero que no es dueño del solar, sin que haya un mecanismo legal por el que se pueda atribuir una propiedad separada como así lo permite en nuestro ordenamiento el derecho de superficie o la propiedad horizontal, además de los derechos de vuelo y subsuelo?, ¿cómo se inscribe esta propiedad consorcial en terreno ajeno en el Registro de la Propiedad?*

## 2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de mayo de 2010

Juan interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia; la AP estima su recurso y revoca la sentencia de Primera Instancia, desestima la reconvencción interpuesta por Juana, y estimando parcialmente la demanda, se declara que Juan: *tiene derecho a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, núm. y, previa indemnización a la demandada de la cantidad de x euros desembolsados entre 1982-1983, actualizados a la fecha de su efectivo pago más x euros de abril de 1996 actualizados a la fecha de su efectivo pago, declaramos también la obligación de la demandada de desalojar la referida vivienda una vez le sean satisfechas las cantidades anteriormente indicadas.*

El fundamento jurídico del que parte la AP para estimar el recurso de apelación es el siguiente: *Al heredar el actor a su tío «Lorenzo» se ha producido una suerte de confusión entre patrimonios de uno a otro de modo que el actor ya no puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo propiedad del actor, pero sí se puede afirmar que su sociedad conyugal edificó sobre un terreno privativo suyo, por más que al tiempo de la edificación el terreno no fuera del actor sino de su tío, al que ha heredado, produciéndose la confusión de patrimonios (...).*

Considera, la Audiencia que por terminar siendo privativo del marido el solar sobre el que se ha construido la vivienda, es de aplicación el artículo 29.h) de la Lrem [hoy 211.h) CDFR] y añade: *Otra cosa es que la deuda del actor, como dueño del terreno, tiene con su sociedad consorcial, por la construcción del edificio sobre dicho terreno, e incluso con la demandada por las obras que la misma ha hecho con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal.*

Como fácilmente se observa la AP trata un problema de accesión como un caso de régimen económico matrimonial: la casa es privativa del marido porque termina siéndolo el solar, y por ello resulta de aplicación el artículo 29.h) Lrem: ¿de verdad es esta la norma aplicable? Y algo más: ¿hay confusión de patrimonios en la sucesión aragonesa?

Estos fundamentos que llevan a la AP de Huesca a atribuir la propiedad de la vivienda a Juan son debatidos y rechazados por el TSJA, en la sentencia que comentamos.

La solución que propone la AP me parece correcta: la casa construida sobre el solar de Lorenzo debe ser propiedad de Juan, porque ya lo era de su tío a quien él hereda, pero no, como luego explicaré, porque haya confusión de patrimonios o se aplique el artículo 29.h) de la Lrem [hoy 211.h) del CDFA]; simplemente porque su tío ya era el propietario de la vivienda, aun cuando no hubiera liquidado el estado posesorio que impone el artículo 361 Cc.

### 3. El Fallo de la Sentencia del TSJA de 3 de diciembre de 2010

Contra el fallo de apelación, Juana recurre en casación con base en la infracción de los siguientes preceptos:

1. Infracción de los preceptos de la Lrem y de la Compilación del Derecho civil de Aragón, todos ellos relativos al régimen económico matrimonial, por estimar que la edificación era un bien común del matrimonio y que disuelta la sociedad conyugal y hasta tanto no se proceda a su división, son incrementos del bien común tanto las obras efectuadas por uno de los cónyuges como la adquisición del suelo sobre el que se asienta la edificación, a expensas de la liquidación y división del patrimonio consorcial y sin perjuicio de los reintegros que procedan.
2. El motivo segundo se fundamenta en infracción de los artículos 358, 361, 362, 453 y 1.359 Cc.
3. El tercer motivo alega infracción de los artículos 453 y 454 en relación con el artículo 361Cc sobre la accesión que la sentencia recurrida declara a favor del actor.
4. Por último, se alega infracción de los artículos 40 y 34 LH, en relación con las rectificaciones registrales solicitadas por la recurrente en su demanda de reconvencción.

El Tribunal Superior declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por Juana, y, en consecuencia, casa y anula la sentencia de la AP de Huesca de 11 de mayo de 2010, confirmando la sentencia del Juzgado, desestimando, por ello, la demanda interpuesta por Juan y estimando la reconvencción en los términos que resultan de la sentencia de instancia.

Por lo tanto mantiene el TSJA la afirmación de que la vivienda construida en terreno ajeno es un bien consorcial, o como dice la sentencia de 1ª Instancia: *la edificación (casa-vivienda) sita en Ansó núm. y, es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por Juan y Juana.*

Las razones que para ello aduce el TSJA son las siguientes:

- 1ª Infracción del artículo 37.h) Comp., norma aplicable al caso, ya que la vivienda se construye en 1982-1983, así lo establece la DT 2ª de la Lrem., (hoy la novena del CDFA), puesto que en ese momento el solar no era propiedad del marido, a pesar de haberlo heredado con posterioridad.

2ª Infracción de los artículos 361 y concordantes, puesto que los mismos son inaplicables al caso, ya que al haber mediado consentimiento del tío no son aplicables dichas normas de accesión. Lo que «*lleva a una situación de una titularidad actual del suelo, la del actor, y una titularidad sobre la edificación de la sociedad consorcial sin liquidar, que no permite al primero la opción de hacer suya la edificación pero sí de obtener la debida compensación por el terreno*. En tal caso no procede hacer declaración alguna sobre los gastos a los que hacen referencia las sentencias por las obras realizadas con posterioridad a la edificación, (...) que se deben someter, en su caso, a la liquidación y división del patrimonio consorcial».

3º Por último, declara el tribunal que las inscripciones 5ª y 6ª sólo deben referirse al terreno y no a la construcción.

Cada una de las instancias ha llevado un camino diverso en su resolución pero todas ellas han hilvanado el fallo en torno a la aplicación de normas de régimen económico matrimonial, pero no se puede perder de vista que las normas de régimen económico sólo son aplicables entre cónyuges, y no respecto de terceros.

