

L'ACCESSIÓ: DE LA COMPILACIÓ AL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA PER LA VIA DE LA LLEI 25/2001, DE 31 DE DESEMBRE, DE L'ACCESSIÓ I L'OCUPACIÓ

Joan Marsal Guillaumet¹
Departament de Dret Civil
Universitat de Barcelona

1. PRESENTACIÓ

La Compilació del dret civil de Catalunya regulava en l'article 278 l'accessió immobiliària. Aquest article fou derogat per la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació (LAO), que regula l'accessió en el títol I. El Projecte de llei de Segona llei del Codi civil de Catalunya incorporava sense modificacions la regulació de la LAO. Com és sabut, el Projecte va decaure en esgotar-se la sisena legislatura.

Mitjançant l'edicta de 13 de maig de 2005, el Departament de Justícia va sotmetre a exposició pública l'Avantprojecte de llei que aprovava el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. El 26 de juliol el Govern va aprovar el Projecte de llei del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya (PLLC, publicat en el BOPC núm. 216, de 5 de setembre de 2006). El 20 d'abril de 2006, el Ple del Parlament va aprovar la que ha esdevingut la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (DOGC núm. 4640, de 24 de maig de 2006). Només cinc anys després de l'aprovació de la LAO, la regulació de l'accessió torna a experimentar canvis substancials que es justifiquen com una «simplificació notable» del text de la LAO.²

Per a la interpretació tant de la LAO com del llibre cinquè CCCat s'ha de

1. Aquest treball es va iniciar quan l'autor era membre del Grup de Recerca Consolidat 2001 SGR00022 i es va realitzar dins del marc del projecte d'investigació BJU 2002-02594, l'investigador principal del qual era el doctor Ferran Badosa Coll. En l'actualitat l'autor pertany al Grup de Recerca Consolidat 2005 SGR00759 i el treball s'emmarca dins del projecte d'investigació SEJ 2005-08987, que també té com a investigador principal el doctor Ferran Badosa Coll.

2. § III.8 del preàmbul: «[...] el títol IV regula els títols adquisitius exclusius del dret de propietat, amb una simplificació notable del text de la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació [...]»

tenir en compte el Decret 13/2000, de 10 de gener, de reestructuració parcial del Departament de Justícia, que va crear l'Observatori de Dret Privat de Catalunya. Ambdós textos són fruit dels treballs de l'Observatori i en la ment dels redactors de l'Avantprojecte de llei de la que seria la LAO no hi havia únicament el dret vigent en el moment de la redacció, sinó també les línies de la reforma d'aquest en un futur llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, tal com queda reflectit en els *Treballs preparatoris*.³ Per això no era casual que la LAO regulés exclusivament l'accessió per incorporació i no s'ocupés de l'adquisició dels fruits (l'anomenada *accessió discreta*), la qual es preveia en el capítol 1 del títol 4 (art. 541-2 i seg.). En el llibre cinquè CCCat es continua utilitzant el concepte d'*accessió* referit a les incorporacions (secció 1 del capítol 2 del títol 4, art. 542-1 i seg.), sense incloure-hi l'adquisició dels fruits (secció 2 del capítol 1 del títol 4, art. 541-3 i seg.).

En el llibre cinquè CCCat (§ III.8 del preàmbul, capítol 2 del títol 4) es qualifica l'accessió de *títol adquisitiu exclusiu del dret de propietat*, característica que es veu reblada parcialment en la regulació concreta de l'accessió immobiliària. En aquest aspecte, se supera una deficiència que s'havia destacat en la LAO, la qual, malgrat que qualificava l'accessió de *títol adquisitiu* en el preàmbul (§ 1), la regulava com un efecte automàtic del dret de propietat.⁴

L'article 278 de la Compilació de dret civil de Catalunya (CDCC) preveia una solució única per al conflicte d'interessos existent entre l'incorporador i el titular del bé que ha rebut la incorporació: l'adquisició de la incorporació per aquest darrer. La LAO introdueix un marge a l'autonomia de la voluntat del propietari del sòl. D'aquesta manera, malgrat el que es proclamava en el preàmbul,⁵ la LAO convergia cap al Codi civil espanyol, tot i que les solucions no eren idèntiques. La regulació continguda en el llibre cinquè CCCat encara s'hi acosta més.

L'article 278 CDCC només regulava —parcialment— l'accessió immobiliària. En la LAO es va distingir entre l'accessió immobiliària i l'accessió mobiliària. Dins de l'accessió immobiliària, s'hi regulaven separatament les plantacions i els conreus de llarga durada (art. 5, 10.1 i 11.1), les plantacions i els conreus de curta durada (art. 6, 10.1 i 11.2) i les construccions. Quant a aquestes darre-

3. OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: «Els drets reals»*, Lleida, Departament de Justícia i Interior, 2003.

4. Vegeu J. MARSAL GUILLAMET a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 823-824.

5. § IV: «L'aplicació supletòria del Codi civil ha fet que en molts supòsits no s'hagin aplicat els principis tradicionals del dret català.»

res, es distingeix entre les realitzades exclusivament en finca aliena (art. 7, 10.1 i 11.3) i les construccions extralimitades (art. 8, 9, 10.2 i 3 i 11.3), matèria on es va positivament la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem (TS), assumida íntegrament pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC). En canvi, en el llibre cinquè CCCat s'unifica el règim de les construccions en finca aliena quan l'incorporador és de bona fe,⁶ amb independència que siguin conseqüència o no d'una extralimitació (art. 542-7 i 542-9).⁷ Semblantment a la LAO, en el llibre cinquè CCCat es resol exclusivament el conflicte existent entre els interessos del propietari del sòl i la persona que ha realitzat la plantació, el conreu o la construcció (o n'ha encarregat la realització). En matèria de construcció en sòl aliè, el dret civil català no es pronuncia sobre la responsabilitat en què hagin pogut incórrer els professionals (arquitectes, aparelladors, empreses constructors) i les administracions públiques que hagin intervingut en el procés de construcció.

Pel que fa a l'accessió mobiliària, el llibre cinquè CCCat manté la unificació dels supòsits clàssics d'adjunció, commixió i especificació sota el concepte d'*unió*, que té l'origen en la LAO (§.7 del preàmbul). Tanmateix, es tracta d'una unificació més nominal que real, atesa la subsistència d'un règim específic per a cadascun dels supòsits: unió-adjunció (art. 542-15 a 542-17), unió-commixió (art. 542-18; art. 22 LAO) i especificació (art. 542-19).⁸ Pròpiament, només hi ha accessió en el primer supòsit. La regulació pressuposa que la unió és efectuada per un dels propietaris dels béns. No es considera que sigui el resultat de l'activitat d'un tercer (p. ex., un joier que uneix pedres precioses que pertanyen a diferents propietaris).

