

definitivamente zanjada, debido a la importancia que tenía para el acercamiento de las diversas legislaciones civiles coexistentes en España, en el artículo 783, 2.º C. c., que la deja entregada a la voluntad del testador (43).

3. La solución que hemos denominado clásica permite, asimismo, el mejor cumplimiento de la voluntad del testador, ley de la sucesión. Es necesario tener en cuenta que en el caso presente la voluntad del testador no puede ser cumplida nunca en su integridad, que las consideraciones sobre la preferencia en el ánimo del testador solamente pueden servir para la interpretación del negocio jurídico en cada caso concreto, y por ello han de ser excluidas, como regla general, en la interpretación de la ley, y que, en este aspecto, las consideraciones sobre la preferencia del instituido no tienen fundamento serio, en la forma general en que han sido expuestas—es decir, fuera de cada negocio jurídico concreto—, y la preferencia a favor del fideicomisario, que con mayor motivo podría sostenerse, nada nos ayuda en la interpretación de la ley, porque la validez de su llamamiento ha de ser excluida por principio. Mantener la validez del mayor número de llamamientos (pensemos en el caso de que el testador permita a todos los fiduciarios detracciones), significa cumplir lo mejor posible la voluntad del testador hasta donde puede ser respetada, siempre, naturalmente, que la citada voluntad lo consienta.

Jerónimo LOPEZ LOPEZ  
Prof. ayudante de la Universidad Central,  
Becario del I. N. de E. J.

## 2. Edificación sobre suelo parcialmente ajeno

SENTENCIA 31 MAYO 1949

Vale la pena llamar la atención sobre esta sentencia de nuestro Alto Tribunal porque en Derecho español no se había abordado todavía de frente el problema de la edificación sobre suelo parcialmente ajeno ni tampoco el de la buena fe en materia de accesión cuando la construcción se realiza con el consentimiento del dueño del terreno. Ambas cuestiones son tratadas en esta sentencia, en la que, por cierto, se recogen las soluciones propugnadas por la doctrina que últimamente dedicó la atención debida a este interesante tema.

Al decir de Sanz, que ha estudiado de una manera completísima las cuestiones de la edificación en suelo ajeno en la conferencia de este título en el Colegio Notarial de Valencia (curso de 1947), el caso fué resuelto en el Derecho romano por la simple aplicación del principio *superficies solo cedit*, pero el Código napoleónico guardó silencio en la materia mientras que, por el contrario, lo resuelven tanto el Código italiano nuevo como

a agudas observaciones sobre la interpretación y término de vigencia de las leyes, por obra de muchos de nuestros mejores juristas.

(43) Cfr. ALOXSO MARTÍNEZ, op. cit., págs. 36-37 y 173-175.

el antiguo y el alemán. Aquéllos, como un supuesto especial de la adquisición y éste como un incidente en las relaciones de vecindad que con tan buena técnica han estudiado los autores germanos. El Código italiano de 1865 estableció en efecto que en caso de edificación de buena fe, sin saber que el terreno es ajeno y sin oposición del dueño, el suelo podía ser declarado propiedad del edificante abonando a aquél el duplo de su valor. El de 1942 lo modificó en el sentido de determinar que la falta de oposición debía tener lugar dentro de los tres meses siguientes al día en que se hubiesen iniciado las obras. Según De la Plaza, que también ha estudiado el problema y propuesto soluciones que llenen la laguna legal, ese plazo que refuerza la posición de buena fe del edificante tiene por objeto no abandonar a la interpretación un extremo tan importante como ese de la buena fe. En Derecho alemán, frente al error disculpable del edificante que creía construir en terreno propio, el verdadero dueño tiene el deber de tolerar la edificación. Por último, en Derecho español se han referido a la cuestión las sentencias de 12 de diciembre de 1908 y 30 de junio de 1923, pero advierte Sanz que no entraron a fondo en ella. Nos encontramos, pues, ante una materia falta de regulación legal. Veamos las soluciones que aportaron estos dos autores citados. Según el ilustre Fiscal del Supremo, los Tribunales tendrán que decidir las consecuencias de la pasividad del dueño del suelo invadido frente a los actos positivos del constructor, sin atenerse al transcurso de plazos de caducidad, que, por su índole, sólo cuando están preestablecidos pueden aplicarse. Si el Tribunal se pronuncia por la adquisición surgirá un derecho al pago del precio y otro a la indemnización de los daños causados por el constructor. Angel Sanz distingue en su estudio el supuesto de buena fe y el de mala. En el primero, si el dueño opta por el segundo de los términos del artículo 361 ó por el primero, si el edificio es divisible, no hay problema. Si es indivisible, debe atribuirse la unidad formada por los dos solares a uno solo: al dueño de la parte del suelo que deba estimarse principal con arreglo a la norma de los arts. 276 y 277, 377. En caso de mala fe, si el dueño opta por hacer suya la edificación, se aplicarán las mismas soluciones, con las dos únicas desviaciones de que no tendrá que indemnizar la parte invasora del edificio ni podrá exigir indemnización de daños y perjuicios. Si opta por la demolición, deberá hacerse si es posible, y por analogía con el at. 379, habrá que entender que procede, aunque por ella haya que destruir la totalidad de lo edificado.

La sentencia que se anota denuncia la laguna legal y dice que habrá de llenarse con los principios generales del Derecho. Se hace eco de las soluciones de Derecho comparado, pero merece alabanza su arranque de originalidad al resolver el caso apoyándose en la equidad y a base de estimar que las dos porciones de suelo, junto con el edificio, forman un todo indivisible. Aplica después la regla que lo accesorio sigue a lo principal, pero estima como principal, no la porción de solar propia al edificio, lo cual es posible que sea más racional, para fallar que el todo debe corresponder al edificante, previa indemnización. Talmente se ha seguido a La Plaza, haciendo una construcción de arbitrio judicial para resolver el caso.

En cuanto al valor del consentimiento del dueño invadido, siguiendo a Sanz rechaza la idea de que pueda fundarse en él un derecho de superficie constituido a favor del edificante (ello exigiría escritura pública por aplicación del art. 1.628 del C. c.), y ve en tal consentimiento una renuncia de todo derecho sobre lo edificado. En realidad, tal consentimiento no es sino el fundamento individual de la expropiación a favor del edificante de buena fe, previa indemnización. El fundamento social radica en la enemiga que tiene la ley a las situaciones de desmembración del dominio como la que implica el derecho de superficie o una situación de copropiedad que también se rechaza expresamente en la sentencia, así como el interés colectivo en la conservación de las edificaciones.

En caso de prestarse el consentimiento, este consentimiento nudo que, como dice Sanz, no fija ni cuál ha de ser el destino de la edificación ni el alcance de ese consentimiento. Las reglas aplicables, dice el mismo autor, serán las de la cuestión de buena fe, pues aunque el edificante tiene conocimiento de la limitación de su derecho, se compensa éste con el que tienen los demás del hecho de la edificación.

Para el caso de buena fe, tratándose de edificaciones en suelo parcialmente ajeno, la solución que propugna Sanz es también exactamente la que ha proclamado la S.: "si el edificio es principal, se atribuirá la totalidad del suelo al edificante mediante pago de su valor. Prácticamente, esta solución equivale a eliminar uno de los supuestos de opción del artículo 361".

A. B.