A mi juicio la pregunta es: ¿Qué derechos tienen «Juan y Juana» como edificantes de buena fe en suelo ajeno? Esos derechos son los que deberán ser calificados en el proceso bien como consorciales bien como privativos, pero nunca frente a terceros: al *dominus soli* no le afecta esa calificación; él deberá indemnizar o vender el suelo a Juan y a Juana, y sólo entre ellos la indemnización o la adquisición del suelo y el suelo será común o privativa.

Obviar esta premisa ha provocado, según creo, un alejamiento de la solución que a mí me hubiera parecido mejor.

El punto de partida debe ser la accesión y su régimen jurídico.

## II. ACCESIÓN, SUCESIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL<sup>2</sup>

### § 4. ACCESIÓN Y PROPIEDAD: CONSTRUCCIÓN POR UN TERCERO EN SOLAR AJENO CON MATERIALES PROPIOS

#### 1. *El punto de partida del Código civil: Un único dueño del conjunto*

El CDFA no regula la accesión por lo que resulta aplicable supletoriamente el Código civil (art. 1.2 CDFA en relación con el artículo 149.1.8ª y 3 CE).

---

<sup>2</sup> En la redacción de este apartado en particular he tenido en cuenta la doctrina más relevante en la materia, que aparece al final del trabajo. Sólo citaré expresamente en la redacción de estas notas alguna opinión que me parezca fundamental para el discurso que desarrollo.

La accesión regulada en el Código civil (arts. 358 y ss.) es desde hace más de una centuria una materia sobre la que la doctrina no se pone de acuerdo ni en lo que atañe a su naturaleza: es o no un medio de adquirir el dominio; ni siquiera, y tratándose de accesión inmobiliaria, en su forma de actuar: es o no automática la adquisición de la obra por el dueño del suelo y, en su caso, cuándo y cómo prescriben las acciones para adquirir la obra o enajenar el suelo.

Ciertamente, y por lo que respecta a su naturaleza, la accesión no aparece en la nómina del artículo 609 Cc como uno de los medios de adquirir el dominio, de ahí que para algunos autores estemos ante una modificación del objeto de los derechos reales<sup>3</sup> y no ante un modo de adquirir la propiedad<sup>4</sup>.

Sea como fuere, las normas sobre accesión sí atribuyen la propiedad a un sujeto: al dueño de la cosa principal, entendida ésta como la más valiosa y tratándose de accesión inmobiliaria al dueño del suelo. Como recuerda ALONSO PÉREZ, trayendo a colación diversas resoluciones de la DGRN, el artículo 358 Cc está ordenado para procurar una más clara atribución de las titularidades, en el sentido de que su efecto consiste en que sobre cada solar recaiga solamente una exclusiva propiedad<sup>5</sup>.

En efecto, la regla *superficies solo cedit* procedente del Derecho romano e incorporada al Código civil español a través del *Code* y de los estudios de Pothier<sup>6</sup>, trae a nuestro ordenamiento una máxima que impide, salvo en aquellos supuestos previstos en la ley, la disociación de la propiedad inmobiliaria: el dueño del suelo, titular del *ius aedificandi*, lo es también de lo construido, sembrado o plantado, tanto por él como por terceros, salvo que éstos sean titulares de un derecho de superficie, de aprovechamiento separado o de propiedad horizontal; la construcción, si no está en alguno de estos casos no abre folio registral ni es inscribible, sólo lo es la finca.

En razón de lo anterior, los arts. 360 a 365 disciplinan las reglas de la accesión inmobiliaria cuando un tercero, con materiales propios o ajenos siembra, planta o construye en terreno ajeno, o incluso cuando es el dueño quien desarrolla dicha actividad empleando materiales de un tercero.

En todos los casos, el criterio es atribuir la propiedad del conjunto a un solo sujeto, en principio al propietario del suelo.

La razón no es otra que su titularidad sobre el *ius aedificandi*, que ha sido utilizado por un tercero, de buena o de mala fe, pero sin que exista un convenio que le otorgará tal facultad, lo que conlleva una inmisión ilegal en la propiedad

---

<sup>3</sup> Por todos, DÍEZ PICAZO, José Luis: *Fundamentos de Derecho patrimonial*, Tecnos, 1978, p. 194 y ss.

<sup>4</sup> Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, T. II, 1984, p. 318.

<sup>5</sup> ALONSO PÉREZ, María Teresa: *La construcción en finca ajena, Estudio sobre el derrogo de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, Madrid, 2000, pp. 40 y ss.

<sup>6</sup> POTHIER: «Traité du droit de domaine de propriété», *Oeuvres complètes* vol. 9, París 1861, pp. 156 y ss.

ajena, de ahí que el dueño del suelo tenga derecho a la propiedad de la obra, indemnizando o no al constructor en función de su buena o mala fe e incluso pueda obligarle a adquirir el terreno trasmitiéndole, en consecuencia, la propiedad del suelo y de la obra.

Ahora bien, en la sentencia que comentamos el Tribunal Superior en su Fundamento de Derecho Cuarto afirma que *la única opción que tiene el dueño del suelo es la de enajenárselo al consorcio conyugal: ¿con razón?*

## 2. *El artículo 361 Cc. Teorías y problemas*

La regulación de la accesión y, en particular, el supuesto que nos ocupa: construcción en solar ajeno con materiales propios y sin oposición del dueño del suelo, es uno de los casos más controvertidos y en el que no existe unanimidad doctrinal a la hora de determinar si es o no automática la adquisición de lo construido por el dueño del suelo.

El artículo 361 del Cc dispone:

*El dueño del terreno en el que se edificar, sembrar o plantar de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno y al que sembró, la renta correspondiente.*

La discordia y la falta de unidad en la interpretación proviene de la redacción del artículo 361 Cc. en la expresión «hacer suya la obra», lo que ha llevado a la doctrina a mantener dos posiciones enfrentadas, a saber: una, mayoritaria, seguida también por la jurisprudencia del TS desde la sentencia de 2 de enero de 1928, partidaria de la adquisición diferida de la obra por parte del *dominus soli*; y otra, minoritaria, a la que me sumo y que va ganando adeptos, que defiende, ya desde los años 40 del siglo pasado, la adquisición automática de la obra por parte del dueño del suelo a medida que se van incorporando los materiales a él.