2. EL SUPÒSIT DE FET DE L'ACCESSIÓ

Quan dos béns s'uneixen inseparablement, pot resultar-ne una cosa nova o bé que una d'elles desaparegui en ser incorporada a l'altra. Això succeeix amb independència del subjecte a qui pertanyin els béns originaris, tot i que és

6. Quan s'efectua la incorporació amb mala fe, es distingeix entre les construccions extralimitades (art. 542-11.2 PLLC) de les fetes exclusivament en finca aliena (art. 542-11.1 PLLC).

7. El text d'aquests articles coincideix substancialment amb el dels articles 542-7 i 542-8 de l'Avantprojecte sotmès a informació pública mitjançant l'edict de 13 de maig de 2005. La diferència entre ambdós documents (inspirats en la regulació de la construcció extralimitada dels art. 8 i 9 LAO) és que en l'Avantprojecte la rúbrica dels articles era «construcció extralimitada», mentre que en el PLLC va esdevenir «construcció en sòl aliè», rúbrica que es conserva en el text aprovat.

8. En la LAO, aquests supòsits es trobaven en els art. 18-21, 22 i 23, respectivament.

evident que només sorgeix conflicte jurídic quan la titularitat sobre aquests no correspon a la mateixa persona.

Si com a conseqüència de la unió resulta una cosa nova, o una barreja que no permet destriar les coses inicials, la solució per la qual s'opta és atribuir la cotitularitat del bé resultant als titulars dels béns inicialment autònoms. Aquest supòsit no és el de l'accessió, tot i que està previst en l'article 542-18 PLLC (prèviament, art. 22 LAO) com un cas d'accessió mobiliària.

La incorporació té lloc quan una cosa (accessòria) queda unida de manera definitiva a una altra (principal). Com a conseqüència de la incorporació, la cosa accessòria perd la condició de bé (art. 511-1.2 CCCat) i, si s'ha incorporat a un immoble, adquireix la condició d'immoble (art. 511-2.2c CCCat). El propietari de la cosa principal adquireix per accessió el que s'ha incorporat a l'objecte originari (art. 542-3, 542-15; prèviament, art. 1, 3 i 18 LAO). Alhora, la desaparició de l'objecte incorporat comporta l'extinció de tots els drets reals que existien sobre ell.⁹ De la bona o mala fe del seu propietari (que pot ser o no l'incorporador) dependrà la seva indemnitat econòmica o que la pèrdua jurídica sigui també econòmica.

El conflicte d'interessos inherent a l'accessió pressuposa la inexistència d'una relació jurídica entre qui ha realitzat la incorporació i el propietari de la cosa principal. Qui ha realitzat la incorporació actuava com a propietari de la cosa principal i ha estat vençut en la possessió pel veritable propietari d'aquesta.¹⁰

L'accessió no és el mecanisme jurídic adient per a resoldre els conflictes que puguin sorgir en un contracte d'arrendament d'obra o en la liquidació de qualsevol situació possessòria legitimada derivada d'una relació jurídica entre l'incorporador i el propietari del bé, ja sigui obligacional (p. ex., arrendament de cosa, precari) o real (p. ex., dret d'usdefruit, propietat gravada, o bé per un fideïcomís o bé per un dret de redimir). Tanmateix, els operadors jurídics han recorregut sovint a l'article 278 CDCC en supòsits que no són d'accessió, sinó de liquidació de millores, amb la finalitat d'obtenir el reconeixement per part dels tribunals d'una garantia que asseguri el cobrament del seu dret de crèdit davant

9. La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (APB) (Secció Setzena) de 29 de novembre de 2000 (JUR 2001\110229) va establir que no es podien embargar el material elèctric i altres elements d'obra incorporats a un immoble, perquè aquests havien adquirit la condició d'immoble. Semblantment, la Sentència de l'APB (Secció Setzena) de 21 de març de 2005 (JUR 115397) va desestimar la incorporació a la massa de la fallida, dels materials que el fallit (empresa constructora) havia incorporat a una finca aliena com a conseqüència d'un contracte d'arrendament d'obra: la Sala va considerar que el propietari del terreny els havia adquirit des de la incorporació.

10. L. Puig Ferriol a L. PUIG FERRIOL i E. ROCA TRIAS, *Institucions de dret civil de Catalunya*, vol. 1, 5a ed., València, Tirant lo Blanc, 1998, p. 256.

del propietari: el dret de retenció. I, en molts casos, els tribunals els l'han reconegut en sentències en què preval la solució de justícia material, normalment en conflictes en què les parts estaven vinculades per relacions de parentiu.¹¹ Cal suposar que en el futur s'invocarà per a casos semblants la regulació prevista per a la liquidació de despeses possessòries en l'article 522-4 CCCat, crèdit que pot estar garantit amb un dret de retenció (art. 569-4a CCCat).¹²

3. EL MOMENT DE L'ADQUISICIÓ

3.1. EN LA COMPILACIÓ

L'article 278 CDCC es limitava a atribuir un dret de retenció a qui havia edificat, plantat, sembrat o romput de bona fe en sòl aliè. La doctrina més estesa l'interpretava en el sentit d'atribuir caràcter automàtic a l'accessió, i el principal argument era que per aquesta raó l'incorporador gaudia d'un dret de retenció (sobre cosa aliena).¹³ Tanmateix, defensava la postura contrària S. Navas Navarro, qui considerava, a partir de l'incís final de l'article 278 CDCC, que l'incorporador conservava la propietat d'allò incorporat fins que el propietari li hagués pagat l'import dels materials, les llavors i els jornals dels operaris.¹⁴

11. En la Sentència del TSJC de 25 d'octubre de 1993 (RJ 10194) es va afirmar que l'art. 278 CDCC no era aplicable a la reclamació de les despeses útils realitzades en unes finques, perquè no es tractava d'un cas d'accessió, sinó d'un cas de pèrdua de la possessió (fonament jurídic [FJ] cinquè). Tanmateix, en la Sentència del TSJC de 19 de febrer de 2004 (RJ 1039) es van considerar supòsit d'accessió les reformes realitzades en un edifici. En el mateix sentit, en la Sentència de l'APB (Secció Primera) de 9 de març de 2004 (JUR 122486) s'afirmava: «Entenem que l'article 278 de la Compilació catalana atribueix el dret de retenció tant al que edifica en sòl aliè, com el que fa obres de millora a l'edifici construït pel propietari del terreny», tot i que en aquest cas no es va declarar l'existència del dret de retenció perquè qui el reclamava havia deixat de posseir l'immoble.

Sobre aquesta qüestió, vegeu S. NAVAS NAVARRO, «Vivienda familiar y accesión. Comentario a la STSJ 28.12.1993», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1994-2, p. 733-742, esp. p. 737-738, i J. MARSAL GUILLAMET, «L'accessió en la jurisprudència del TSJC durant 2004», *Indret*, 2005\3, núm. 294.

12. Abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè, la garantia per al crèdit ja es trobava en el dret de retenció que atribueix l'art. 5a LDRG als crèdits per despeses necessàries i útils en la cosa.

13. M. ALONSO PÉREZ, comentari als art. 358-383 CC, a M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 1, Jaén, Revista de Derecho Privado-EDERSA, 1980, p. 228-239 i 268-269; L. PUIG FERRIOL, comentari a l'art. 278 CDCC, a M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Jaén, Revista de Derecho Privado-EDERSA, 1984, p. 1-19, esp. p. 14.

14. S. NAVAS NAVARRO, «La accesión industrial (especial atención al derecho catalán)», *Anuario de Derecho Civil* (ADC), 1995, p. 86-162, esp. p. 118-119.

3.2. EN LA LAO

L'article 1 LAO definia l'accessió per incorporació com un efecte automàtic del dret de propietat, en l'operativitat del qual és irrellevant la voluntat del propietari de la cosa principal d'adquirir o de refusar la titularitat d'allò que s'incorpora al seu bé: «[l]a propietat d'un bé comporta l'adquisició, per accésio, d'allò que se li uneix, d'una manera natural o artificial, des de la incorporació, amb l'obligació de pagar, si escau, la indemnització que correspongui, d'acord amb les disposicions d'aquesta Llei.»

L'objecte sobre el qual recau el dret de propietat s'ha incrementat i per això s'ha expandit el dret. És per aquesta raó que l'efecte adquisitiu es produïa «des de la incorporació», és a dir, en el mateix moment en què el bé incorporat perdia la condició de tal. L'automatisme de l'adquisició era confirmat per l'article 16 LAO, que atribuïa a l'incorporador de bona fe el dret de retenció sobre allò plantat, sembrat o construït, sense que es pogués qualificar de *pressupòsit de l'adquisició* el pagament de la indemnització en els casos en què aquest s'esqueia.

Contra el caràcter automàtic de l'accessió es podria haver argumentat que els articles 5, 6 i 7 LAO atribuïen al propietari del sòl la facultat d'optar entre adquirir la plantació, el conreu o la construcció, o provocar la celebració d'un contracte forçós d'arrendament (amb el plantador o el sembrador) o de compravenda (amb el constructor). L'adquisició del propietari només tindria lloc després de l'exercici de l'opció en un determinat sentit. En favor d'aquesta tesi, hom podria afegir que l'article 7 definia l'incorporador com la «persona propietària de la construcció».¹⁵

Tanmateix, els articles 5, 6 i 7 LAO es podien interpretar conciliant-los amb l'automatisme de l'accessió previst en els articles 1, 3 i 18 LAO. La facultat d'opció que s'atribuïa al propietari del sòl en aquells articles era entre consolidar l'adquisició, amb la indemnització a l'incorporador de bona fe per les despeses realitzades, o provocar la celebració del contracte forçós. El propietari del sòl no es trobava amb l'alternativa entre adquirir o no allò incorporat, sinó amb la facultat d'evitar el pagament de la indemnització al plantador, sembrador o constructor de bona fe mitjançant la imposició d'una relació contractual.¹⁶

15. Ch. MOLL DE ALBA LACUVE, «L'accessió immobiliària a la nova Llei 25/2001, de 31 de desembre», *La Notaria*, 2002-1, p. 47-53, veu en aquesta expressió la plasmació de la divisió vertical del domini.

16. Aquest és un argument utilitzat en la interpretació de la regulació de l'accessió en el Codi civil per M. ALONSO PÉREZ, comentari als art. 358-383 CC.

Contràriament, en la construcció extralimitada (art. 8, 9, 10.2 i 3 LAO) sí que existia un veritable dret d'opció, perquè aquest és un supòsit en què hi ha dues finques que pertanyen a diferents propietaris i que no perden la qualitat jurídica de bé malgrat la incorporació d'una edificació. La LAO atribuïa a un dels propietaris la facultat d'esdevenir titular únic del sòl on reposava la construcció, tot i que no preveia a qui pertanyia transitòriament la construcció mentre no s'exercités el dret d'opció. L'aplicació de la regla general d'accessió (art. 1 i 3 LAO) duia a considerar l'existència d'una cotitularitat sobre l'edificació, les quotes de la qual es fixarien en proporció al sòl edificat. Es tractaria d'una comunitat similar a la considerada en l'article 2.1*b* de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura (LCF).

3.3. EN EL CCCAT

En el llibre cinquè s'observa una voluntat d'abandonar el caràcter automàtic de l'accessió,¹⁷ encara que de la lectura íntegra de la secció segona del títol IV resulta que el canvi de configuració jurídica és parcial. En efecte, si es considera aïlladament l'article 542-1 PLLC, no hi ha dubte que l'accessió ha deixat de ser un efecte automàtic del dret de propietat i ha esdevingut un títol adquisitiu d'aquest que depèn de la voluntat del titular de la cosa principal: «[l]a propietat d'un bé atribueix el dret a adquirir, per accessió, allò que se li uneix [...]» En els articles 542-5, 542-6 i 542-7 CCCat aquest dret és una de les opcions (l'opció *a*) que pot exercir el propietari del sòl on s'ha efectuat la incorporació. Val a dir que la redacció no és idèntica en tots els casos: en plantacions i conreus, el propietari del sòl adquireix i abona «les despeses efectuades per qui l'ha fet»; en canvi, en les construccions en sòl aliè amb valor superior del sòl, el propietari adquireix «mitjançant el pagament de les despeses fetes en la construcció i el valor del sòl aliè». En aquest segon cas, la interpretació literal duu a considerar que el pagament és un pressupòsit de l'adquisició. Tanmateix, l'accessió continua sent un efecte automàtic del dret de propietat en l'accessió mobiliària (art. 542-14 CCCat) i en la immobiliària quan l'incorporador és el propietari del sòl, tant si ha utilitzat materials propis (art. 542-3 i 542-4 PLLC) com si n'ha utilitzat d'aliens (art. 542-12 CCCat). Per tant, s'ha de negar caràcter general al concepte d'*accessió* contingut en l'article 542-1 PLLC, que només és aplicable a

17. Per a l'accessió extralimitada, vegeu l'epígraf II.1 d'A. VAQUER ALOY, R. MIQUEL SALA i A. M. COSIALLS UBACH, «La construcció extralimitada al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya: algunes notes crítiques», que es publicarà en el pròxim número d'aquesta revista.

l'accessió immobiliària quan el propietari del sòl i l'incorporador no coincideixen, el supòsit que presenta una major litigiositat. Quan l'incorporador és el propietari del sòl, l'accessió actua automàticament.