### A. *La adquisición diferida de la propiedad de la obra*

La mayoría de la doctrina civil<sup>7</sup>, y la jurisprudencia desde los años veinte, sostienen que la accesión contemplada en artículo 361 Cc está doblemente condicionada: primero a la opción que en dicha norma se atribuye al *dominus soli*, y 2º al pago de lo finalmente accedido, bien al pago de la obra, bien a cobrar el precio del terreno, si acaso se elige esta opción.

Los problemas que plantea esta teoría entre tanto se ejercita o no alguna de las facultades a que da derecho el precepto son muchas y complejas: ¿se puede embargar la construcción por deudas del dueño del suelo?, ¿y por deudas del

---

<sup>7</sup> Cabe citar como autores más destacados a LACRUZ, Díez-PICAZO, CARRASCO PERERA, GARRIDO DE PALMA, y muchos más, a excepción de los que luego diré.

constructor?; ¿tiene plazo y cuál, en su caso, el ejercicio de la opción del dueño del suelo?; ¿es posible y por qué causas, perder el derecho de opción?, ¿se puede usucapir la obra o el suelo?; ¿cabe la acción reivindicatoria por las partes en discordia?

Todo un dilema que no encuentra fácil solución.

Para la jurisprudencia del TS y buena parte de la doctrina científica hasta tanto el *dominus soli* no ejercite la opción, calificada ésta como un derecho potestativo o de configuración jurídica a favor del dueño del suelo, la construcción carece de dueño y, desde luego, no puede ser inscrita, como obra nueva, en el registro de la propiedad, salvo por el dueño de la finca. El plazo del ejercicio de este derecho sería de 30 años.

Para otros, entre los que se encuentran DÍEZ-PICAZO y GARRIDO DE PARMA, existe una propiedad separada del suelo y del edificio en espera del ejercicio de la opción por parte del *dominus soli*.

Como ha señalado CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA<sup>8</sup> en un excelente trabajo, esta especificación de la tesis mayoritaria que defiende la existencia de dos propiedades separadas aún presenta mayores problemas de encaje en nuestro Derecho, ya que no es posible el dominio separado sobre edificios si no está amparado por un derecho de superficie, de aprovechamiento o de propiedad horizontal, de ahí que no tenga la construcción separada acceso al registro, y de nada valgan pretendidas anotaciones registrales sobre un derecho que no se sabe si llegará a ser (arts. 29, 98 y 305 LH) y, por ello, que no pueda tener efectos frente a terceros.

Pero no olvidemos que es esta la tesis mayoritaria.

## B. *La accesión: un modo de adquirir inmediatamente la propiedad*

Un sector minoritario de la doctrina<sup>9</sup>, al que me sumo, considera que la accesión regulada en los artículos 358 y ss. Cc es un modo de adquirir el dominio (así lo participaba GARCÍA GOYENA, al comentar la accesión).

---

<sup>8</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «El automatismo en la accesión inmobiliaria», *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 43 a 109. En el mismo sentido ALONSO PÉREZ, María Teresa, en un excelente trabajo del año 2000, *La Construcción en suelo ajeno. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

<sup>9</sup> GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El Derecho real de superficie» en *Estudios de Derecho Hipotecario*, T. II, 1948; págs. 258 y ss.; ROGA SASTRE, R. M., «Ensayo sobre el Derecho real de superficie» en *RCDI*, 1961, pp. 25 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, A., «Edificación en suelo ajeno: sus problemas» en Curso de conferencia organizado por el Ilustre Colegio de Notarios de Valencia, 1947, pp. 139 y ss.; ALONSO PÉREZ, M.: «Comentario a los arts. 361 a 365 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. V, vol. 1º, Madrid, 1990, pp. 366 a 401; NÚÑEZ BOLUDA, M<sup>a</sup> D., *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, 1994; ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T.: *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «El automatismo en la accesión inmobiliaria», *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 43 a 109.

Además, y por coherencia con el sistema de la accesión (art. 358 Cc), la adquisición de la construcción hecha por un tercero de buena fe en terreno ajeno es automática, así como lo es, y nadie lo duda, en el resto de los preceptos: arts. 360 y 362 a 365 Cc; por ello no tiene sentido que aquí, en el artículo 361 Cc, no lo sea.

La opción de «hacer suya la obra» que se concede al dueño del suelo, no opera sobre la propiedad, que ya tiene el *dominus soli* desde que se unen los materiales al suelo de forma inseparable; sino sobre la posesión de la obra que está en manos de un tercero, de ahí que la indemnización al constructor se calcule sobre la base de los arts. 453 y 454 Cc, llamados a liquidar el estado posesorio y se le conceda un derecho de retención sobre la obra, ya que es de propiedad ajena: no tendría sentido ese derecho de retención a favor del constructor si de verdad la obra fuera de su propiedad.

También puede el dueño del suelo enajenar, si le conviene más, el terreno al constructor, imponiéndole esta opción, ya que éste, aun de buena fe, ha realizado un acto ilegal: inmisión en terreno ajeno sin un título que le dé derecho a ello.

«Hacer suya la obra» o «enajenar el terreno» son facultades del *dominus soli* en cuanto propietario de la finca y titular del *ius aedificandi*; de manera que éstas no prescriben ni caducan y son transmisibles con la enajenación o sucesión en la propiedad de la finca<sup>10</sup>.

Esta tesis es para mí la correcta y la que tendré en cuenta para dar mi particular solución a este asunto.

### *C. Otro problema: ¿es relevante la mala fe del dueño del suelo en el 361 Cc?*

El artículo 361 Cc regula el supuesto de construcción de buena fe por parte de un tercero en solar ajeno, y nada dice acerca de la buena o mala fe del dueño del suelo; buena o mala fe del *dominus soli* a la que sí hacen referencia los arts. 360 Cc (si el dueño del suelo es de mala fe no sólo ha de abonar el material ajeno empleado en la construcción de la obra, sino que, además, deberá resarcir los daños y perjuicios al dueño de los materiales), y en el artículo 364 Cc, se regula una suerte de compensación de culpas, ya que si el dueño del suelo y el constructor son de mala fe, ambos serán tratados como de buena fe, esto es aplicarán las reglas del artículo 361 Cc.

De ahí que algún sector minoritario de la doctrina que participa de la tesis de la adquisición diferida de la propiedad considere, además, que en la regulación de la accesión inmobiliaria del artículo 361 Cc hay una laguna legal: no se resuelve el supuesto de construcción por un tercero de buena fe sobre solar ajeno,

---

<sup>10</sup> Todas estas afirmaciones que hago en el texto están justificadas sobradamente en la obra ya mencionada de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, y a ellas me remito; si bien, considero que no es este el lugar para transcribir o incluso traer a colación argumentos propios en defensa de esta tesis, ya que no es esta la materia objeto del comentario, sin perjuicio de que se haga necesaria una breve exposición para llevar a cabo el comentario que pretendo.

teniendo mala fe el *dominus soli*: «habrá mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse» (art. 364.2 Cc).

En este caso, además, «inventan» una solución al problema: Consideran que siendo de mala fe el dueño del suelo, no puede dársele las opciones que establece el artículo 361 Cc; éstas deberán corresponder al constructor, y la solución al problema, será conseguir que el suelo ceda al vuelo. Dicha hipótesis sí está contemplada en el artículo 379 Cc, cuya aplicación analógica invocan algunos de estos autores<sup>11</sup>.

A mi juicio, y como también han señalado otros autores, tanto seguidores de la accesión diferida como de la automática<sup>12</sup>, no hay aquí ninguna laguna legal, el legislador sí tiene en cuenta la mala fe del *dominus soli*, pero ésta sólo es relevante para compensar la mala fe del edificante; si el edificante es de buena fe y el dueño del suelo de mala, no por ello deja de aplicarse el artículo 361 Cc. Como dice LUNA SERRANO<sup>13</sup> siguiendo a SERRANO ALONSO es aquélla una solución en exceso severa con el dueño del suelo, al que se le obliga a enajenar su propiedad.

A mi juicio, además, no cuenta dicha tesis con ningún apoyo legal y contradice los principios del sistema de accesión: artículos 358 y 359 Cc: *superficies solo cedit* y presunción de propiedad para el dueño del suelo de todo lo sembrado, plantado o construido sobre él.

Curiosamente, esta tesis parece ser la que ha seguido la Sala para atribuir al «consorcio conyugal» la propiedad de la construcción y el derecho a hacer suyo el suelo, al afirmar que el *dominus soli* ha perdido su derecho de opción a «hacer suya la obra», al conocer y consentir la edificación sobre su fundo.

## § 5. LO QUE DICE EL TSJA Y LO QUE A MÍ ME PARECE MEJOR. LUCES Y SOMBRAS

### 1. Aciertos y desaciertos: algunas cuestiones de régimen económico matrimonial y accesión

#### A. Justicia rogada y casación

El fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia que comentamos se desarrolla a lo largo de cinco páginas en las que, debido al principio de justicia rogada y a la propia dinámica del recurso de casación, se entremezclan diversas

---

<sup>11</sup> Por todos: GARRIDO PALMA, V. M., «¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie» en *RDN*, 1969, pp. 132 y ss.; LLAVERO, M., «Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe del propietario y buena fe del edificante» en *La Ley*, 1994-I, pp. 964 a 972.

<sup>12</sup> Díez PICAZO, J. L.: *Fundamentos de Derecho patrimonial*, Tecnos, 1978, p. 201; NÚÑEZ BOLUDA, M<sup>a</sup> D., *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, 1994, p. 134.

<sup>13</sup> LUNA SERRANO, A., en *Elementos de Derecho civil*, III, vol. I, Dikynson, Madrid, 2008, p. 141; SERRANO ALONSO, E., (1981), «La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del art. 361 del Código civil» en *RDP*, pp. 680.

cuestiones a las que el Tribunal debe responder (justicia rogada) pero, cuyo origen, está, a mi juicio, en una errónea formulación del proceso por las partes en conflicto, al tratar un caso exclusivamente de accesión como si fuera de régimen económico matrimonial; sólo de forma colateral en este caso se han de tener en cuenta las normas del régimen económico.

En efecto, el primer motivo del recurso de casación que interpone la recurrente, demandada y reconviniendo en la instancia, contra el fallo de la AP es la infracción de los arts. 68.c) de la Lrem. (incrementos y accesiones comunes), 37.1º bienes comunes y 40 (presunción de comunidad) de la Compilación aragonesa en relación con los artículos 35 (presunción de comunidad) y 28.2.c) (bienes comunes de la Lrem), así como con el artículo 29.h) de la misma en relación con el art. 38.7 (accesiones e incrementos de bienes propios).

La razón de ello no es otra que el punto de partida del demandante: la vivienda construida es privativa porque privativo ha resultado ser el solar sobre el que la misma se ha construido; el fundamento está, según el actor, en el artículo 38.7 Comp. o bien el 29.h) de la Lrem, vigente al tiempo de interponerse la demanda.

La demandada, Juana, reconviene sobre esa base, y reclama la consorcialidad de la vivienda por haber sido hecha con dinero común y, además, la accesión del suelo al consorcio («accesión invertida») como un incremento más de los bienes comunes: la vivienda.

Ambas partes yerran en su formulación: las normas de régimen económico matrimonial sólo atañen a los esposos y no a los terceros: decir que la casa o el solar son comunes o privativos cuando lo construido se ha hecho sobre terreno ajeno (el solar del «tío Lorenzo») es improcedente; es imposible aplicar normas que atribuyen titularidades a los esposos cuando los bienes son ajenos, y ajeno era el solar al tiempo de construirse la vivienda.

A lo único que tienen derecho estos cónyuges (los dos y no el uno sin el otro) es a utilizar frente al dueño del suelo, el tío Lorenzo y luego el propio Juan, las acciones derivadas del artículo 361 Cc; acciones que, en su resultado sí podemos calificar de consorciales, pues en la liquidación el ejercicio de la opción que lleve a cabo el *dominus soli* irá o no al activo del consorcio conyugal según la calificación que le corresponda en base a las normas de régimen económico matrimonial.