4. ELS PRINCIPIS EN QUÈ ES BASA LA REGULACIÓ

La regulació de l'accessió s'ha basat en la conjunció de dos principis: l'atribució de la propietat al titular del bé principal (*accessorium sequitur principale*) i la bona o mala fe dels subjectes que queden afectats per la incorporació. El legislador de la LAO ho va explicitar en el § 6 del preàmbul. Aquests principis també inspiren la regulació del CCCat, tot i que els resultats són sensiblement diferents, atès que en l'accessió immobiliària es canvia radicalment el criteri per a determinar quin dels béns és el principal.

4.1. *ACCESSORIUM SEQUITUR PRINCIPALE*

Històricament, sempre s'havia considerat que el sòl tenia un valor superior al de la plantació, el sembrat o la construcció, per la qual cosa la regla *accessorium sequitur principale* equivalia sempre en matèria d'accessió immobiliària a *superficies solo cedit*. Des de mitjan segle XX, la jurisprudència va apreciar que, en alguns supòsits de construcció extralimitada, la construcció tenia un valor molt superior al del sòl envaït, per la qual cosa seguir la regla *accessorium sequitur principale* significava resoldre el conflicte d'interessos en favor del promotor de la construcció. Com és sabut, aquesta doctrina jurisprudencial es coneix com a *accessió invertida*.

Per a l'accessió immobiliària, la LAO va introduir la valoració econòmica per a determinar a quin dels béns implicats s'atribuïa la qualitat de principal en les construccions extralimitades (art. 8 i 9 LAO). En el CCCat s'ha optat per generalitzar la regulació prevista per la LAO per a les construccions extralimitades amb bona fe de l'incorporador (art. 542-7 i 542-9), de manera que l'atribució de la facultat d'esdevenir propietari de l'edificació i del sòl dependrà exclusivament del valor d'un i altre. Atès que la construcció és el resultat d'un procés industrial, la solució del conflicte esdevé mòbil, perquè si el conflicte d'interessos es detecta en la fase inicial del procés constructiu, el bé amb valor superior serà sempre el sòl, mentre que si es produeix en la fase final, pot ser l'edifici.

Per a l'accessió mobiliària, en la LAO el valor econòmic només era el criteri subsidiari per a establir el caràcter principal o accessori dels béns units, de

manera que el principal era determinar «l'essència i la funció del tot» (art. 19 LAO). En el CCCat no s'expliciten els criteris per a atribuir a un bé el caràcter de principal o accessori. Atesa la clara inspiració del CCCat en la LAO, hom pot considerar que aquests criteris no han variat.

En el PLLC s'ha accentuat la valoració econòmica com a criteri determinant de l'atribució de la titularitat del bé. En estendre's el règim de la construcció extralimitada de bona fe a la construcció realitzada íntegrament en sòl aliè, que el propietari del sòl perdi forçosament la propietat d'aquest o que tingui la facultat d'adquirir l'edificació depèn exclusivament del valor d'un i d'altra, situació molt diferent a la prevista en l'article 7 LAO.

4.2. LA BONA O MALA FE DELS SUBJECTES

La bona o mala fe dels subjectes que intervenen en la incorporació és el criteri que s'utilitza per a determinar si la persona que veu extingit el seu dret de propietat per desaparició de l'objecte té dret a rescabalar-se de les despeses efectuades i per a matisar l'enriquiment de qui rep la incorporació. En matèria d'accessió, el concepte de *bona fe* és més específic que el previst en l'article 111-7 CCCat.

La bona fe s'ha de predicar tant de l'incorporador com del propietari del bé que rep la incorporació. La regulació de la LAO és incompleta amb relació a la bona fe de l'incorporador, perquè el concepte genèric de *bona fe* només està previst en l'accessió mobiliària (art. 20 LAO), des d'on s'ha d'exportar a l'accessió immobiliària. Per a aquesta, només s'hi preveu el concepte de *bona fe qualificada*, que és la que s'exigeix a qui construeix extralimitadament per tal que pugui adquirir la propietat del sòl envaït (art. 9 LAO).¹⁸ La bona fe de la persona afectada per la incorporació resulta de la interpretació *a contrario sensu* de l'article 11 en l'accessió immobiliària, concepte que s'ha d'extrapol·lar a l'accessió mobiliària.

En el CCCat s'esmena una de les mancances de la LAO, ja que estableix en l'article 542-10.1¹⁹ què s'ha d'entendre per *bona fe de l'incorporador en sòl aliè*. Tanmateix, no es fa cap referència a què s'ha d'entendre per *bona o mala fe del propietari del sòl*, sense que això signifiqui que hagi esdevingut una dada del tot irrellevant, atès que en l'article 542-12 es té en compte aquesta mala fe.

18. Sobre aquest concepte de *bona fe qualificada*, vegeu l'apartat 7.2.2.1 LAO, corresponent a la construcció extralimitada.

19. «La bona fe de qui planta, conrea o construeix en sòl aliè, consisteix en la creença raonable que té títol per a fer-ho.»

4.2.1. *La bona fe de l'incorporador*

A) L'article 278 CDCC no definia què s'havia d'entendre per *incorporador de bona fe*. El TSJC va entendre un concepte molt ampli, que, a més d'incloure qui construeix en finca aliena creient-la pròpia, també abastava qui edifica conscientment en terreny aliè amb el coneixement i la tolerància del propietari del sòl.²⁰ En les sentències del TSJC d'1 de març de 1993 (RJ 1994\6990) i 19 de febrer de 2004 (la darrera confirma la Sentència de l'APL [Secció Segona] de 14 de maig de 2003, [JUR 151908], que es basa en la primera del TSJC), l'ampliació del concepte de *bona fe en l'accessió* per a fer-lo coincidir amb el concepte general de *bona fe* (art. 7 CC, avui 111-7 CCCat) es va basar en la doctrina de Jaume Càncer.²¹

En matèria d'accessió mobiliària, l'article 20 LAO definia el concepte de *bona fe de l'incorporador* sota el títol «presumpció de bona fe». El concepte

20. En tots els supòsits en què s'ha utilitzat aquest concepte de *bona fe*, el plet havia sorgit entre familiars. En dos casos, l'incorporador era fill del propietari i creia que adquiriria la finca o el pis per via successòria, cosa que no va succeir. En un d'ells, el fill vivia en la finca amb el propietari (STSJC d'1 de març de 1993); en l'altre, hi tenia fixada la residència per tolerància de la seva mare (STSJC de 19 de febrer de 1994). En el cas resolt mitjançant la Sentència del TSJC de 8 de maig de 2003 (RJ 6764), els incorporants eren una parella que va aixecar un segon pis i unes golfes sobre l'habitatge propietat dels pares d'ella. Vegeu J. MARSAL GUILLAMET, «L'accessió en la jurisprudència del TSJC».

21. J. CANCERUS, *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathaloniae*, Lugduni, 1670, III.6.133, p. 135. Val a dir que no es tracta de jurisprudència de l'antiga Audiència, sinó d'un dictamen que es va demanar al jurista originari de Barbastre. Tal com afirma la Sentència del TSJC d'1 de març de 1993, «según la autorizada opinión de CANCER en este caso se presume que el propietario del terreno ha conferido al tercero la facultad de edificar». Però, contràriament al que estableix la Sentència del TSJC, d'això no resultava que qui havia fet la incorporació tingués dret a rescabalar-se de les despeses efectuades en l'edificació, sinó que l'incorporador adquiria la propietat del sòl: «Si quis aedificet in alieno solo, id quod non est ad tempus, sed perpetuo duraturum, sciente et non contradicente domino soli, **sibi adquirere aedificium et solum**, eo quod censeatur dominus concessisse ei illam aedificandi facultatem, animo donando.»

La jurisprudència de la Sentència del TSJC d'1 de març de 1993 sorprèn més perquè en el FJ cinquè de la Sentència del TSJC de 22 de juliol de 1991 (RJ 1992\3905) s'havia declarat sense cap mena de dubte aplicable a Catalunya l'art. 364 CC, és a dir, la compensació de la mala fe d'ambdós subjectes: «La aplicación del art. 364 del Código Civil en Cataluña viene avalada por la doctrina de los autores más significativos que, al tratar esta materia, consideraban que la eventual mala fe del constructor queda enervada en el supuesto de que la edificación se hiciera a la vista del dueño del terreno invadido sin que éste se opusiera, entendiéndose que hacía donación de la facultad de edificar. Pero este criterio, los autores modernos, con referencia al derecho actual lo consideran artificioso debiéndose aplicar el art. 364 del Código Civil.» L'argumentació, considerada artificiosa el 1991, esdevé «autorizada opinión» el 1993.

de *bona fe* era més restringit que no pas el de l'article 111-7 CCCat, perquè calia que la persona que realitzava la incorporació patís un error excusable sobre el vici del seu títol adquisitiu, és a dir, sobre el poder de disposició de qui li va alienar el bé o li va transmetre el seu dret. Per això, l'incorporador havia de posseir en concepte de propietari²² o, en l'accessió immobiliària, també en el de superficiari. L'incorporador creia raonablement que tant els béns que incorporava com el bé principal eren de la seva propietat, o bé que tenia un dret de superfície que el legitimava per a construir en finca aliena. N'és un exemple paradigmàtic el cas resolt mitjançant la Sentència del TSJC de 9 de desembre de 2004 (RJ 2005\94), en què un matrimoni havia adquirit una finca (procedent de segregacions successives d'una altra superior) de qui n'era el titular registral, va inscriure el seu títol en el Registre de la Propietat i va fer-hi construir un habitatge de 158,85 metres quadrats. Queda provat que la finca estava situada íntegrament en una altra, en un supòsit de doble immatriculació. El TSJC va entendre que no es tractava d'una doble venda, sinó d'una adquisició d'un no-propietari, per la qual cosa va reconèixer al matrimoni la qualitat d'incorporants de bona fe.

En l'actualitat, el concepte d'*incorporador de bona fe* es troba definit en matèria d'accessió immobiliària (art. 542-10 CCCat), també sota el títol «presumpció de bona fe», que només es correspon amb el paràgraf segon de l'article. La bona fe de l'incorporador és «la creença raonable que té títol per a fer-ho». Entenem que s'utilitza l'expressió genèrica «títol» i no la de «en concepte de propietari» per a incloure també qui patia un error excusable sobre l'eficàcia d'un dret de superfície; és a dir, els incorporadors que creuen raonablement que tenen un dret real que els atribuirà la propietat d'allò edificat.²³ Val a dir, però, que «títol» és una expressió prou genèrica per a defensar que qui construeix conscientment en finca aliena amb autorització (expressa o implícita) del propietari és incorporador de bona fe, semblantment a allò previst en l'article 1340.4 del Codi civil portuguès, en la línia apuntada per la jurisprudència esmentada del TSJC.

A partir de l'article 8.1 LCF resulta que també és de bona fe qui realitza la incorporació i és el veritable propietari del sòl, però deixa de ser-ho retroacti-

22. S. NAVAS NAVARRO, «La cesión industrial», p. 142; en el mateix sentit, vegeu el que diu el mateix autor a «Posesión, cesión y derecho de retención. Comentario a la sentencia del TSJC 1.3.1993», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1993-2, p. 756-764, esp. p. 761, i «Vivienda familiar y cesión. Comentario a la sentencia del TSJC 28.12.1993», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1994-2, p. 733-742, esp. p. 735.

23. Coincidiria amb el concepte de *poseïdor de bona fe* de l'art. 521-7.1 CCCat.

vament com a conseqüència de la resolució del contracte en què es fonamentava la seva adquisició.

B) L'error excusable sobre el qual es fonamenta la bona fe no ha d'existir únicament en el moment de l'adquisició del dret sobre la finca, sinó que ha de subsistir durant el temps que duri la incorporació. Aquest requisit, assenyalat per la jurisprudència en supòsits produïts durant la vigència de l'article 278 CDCC,²⁴ és previst expressament en l'article 542-10.2: «[...] cessa per la mera oposició dels titulars del sòl.»²⁵ Això pot succeir tant abans que s'efectuï la incorporació, com abans que aquesta s'hagi acabat.²⁶

Una vegada acabada la incorporació, la bona fe de l'incorporador no es veu afectada per cap reclamació (Sentència del TSJC d'1 de març de 1993).

C) La bona fe de l'incorporador és el pressupòsit per tal que tingui lloc la indemnització a què es refereix l'article 542-1 CCCat (art. 1 LAO). Sobre les garanties del crèdit de l'incorporador de bona fe, vegeu l'epígraf 7.3 *infra*.