Ahora bien, formulada la pretensión los Tribunales civiles no pueden escapar a ella, deben obligatoriamente absolver o condenar en función de lo pedido (arts. 216 y 218.1 LEC).

En efecto, así planteado el pleito, al Juez de Primera Instancia le convence mucho más la reconvenición: la vivienda es consorcial y el terreno una accesión de dicho bien, aun cuando no llega a imponer la accesión invertida solicitada por la reconviniendo.

A mi juicio, la solución es errónea, al igual que la pretensión, como ya he dicho las normas de régimen económico matrimonial no son aplicables a bienes de terceros y el solar sobre el que se construyó la casa lo era.

La Audiencia Provincial debe también resolver en función de lo pedido: *la construcción hecha sobre el solar es privativa por aplicación de los artículos 38.7) Comp. o 29.h) Lrem, ya que el solar es privativo; por ello la propiedad debe pertenecer a Juan, pero ¿cómo conseguirlo?*

Afirmando la Audiencia que *al heredar el actor a su tío se ha producido una suerte de confusión de patrimonios de uno y otro de modo que ya no puede decirse que la sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor, pero sí se puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre un terreno privativo suyo, de manera, termina diciendo la Audiencia, que el actor deberá abonar al consorcio conyugal la edificación.*

Por último, el diseño de la casación civil impide reformular el caso. En razón de ello, la Sala de casación debe pronunciarse acerca de si ha habido o no infracción de las normas civiles aragonesas que nomina el recurrente.

Lo primero que hace la Sala, y acertadamente, es determinar temporalmente el Derecho aplicable: la Compilación o la Lrem. Por aplicación de la DT 2ª de la Lrem. resulta aplicable la Compilación, pues era el Derecho vigente al tiempo de efectuarse la construcción sobre solar ajeno con dinero consorcial.

En razón de la formulación del recurso en este punto, el ponente afirma: que «En consecuencia, debe ser estimado el primer motivo del recurso, por infracción del artículo 37.1º de la Compilación aragonesa, confirmando la declaración del Juzgado de Primera Instancia de que la edificación era una bien consorcial construida sobre terreno ajeno».

Posiblemente, no cupiera hacer otra cosa: esto es lo que le han pedido, pero no es este, a mi juicio, el problema.

B. *Estamos ante un problema de accesión: esta es la clave y la solución depende del presupuesto teórico del que partamos*

En los motivos tercero y segundo del recurso se formula aplicación indebida de los artículos 361, 362, 453 y 454 Cc, motivo que también es estimado por la Sala.

En efecto, la petición que Juana formula en su reconvención es la ganancia- lidad de la vivienda y el derecho de accesión del suelo al vuelo pagando el precio.

Sobre esto se debe pronunciar la Sala y sin perder de vista la calificación que las partes han otorgado a los hechos: una cuestión de régimen económico matrimonial.

En efecto, de forma tangencial la Sala de casación entra a valorar la accesión, pero no lo hace de forma pura sino a través del resorte de las normas de régimen económico.

Tomando como punto de partida la sentencia recurrida, en la que se afirma que «el actor antes de ser reconvenido, ya había efectuado expresamente la opción del artículo 361 del Código civil y ofrecido la indemnización, reconociendo un derecho de retención a la demandada hasta su pago», pero todo

ello, señala la Sala es erróneo, ya que la Audiencia reconoce este derecho al actor, a Juan, porque ha considerado aplicable el artículo 38.7 de la Comp. o 29.h) de Lrem, afirmando que la construcción es una accesión de un bien propio. Normas, dice la Sala, y con razón, que no son aplicables porque cuando se construyó la vivienda, años 1982-1983, el solar pertenecía al tío del marido.

Ahora bien, para acoger el segundo y tercer motivo de casación formulados por la recurrente y concluir infracción por aplicación de los arts. 361 y concordantes del Código civil, la Sala lleva a cabo un razonamiento que no comparto.

Señala la Sala que el artículo 361 Cc es inaplicable al caso, ya que al consentir el tío del marido la construcción emplazada sobre su solar es de mala fe, y ello le impide ejercitar la opción de «hacer suya la obra pagando el precio» quedando solo a su favor la opción de enajenar el suelo, ya que de lo contrario, al haber permitido la construcción, sería actuar contra sus propios actos, y por todo ello no son aplicables las normas sobre accesión a este caso.

Así lo argumenta el ponente:

«En el presente supuesto no es sólo que el constructor hubiera obrado con buena fe (ignorancia, como tercero respecto a la propiedad, de hacerlo sobre suelo ajeno) sino que contaba con el consentimiento expreso del dueño, lo que hubiera impedido a éste intentar el ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 361 para hacerse con la propiedad de lo edificado, mediante su indemnización, pues el consentimiento otorgado no podía permitirle después ejercitar tal opción. Ello no quiere decir que por tal consentimiento perdiera la propiedad del terreno, pero sí el derecho a obtener la edificación mediante el ejercicio de la opción por lo que, en definitiva, había convertido la opción en una sola posibilidad, la de obtener el precio del terreno. En este caso la buena fe exige el respeto de las consecuencias por el consentimiento dado, que origina en quien construye de buena fe fiado en dicho consentimiento (doctrina de los propios actos) la confianza de edificar su casa y de que no se verá privado de ella por el cambio de parecer del dueño del terreno, que en un momento dado pretenda, a su criterio, obtener la edificación. (...)