24. Sentència del TSJC de 29 de setembre de 1993 (RJ 10179), FJ segon, §. IX: «La qüestió litigiosa que cal resoldre als efectes del present procediment no és si els agents varen ésser adquirentes de bona fe en el moment d'atorgar el contracte de compra-venda, sinó si encara tenien aquesta condició en el moment en què procediren a efectuar la inversió de les millores per les quals sol·liciten la protecció que faculta l'art. 278 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya. La resposta a aquesta qüestió és necessàriament negativa, ja que l'expressió del art. 278 esmentat es refereix explícitament a la bona fe existent en el precís moment que es procedeix a l'edificació i no pas a la qualitat possessòria originària. En conseqüència l'existència del requeriment notarial efectuat el dia 9-11-1987 destrueix a partir d'aquesta data tota presumpció de l'existència de la bona fe, i per tant, quan amb posterioritat es realitzen les presumptes millores a la finca en qüestió, els agents no poden ésser reputats posseïdors amb aquest atribut als efectes legalment indicats i no poden tenir el benefici que confereix l'art. 278 de la Compilació Catalana, i per tant és procedent desestimar com desestimen aquest primer motiu de cassació.»

25. En la Sentència del TS de 14 de març de 2001 (RJ 5976) es va considerar que un simple requeriment notarial en què una persona es declarava propietària de la finca i instava la cessació de les obres no era suficient per a suscitar «un estado de duda razonable sobre su posición jurídica». Si al cas li hagués estat aplicable l'art. 542-10.2 *in fine*, la solució hauria estat la contrària.

26. En aquest sentit, la Sentència del TSJC de 29 de setembre de 1993 (RJ 10179) va qualificar l'adquirent de bona fe de *constructor de mala fe*, perquè abans de la tramitació de la llicència d'obres se li havia notificat fefaentment l'existència d'una anotació preventiva de demanda relativa a la finca. En un supòsit de doble venda, en la Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona (APT) (Secció Primera) de 18 d'octubre de 2002 (JUR 2003\80627) es va entendre que la bona fe inicial del constructor va desaparèixer a partir del moment en què se li va notificar l'exercici per part d'un tercer de l'acció reivindicatòria amb títols suficients i emparats en inscripcions registrals. Per això el Tribunal només li va reconèixer el dret de retenció de l'article 278 CDCC per a garantir el crèdit per les despeses efectuades en aquella data, i va aplicar a allò construït a partir de llavors el règim de la mala fe.

4.2.2. *La bona fe de la persona afectada per la incorporació*

En la LAO, el concepte de *bona fe* de la persona que no realitza la incorporació (propietari del sòl en l'accessió mobiliària, propietari de la cosa principal o de la cosa accessòria en l'accessió mobiliària) s'obtenia a partir de la interpretació *a contrario sensu* de l'article 11.4 LAO: consistia en la ignorància que un tercer està realitzant la incorporació.

Aquest desconeixement havia de subsistir durant tot el procés d'incorporació. La bona fe inicial esdevenia mala fe si no s'oposava a la incorporació no finalitzada una vegada coneguda l'existència d'aquesta (art. 11.4 LAO).

L'afany de simplificar la LAO palesat en el preàmbul de la Llei 5/2006 ha eliminat del dret català vigent el concepte de *bona fe de la persona afectada per la incorporació*. Entenem que la regulació del llibre cinquè CCCat pressuposa el de la LAO.

4.2.3. *La mala fe*

La incompleta regulació de l'accessió en l'article 278 CDCC no regulava què s'havia d'entendre per *mala fe*. En canvi, en la LAO es definia la mala fe de la persona que patia la incorporació (art. 11.4), però no la de qui realitzava la incorporació, concepte que s'ha d'extreure de la interpretació *a contrario sensu* de l'article 20. En el llibre cinquè CCCat el concepte de *mala fe de l'incorporador* es pot obtenir de la interpretació *a contrario sensu* de l'article 542-10.1, però no hi ha cap referència a la mala fe de la persona que es veu afectada per la incorporació d'un tercer.

A) La mala fe de l'incorporador consisteix a saber (o ignorar per un error inexcusable) que efectua la incorporació o bé amb materials que sap aliens (en el supòsit de l'art. 542-13 i 542-19),²⁷ o bé en un terreny que no és propi i sobre el qual no té cap dret real (dret de superfície) que el legítimi per a edificar (art. 542-10.1 *a contrario sensu*).²⁸ Ja s'ha vist en l'apartat relatiu a la bona fe que la mala fe sobrevinguda no té efectes retroactius: només afecta allò que se segueixi incorporant.

27. Es corresponen amb els art. 13 i 21.1 LAO, tot i que l'art. 542-12 CCCat només considera l'accessió immobiliària per als supòsits de construcció, per la qual cosa aquest precepte s'haurà d'aplicar per analogia a les plantacions i els conreus en finca aliena.

28. En la LAO es preveia expressament en l'art. 10.

B) En la LAO, l'article 11.4 establia que hi ha mala fe en qui pateix la incorporació quan aquest no s'oposa a la incorporació que fa públicament un tercer en el seu bé, una vegada en té notícia. Per tant, s'atribuïa a la passivitat del propietari el significat d'acceptació de l'enriquiment derivat de l'activitat realitzada per l'incorporador.²⁹ Constituïa un supòsit d'aplicació de la vinculació d'una persona als seus actes propis, doctrina jurisprudencial avui formulada amb caràcter general en l'article 111-8 CCCat. Malgrat el silenci del llibre cinquè, es pot continuar defensant la mateixa solució a partir de l'article 111-8 CCCat.

Entre el moment en què l'afectat sap que es realitza la incorporació i el de la manifestació de l'oposició, pot existir un lapse temporal, però haurà de ser suficientment breu per a evitar que s'entengui inequívocament que l'aprova.

C) Si tots els subjectes han actuat de mala fe, aquestes actuacions es neutralitzen, per la qual cosa s'aplica el règim jurídic previst per a la bona fe de tots dos (art. 542-12, 542-17.3).³⁰ Tot i que l'article 542-12 CCCat es refereix exclusivament al propietari del sòl i a l'incorporador, la compensació de la mala fe també es pot produir en la relació entre aquest darrer i el propietari dels materials emprats.

En l'accessió immobiliària, la neutralització de la mala fe de l'incorporador només es produeix de manera bilateral. La tolerància del propietari del sòl no té cap repercussió en la mala fe de l'incorporador que conscientment ha utilitzat materials aliens. Per tant, és possible considerar que l'incorporador actua amb bona fe respecte al propietari del sòl i amb mala fe respecte al propietari dels materials, i a la inversa.

5. CLASSES D'ACCESSION

L'article 278 CDCC regulava exclusivament l'accessió immobiliària industrial i preveia un únic règim jurídic per a tots els casos, amb independència que la incorporació fos el resultat d'haver construït, edificat, plantat, sembrat o romput un terreny.

La LAO classificava les accions a partir de dos criteris. El principal, a partir del qual s'estructurava aquesta llei, és el caràcter immoble o moble del bé que rep la incorporació. Segons aquest criteri, l'accessió pot ser immobiliària (cap. II) o mobiliària (cap. III).

29. Per al Codi civil, vegeu A. CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, Montecorvo, 1986, p. 299.

30. Es corresponen amb els art. 12 i 21.3 LAO.

El segon criteri de classificació resultava de la intervenció de la voluntat humana en la incorporació (art. 1 i 18 LAO, i 542-1.2, 542-15 PLLC). Si ha existit, l'accessió és artificial o industrial; altrament, l'accessió és natural.

La LAO només tenia en compte l'accessió natural mobiliària («d'una manera casual», art. 22). Pel que fa a la immobiliària, els autors de l'avantprojecte van renunciar a regular-la «atesa la normativa de dret públic en matèria de domini públic hidràulic»,³¹ per la qual cosa l'article 2 LAO es remetia a la legislació específica, que deixava subsistent. Certament, la Llei estatal d'aigües (art. 8 Reial decret legislatiu 1/2001, de 20 de juliol) qualifica com a *domini públic hidràulic* les lleres dels rius, però es remet a la «legislació civil» per a regular les modificacions eventuais que per causes naturals s'hi puguin produir (art. 8). «Legislació civil» no s'ha d'interpretar necessàriament com a Codi civil, sinó com la legislació civil del territori on per causes naturals s'ha modificat la llera del riu. A Catalunya, per remissió del legislador català, s'apliquen directament els articles 370, 372 i 374 CC. En canvi, sí que és justificat el silenci en allò que afecta el domini públic maritimoterrestre estatal, dins del qual la Llei estatal de costes (Llei 22/1988, de 28 de juliol) inclou qualsevol incorporació que es produeixi de manera natural a la riba marítima (art. 4.1), així com els illots que puguin aparèixer en aigües interiors o en el mar territorial (art. 4.6 i 5) o en els rius fins allà on siguin sensibles les marees (art. 5).

En aquest aspecte, el llibre cinquè CCCat no ha alterat substancialment la LAO. L'accessió natural mobiliària es considera únicament en l'article 542-18, i per a l'accessió natural immobiliària continua la remissió a la «legislació especial» en l'article 542-2 CCCat. L'única novetat consisteix a qualificar les disposicions de l'accessió en el CCCat com a *dret supletori de la legislació especial*, la qual cosa només pot fer referència a les modificacions de les lleres dels rius, perquè —com s'ha vist— el domini públic maritimoterrestre és de competència estatal.

6. L'ACCESSIÓ IMMOBILIÀRIA

6.1. L'ADQUISICIÓ PEL PROPIETARI DEL SÒL

L'article 278 CDCC partia de la consideració que el sòl era el bé principal. En conseqüència, qualsevol incorporació que experimentés un terreny esdeve-

31. OBSERVATORI DEL DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris*, p. 100.

nia propietat de l'amo d'aquest. En la LAO aquest principi també inspirava la regulació, tot i que s'hi va introduir una excepció.

En efecte, l'article 3 LAO constituïa una concreció del genèric article 1 en matèria d'accessió immobiliària: el propietari d'una finca adquiria per accessió allò que s'incorporava a aquesta. És a dir, l'article 3 recollia el principi *superficies solo cedit*. La regla general continguda en l'article 3 es reblava en les seccions segona i tercera del capítol II, amb una única excepció: en els casos de construcció extralimitada, quan el valor de la construcció era superior al del sòl envaït i si es reunien els requisits previstos per l'article 9 LAO, l'edificació es considerava principal, per la qual cosa el propietari del sòl envaït l'havia de cedir a l'incorporador.

En el llibre cinquè CCCat, l'adquisició pel propietari del sòl només es produeix de manera automàtica si és ell qui ha finançat la incorporació (art. 542-3 CCCat), cosa que la Llei presumeix *iuris tantum* (art. 542-4 CCCat). Quan l'incorporador i el propietari del sòl són persones diferents, el CCCat conserva el criteri d'atribuir la propietat del sòl i de la incorporació a una mateixa persona, però el sòl ha perdut el caràcter absolut de bé principal. Serà principal o subsidiari el bé de més valor (art. 542-7, 542-9 CCCat).

6.2. ELS CONFLICTES D'INTERESSOS

Els conflictes d'interessos que poden sorgir en matèria d'accessió poden ser tres. El primer és la incorporació de materials propis a un sòl aliè (art. 542-3 a 542-12 CCCat, prèviament art. 5-12 LAO); el segon és la incorporació a una finca pròpia de materials aliens (art. 542-13 CCCat, prèviament art. 13 i 15 LAO), i el tercer, combinació dels precedents, és la incorporació a un terreny aliè de materials també aliens (art. 542-14 CCCat, prèviament art. 14 i 15 LAO). La diferència és que en el primer cas s'imposa un enriquiment al propietari del sòl, en el segon hi ha un enriquiment a costa de materials aliens i en el tercer es combinen tos dos.³²

7. LA INCORPORACIÓ DE BÉNS PROPIS A UNA FINCA ALIENA

A diferència del tractament unitari de l'article 278 CDCC, la LAO distingia entre les plantacions i els conreus de llarga durada (art. 5, 10.1 i 11.1), les

32. Com va assenyalar per al Codi civil A. CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi*.

plantacions i els conreus de curta durada (art. 6, 10.1 i 11.2), i les construccions (art. 7-10 i 11.3). No s'hi considerava el fet de rompre un terreny aliè, perquè aquesta és una activitat que per ella mateixa no suposa una incorporació, sinó la transformació de la substància del bé, en el sentit que transforma l'ús a què aquest està destinat (d'ús forestal o de pastures a conreu o plantació). En la majoria dels casos, les despeses generades estaven incloses en les de la plantació o el conreu, si s'havien arribat a materialitzar. Si la reclamació del propietari del terreny tingués lloc abans que s'hagués produït la plantació o la sembra, es tractaria d'un supòsit exclòs de l'àmbit d'aplicació de la LAO.

La distinció entre plantacions i conreus de llarga i curta durada no estava prevista en el PLAOC, sinó que és el resultat de la tramitació parlamentària. En efecte, l'article 5 PLAOC regulava les plantacions i l'article 6 regulava els conreus, que es diferenciaven per la durada del cicle productiu: inferior a l'any agrícola en els conreus, superior en les plantacions.³³ La transcendència de la durada del cicle productiu es va incrementar amb el dictamen aprovat per la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana: allò decisiu per a aplicar un o altre règim jurídic no havia de ser el caràcter de plantació o conreu del que s'havia incorporat, sinó la durada del cicle productiu.³⁴

Aquesta distinció ha estat abandonada en el llibre cinquè CCCat, on es regulen les plantacions en sòl aliè (art. 542-5 CCCat) i els conreus en sòl aliè (art. 542-6 CCCat), sense distingir si unes i altres són de llarga o curta durada.