*En estos casos señala la doctrina que cuando el tercero opera sobre el terreno en virtud de una relación jurídica con su dueño (en este caso autorización expresa del tío) que le faculta para ello, que posteriormente se extingue, anula o resuelve, no son aplicables las normas de la accesión inmobiliaria (sentencias de 4 y 14 de junio de 1956 y 1 de febrero de 1979) [la cursiva es mía]. La situación debe regirse por las reglas de aquella relación y en este supuesto ya hemos reflejado el consentimiento dado por el dueño del suelo que, en aplicación del principio de buena fe y del respeto a los propios actos, le impedía ejercitar la opción del artículo 361 Cc (la cursiva es mía) y, por ello, también a su heredero que, además, era el edificante con plena conciencia de hacerlo sobre suelo ajeno y con consentimiento del dueño. En consecuencia procede también estimar los motivos segundo y tercero del recurso.*

Ello lleva a la situación de una titularidad actual del suelo, la del actor, y una titularidad sobre la edificación de la sociedad consorcial sin liquidar, que no permite al primero la opción de hacer suya la edificación *pero sí de obtener la debida*

*compensación por el terreno* (la cursiva es mía). En tal caso no procede hacer declaración alguna sobre los gastos a que hacen referencia las sentencias por las obras realizadas con posteridad en la edificación, tanto por las de consolidación del tejado como las de adaptación a vivienda de turismo rural, o cualesquiera otras obras o gastos, pues habrán de ser, en su caso, objeto de la correspondiente liquidación y división del patrimonio consorcial.» (FD 4º).

Todo ello, lleva a la Sala a acoger todos los motivos del recurso de casación formulados por Juana y ha declarar que la casa es propiedad del consorcio conyugal y que el suelo debe ser también consorcial, puesto que, según interpreta el ponente, el consentimiento de Lorenzo a la edificación conlleva la pérdida del derecho de opción contemplado en el artículo 361 Cc.

Ciertamente, como ya he advertido, no comparto la solución del caso, pero en el fondo, y como decía al principio, todo depende de la naturaleza de la accesión. También es posible que esta solución sea más justa, posiblemente nada de esto hubiera pasado de no haberse separado los cónyuges, pero no por ello el problema dejaría de ser el mismo: ¿a quién corresponde la propiedad del conjunto y por qué causa?

La Sala, aun cuando falla que no se aplican las reglas sobre la accesión, parece seguir esa posición doctrinal minoritaria, dentro de la tesis de la accesión diferida, que afirma la posibilidad de un dominio separado del suelo y del vuelo, hasta tanto se ejercita la opción, pero si *el dominus soli* es de mala fe (a su ciencia y paciencia permite la construcción), siendo de buena fe el constructor, conlleva la pérdida de la opción operando una suerte de accesión invertida.

Ahora bien, esta propiedad sobre la casa, ¿cómo se inscribe?

Tal vez porque desde la argumentación que lleva a cabo la Sala no se pueda responder eficazmente a la anterior cuestión, el fallo en lo que atañe al Registro de la Propiedad tan solo pueda decir que:

«En cuanto al motivo cuarto del recurso, para acomodar el Registro a la realidad, dada la estimación de los motivos anteriores, procede igualmente su estimación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, respecto a aquellas inscripciones que resulten contrarias a lo que resulta de este recurso, confirmando lo resuelto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en particular las inscripciones 5ª, relativa a la declaración de obra nueva a nombre de don M. P. A., y 6ª (no la 7ª, según se ha aclarado), relativa a la aceptación de la herencia de la edificación a favor de don F. P. M., *que deben referirse únicamente al terreno* (la cursiva es mía).» (FD 5º).

Formulada la infracción de los artículos 361 y ss. del Código civil, ¿acaso no hubiera podido la Sala reformular el caso, y resolver el problema de la accesión?, ¿cuál hubiera sido la solución de haber dicho que eran aplicables al caso?

3. *Accesión, sucesión y normas de régimen económico matrimonial.*  
*Mi visión de los acontecimientos*

A. *El origen del problema*

La calificación que deba tener la vivienda construida sobre terreno de un tercero debería haber sido el meollo de esta cuestión. El problema radica en que no se soluciona este problema y se aborda, a mi juicio, de forma incorrecta, en un proceso sobre liquidación de régimen económico matrimonial y tratando la construcción con dinero común sobre solar ajeno desde el prisma de las normas del consorcio y no desde la normativa de la accesión, que a mi juicio hubiera sido lo pertinente.

B. *¿Se aplica a este caso el art. 361 Cc o como dice la Sala, «existe una relación jurídica entre las partes que hace inaplicable las reglas sobre la accesión»?*

A mi juicio, estamos ante un caso de accesión en el que resulta aplicable el artículo 361 Cc<sup>14</sup>.

Según los hechos que se relatan como probados, Juan y Juana construyeron sobre un solar que sabían ajeno: pertenecía a Lorenzo, tío de Juan, quien les dejó construir.

Estos son los hechos a calificar, y ninguno más.

No hay aquí ningún convenio y no podemos presumir que Lorenzo al dejar construir a unos sobrinos sobre un solar de su propiedad una vivienda pretendiera perder la propiedad del suelo; o tal vez sí; pero no hay ningún dato que nos lleve a esta última conclusión, que es a la que llega la Sala a través de la doctrina de los actos propios.

Sí hay, por el contrario, muchos datos que, a mi juicio, avalan la solución contraria: Lorenzo nunca quiso perder su propiedad o, al menos, nunca quiso

---

<sup>14</sup> Como ha señalado la doctrina, pero también la jurisprudencia, la mayoría de los supuestos sobre accesión del art. 361 Cc no se dan en estado puro: *dominus soli* que desconoce la obra y tercero que construye con el convencimiento de que ostenta el *ius aedificandi* sobre el solar, bien porque éste es suyo o bien porque tiene un título que lo autoriza a ello. Lo habitual es que estas prácticas se lleven a cabo entre parientes, amigos o vecinos que por mera tolerancia dejan llevar a cabo una obra en terreno propio pero sin convenir los derechos de uno y otros (o sin poderlo demostrar por falta de convenio). Son estos los casos en los que procede aplicar el Derecho, en concreto las previsiones del art. 361 Cc, cuyo objeto es resolver el conflicto existente entra las partes de una forma, casi, salomónica. Ejemplos de estos casos los hay variados, cito algunos en los que se ven estas relaciones de tolerancia, a veces incluso con actuación de mala fe por parte del propietario, sin que por ello se excluya la aplicación de las normas de accesión, ni se prive al *dominus* de ninguna de las opciones previstas en el art. 361 Cc.: STS de 25 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5898); STS 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9715); STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998/5056); STS de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002/3191); STS de 15 de diciembre de 2006 (2006/8227); S.AP de Murcia (secc. 4<sup>a</sup>) de 14 de abril de 2011 (JUR 2011/185538), que contempla un caso muy similar al presente, y que resuelve, en el sentido que aquí pongo.

que su propiedad fuera para alguien que no fuera su sobrino carnal: todo se desencadena tras un proceso de separación entre los esposos, es entonces cuando él declara la obra nueva y la inscribe a su favor.

Ahora bien, ni siquiera estos datos son relevantes, lo verdaderamente decisivo, a mi juicio, es la falta de convenio (o prueba de él) entre las partes que hace aplicable, en todo caso, el régimen jurídico del artículo 361 Cc para resolver esta falta de previsión: Lorenzo les deja construir pero, ¿a quién pertenece lo construido: a él, a los esposos, sólo al marido, aun cuando habite en la casa la mujer pero, entonces, sólo mientras haya matrimonio? Son opciones que podrían haberse especificado, pero que desconocemos; por ello debe aplicarse el 361 Cc.

Como hace años explicaba el profesor LACRUZ, y se sigue reflejando en su obra de «Elementos», estamos ante un género de accesión que se produce con frecuencia en el ámbito familiar: hijo que construye sobre un terreno de sus padres o sobreleva un piso, etc.; en estas relaciones familiares existe mera tolerancia pero entre el dueño del suelo y el edificante no existe un convenio para solucionar los problemas que se presentan sobre las obras hechas por un tercero en solar ajeno; por ello no se excluye la aplicación de las normas de la accesión<sup>15</sup>, que sólo dejarán de aplicarse cuando exista una relación jurídica convencional que las desplace: un contrato, señalando los derechos de las partes, o bien la construcción se haya llevado a cabo mediando un situación jurídica previa: posesión, usufructo, arrendamiento, que relegan a una aplicación supletoria a las reglas sobre accesión<sup>16</sup>, que ni siquiera entonces son excluidas.

A mi juicio, hay abundantes datos que demuestran una voluntad contraria por parte del *dominus soli* a perder su solar e incluso, a mi juicio, hay datos bastantes que demuestran que adquirió (o manifestó su voluntad para adquirir) la propiedad de la construcción aun antes de fallecer; si bien, como ya he dicho, todo ello surge a raíz de la separación de los cónyuges; y este es un dato decisivo.

### C. La accesión a favor del *dominus soli*: el ejercicio de la opción

La Sala, de la actitud tolerante del dueño de suelo, concluye que ha perdido la opción de adquirir la construcción porque «En este caso la buena fe exige el respeto de las consecuencias por el consentimiento dado, que origina en quien construye de buena fe fiado en dicho consentimiento (doctrina de los propios actos) la confianza de edificar su casa y de que no se verá privado de ella por el

---

<sup>15</sup> STS de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2216).

<sup>16</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil III*, vol. Primero, revisada y puesta la día por Luna Serrano, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 136 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Curso de Derecho civil III. Derechos reales*. Colex, Madrid, 2004, p. 69 y ss; entre otros, ya que en esta cuestión no hay divergencias doctrinales ni jurisprudenciales, con excepción, tal vez, de la controvertida sentencia del TS de 31 de octubre de 1985 (RJ 1985/5139), y quizás esta que comento ahora.

cambio de parecer del dueño del terreno, que en un momento dado pretenda, a su criterio, obtener la edificación» (FD 4º STSJA de 3 de diciembre de 2010).

No creo que sea esta la única calificación que en sede de accesión merezca la actitud tolerante del *dominus soli*, ni es desde luego la prevista en el artículo 361 Cc, que no atiende a la buena o mala fe del dueño del suelo, porque le es indiferente, y mucho menos la de los arts. 360 o artículo 364 Cc, que expresamente la tienen en cuenta, sin privarle de ninguna de sus facultades de opción.

Pero todavía en este caso, y de los hechos fijados como probados, tal vez la conclusión fuera otra.

Lorenzo no quiso perder en ningún momento la propiedad del suelo y tampoco del vuelo, puesto que ejercitó de forma expresa y a través de actos concluyentes, como recoge la jurisprudencia del TS, su voluntad de ejercitar la opción indemnizatoria frente al constructor.

En efecto, señala la doctrina que el propietario puede ejercitar la opción prevista en el artículo 361 Cc expresa o tácitamente. La opción expresa está implícita en el intento de desalojo del incorporante, lo que implica «que esa pretensión, que constituye la raíz misma de la contienda movida entre las partes, conlleva al ejercicio de la opción justamente en el sentido de hacer el dueño del terreno suyo propio lo edificado por el demandado en la finca» [FD 5ª de la STS de 25 de noviembre de 1985, (RJ 1985/5898)].

En el caso que comentamos, Lorenzo no sólo interpone acción de desahucio contra Juana, poseedora entonces de la vivienda al haber mediado separación entre los cónyuges, sino que incluso declara la obra nueva a su nombre en el Registro de la propiedad. Hechos todos ellos que evidencian su clara voluntad de «hacer suya la obra»<sup>17</sup>.

#### *D. La propiedad de la obra por derecho de accesión*

Enlazando con el punto anterior creo que podemos afirmar que desde 1990, fecha en la que Lorenzo declara e inscribe como propia la obra nueva, hay una clara voluntad de querer hacer suya la obra, lo que se evidencia expresamente, según la jurisprudencia, en 1992 cuando, adjudicado el uso de la casa a la esposa interpone contra la misma juicio de desahucio.

Por mi parte, como partícipe de la teoría de la accesión automática, desde 1983 Lorenzo sería el dueño de la obra y únicamente estaría sujeto él o su here-

---

<sup>17</sup> Ciertamente estas actividades las lleva a cabo Lorenzo cuando su sobrino se separa de su esposa, quizás por ello, la Sala vea en esta actuación mala fe por parte del dueño y una actuación en contra de sus propios actos que deben privarlo de la opción a «hacer suya la obra»; pero tal vez no sea así, y Lorenzo no actuara de mala fe ni en contra de sus propios actos y, siendo un hombre del Pirineo, su voluntad fuera que la construcción y el suelo solo fueran para su sobrino carnal y la separación matrimonial es la que le lleva a actuar para mantener sus bienes en tronco familiar. Desde luego no lo sabemos, y quizás las cosas en realidad sean como las aprecia el TSJ de Aragón, pero precisamente por ello, porque no sabemos, a mi juicio, debe aplicarse el artículo 361 Cc.

dero a indemnizar a los edificantes: Juan y Juana. Si, por el contrario, seguimos la teoría de la accesión diferida, es evidente que Lorenzo ha optado por indemnizar a los edificantes adquiriendo la propiedad de la obra y transmitiendo a su heredero la obligación de indemnizar al constructor.

E. *Sucesión: la propiedad de la vivienda corresponde al cónyuge heredero*

Tras la muerte de Lorenzo, resulta ser su heredero Juan, éste al aceptar la herencia de su tío adquiere entre otros bienes la casa vivienda de Ansó núm. y, y también la deuda que la misma conlleva: la indemnización prevista en los arts. 453 y 454 Cc a Juan y a Juana con derecho de retención de éstos (o del que la esté poseyendo) sobre la vivienda hasta que se satisfaga la indemnización.

Eso es lo que impone el fenómeno sucesorio tal y como se contempla en el CDFA donde no hay confusión de patrimonios entre el causante y el heredero: arts. 322, 355, 356 y 357 CDFA. Juan no puede ejercitar otra opción: en vida ya lo hizo su *tradens* a través de hechos concluyentes.

F. *El régimen económico matrimonial: la indemnización tiene naturaleza consorcial y en la liquidación forma parte del activo consorcial: artículo 262 en relación con el artículo 210 CDFA*

A mi juicio, en la liquidación del régimen económico matrimonial, Juan únicamente tenía que haber llevado al activo el crédito que el consorcio tiene frente al propietario del solar sobre el que se practicó una construcción con dinero consorcial: al ser consorcial el dinero invertido en la construcción de la casa, la indemnización que de forma conjunta el propietario del suelo debe a Juan y a Juana merece, en virtud del régimen económico matrimonial entre ellos vigente al tiempo de llevar a cabo la obra, la naturaleza de consorcial y así debe ser liquidado.

A lo que creo, es incorrecta la calificación de la construcción llevada a cabo por los cónyuges a través de las normas del consorcio, porque ellos no son los destinatarios de las facultades previstas en el artículo 361 Cc, éstas sólo le corresponden al propietario. Efectuada la opción, el resultado de la misma será el que deba ser calificado por las normas del régimen económico matrimonial.

Así se hizo, en un caso similar a este, por la AP de Murcia en Sentencia de 14 de abril de 2011: «La sociedad de gananciales sólo es titular de los créditos que tal construcción pueda generar (...). Se han de incluir en la liquidación los derechos que genera la construcción de la vivienda sobre terreno ajeno, que luego ha resultado ser del marido, y no la vivienda en sí, pues es al dueño al que le corresponde ejercitar la opción prevista en artículo 361 Cc (...) Si el ahora apelante opta porque se le pague el valor del suelo, deberá incluirse en el activo la citada finca registral, tanto el suelo como lo construido, pero en el pasivo deberá incluirse la deuda que tendría la sociedad por el valor del suelo» (FD 3ª JUR 2011/185538).

A mi juicio esta es la solución que debería haberse derivado de este supuesto: el crédito frente al *dominus soli* es consorcial y por ello va al activo en la liquidación, pero de los avatares del proceso y de la formulación de las pretensiones por las partes se ha llegado a un resultado muy distinto del que, en mi opinión, he señalado. No obstante, la Sala ha aplicado una solución teórica distinta y correcta para la mayor parte de la doctrina.

### III. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa (2000), *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 385 p.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (1990), «Comentario al artículo 358 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. V, vol. 1<sup>o</sup>. Artículos 333 a 391 del Código Civil, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, ed. Edersa, Madrid, pp. 322 a 355.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (1990), «Comentario a los arts. 361 a 365 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. V, vol. 1<sup>o</sup>. Artículos 333 a 391 del Código Civil, dirigidos por Manuel ALBALADEJO GARCÍA, ed. Edersa, Madrid, pp. 366 a 401.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2012), «El automatismo en la accesión inmobiliaria», *RCDI*, núm. 729, pp. 43 a 109.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1984), «Comentario al artículo 1.359 Cc» en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XVII, vol. 2<sup>o</sup>, artículos 1.344 a 1.410 del Código civil, dirigidos por Manuel Albaladejo García, ed. Ederesa, Madrid, pp. 205 a 217.
- GARCÍA DE MARINA, Manuel (1995), *El Derecho de accesión*, ed. Cedesc, editorial S.L., Barcelona, 293 p.
- LLAVERO, Marta (1994), «Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe del propietario y buena fe del edificante» en *La Ley*, 1994-1, ed. La Ley, Madrid, pp. 964 a 972.
- PABLO CONTRERAS, Pedro de (2004), «El derecho de superficie. Los derechos de sobreedificación y subedificación» en *Curso de Derecho civil III. Derechos reales*, edita Colex, Madrid, pp. 501 a 512.
- PABLO CONTRERAS, Pedro de (2004), «La accesión en bienes inmuebles» en *Curso de Derecho civil III. Derechos reales*, edita Colex, Madrid, pp. 66 a 77.
- NUÑEZ BOLUDA, M<sup>a</sup> de los Desamparados (1994), *La accesión en las edificaciones*, ed. José María Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 194 p.
- MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal (2004), *La edificación en suelo ajeno. La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, ed. Grupo Difusión, Barcelona, 315 p.
- RAMS ALBESA, Joaquín (1985), «Las accesiones en la sociedad de gananciales», en *Anuario de Derecho civil (ADC)*, ed. Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid, pp. 401 a 413.
- SERRANO ALONSO, Eduardo (1981), «La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código civil» en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, pp. 669 a 688.