7.1. LES PLANTACIONS I ELS CONREUS

Pel principi d'accessió, pertanyen a la persona propietària de la finca les plantacions i els conreus que es facin en aquesta, amb independència de la bona o mala fe de qui els hagi fet (art. 542-3, 542-5, 542-6, 542-11.1 CCCat, prèviament art. 3, 5, 6 i 10.1 LAO). La LAO fins i tot explicitava que la mala fe del propietari del sòl no impedia que aquest adquirís les plantacions i els conreus (art. 11.1 i 2 LAO).

33. OBSERVATORI DEL DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del llibre cinquè*, p. 101.

34. BOPC núm. 248, de 14 de desembre de 2001, p. 67. Cal destacar que en aquesta matèria el Plenari de la Comissió es va separar de l'Informe de la Ponència, en el qual es conservava la distinció originària entre plantacions (art. 5) i conreus (art. 6) (BOPC núm. 248, de 14 de desembre de 2001, p. 46-48).

7.1.1. *Amb bona fe de l'incorporador i del propietari del terreny*

A) En la LAO, si ambdós personatges havien actuat de bona fe, qui havia plantat o sembrat en terreny aliè tenia dret a ser indemnitzat per les despeses efectuades, llevat que el propietari del sòl decidís imposar-li la reposició de la finca a l'estat anterior (art. 5.1 i 6.1 LAO).

Ja s'ha fet referència al fet que la facultat atribuïda al propietari del sòl d'evitar consolidar l'adquisició és una novetat introduïda per la LAO respecte d'allò previst en l'article 278 CDCC. Amb relació al Projecte de llei de l'accessió i l'ocupació (PLAO), Carrasco Perera va fer notar que aquesta regulació promovia que l'incorporador renunciés a la indemnització de les despeses per a evitar haver de finançar la reposició de la finca a l'estat originari.³⁵ L'observació és encertada, tot i que s'ha fet notar que no és universal, perquè depèn del valor d'allò incorporat i de la possibilitat que tingui l'incorporador de trasplantar-ho a una altra finca.

El propietari de la finca podia exercitar aquesta facultat fins al moment de la collita, si el cicle de producció era inferior a l'any agrícola (art. 6.1 LAO), o en el termini màxim d'un any des de la plantació o el conreu, si aquests eren de llarga durada (art. 5.1 LAO). Mentre no rebés la indemnització, el plantador o conreador gaudia del dret de retenció establert en l'article 16 LAO.

B) Escolat el termini sense manifestació del propietari del terreny, la Llei³⁶ imposava una relació arrendatícia que permetia a qui havia plantat o sembrat de bona fe obtenir un rendiment de la seva activitat. Si es tractava d'un conreu de curta durada, la relació arrendatícia permetia al plantador o sembrador fer la collita a canvi de pagar al propietari del terreny una renda equivalent al temps que hagués utilitzat la finca (art. 6.2 LAO). Si la plantació o el conreu eren de llarga durada, la relació arrendatícia tenia una durada màxima de quatre anys comptats des que es van fer la plantació o el conreu, tot i que podia ser inferior si la plantació o el conreu deixaven de ser productius abans (art. 5.2 LAO).

Els articles 5 i 6 LAO no preveïen que la plantació o el conreu envaïssin parcialment la finca. Si el propietari del sòl decidia consolidar l'adquisició o de-

35. A. CARRASCO PERERA, «La accesión: la construcción extralimitada», *La Notaria*, núm. 9-10 (2001), p. 35-43, esp. p. 36.

36. L'origen del termini de caducitat per a l'exercici de la facultat d'opció i la subsegüent relació arrendatícia imposada per la Llei es troben en la tramitació parlamentària. El termini de caducitat es va introduir en l'Informe de la Ponència de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat, si bé en aquest informe era de tres mesos tant en les plantacions com en els conreus. Els terminis actuals provenen del Dictamen de la Comissió. Vegeu J. MARSAL GUILLAMET a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios*, p. 833-834.

manar la reposició de la finca a l'estat originari, és irrellevant que la invasió sigui total o parcial. Si la inactivitat del propietari provocava la imposició legal d'una relació arrendatícia, el conflicte es podria resoldre aplicant analògicament l'article 9.2 LAO: quan la part de la finca envaïda fos inferior a la unitat mínima de conreu, la relació arrendatícia hauria d'abastar tota la finca.

En les plantacions i els conreus de llarga durada, podia succeir que el cicle productiu de la plantació o el conreu s'esgotés durant la relació arrendatícia forçosa (p. ex., farratges que permeten més d'una tallada). En aquest cas, s'eliminaven els problemes de titularitat: una controvèrsia sobre drets reals es resolvia mitjançant el dret d'obligacions. En canvi, si allò incorporat continuava sent productiu més enllà de la durada màxima de la relació arrendatícia forçosa, calia plantejar-se si el propietari de la finca havia d'indemnitzar l'incorporador. La solució havia de resoldre's acudint a la regulació dels arrendaments rústics. Si la relació arrendatícia forçosa es va constituir abans del 27 de maig de 2004, s'aplica el que disposa l'article 62.1 LAR 1981; si es va establir amb posterioritat, s'aplica allò previst en l'article 62.1 LAR 2003. Aquesta legislació deixarà de ser aplicable a Catalunya si esdevé dret vigent el Projecte de llei de contractes de conreu aprovat pel Govern de la Generalitat el 26 de juliol de 2005. En l'article 24 d'aquest projecte s'estableix el règim jurídic de les millores costejades per l'arrendatari.³⁷

C) En el llibre cinquè CCCat l'adquisició del propietari del sòl no és automàtica, sinó la conseqüència de l'exercici de l'opció *a* prevista en els articles 542-5 per a les plantacions i 542-6 per als conreus. L'altra opció del propietari de la finca és obligar a qui ha plantat a deixar la finca en l'estat previ a la plantació (art. 542-5*b*) o imposar al conreador una relació arrendatícia fins que tingui lloc la collita (542-6*b*).

No s'estableix cap termini en què el propietari de la finca hagi de fer efectiu el seu dret d'opció, tot i que, en el cas dels conreus, la possibilitat d'elecció s'extingirà amb la collita del conreu. En el cas de les plantacions, un retard exagerat en l'exercici de l'opció no convertiria la bona fe del propietari del terreny en mala fe (perquè la incorporació ja està realitzada), però es podria entendre que exigir la reposició de la finca a l'estat anterior seria contrari a la bona fe que ha de regir les relacions privades (art. 111-7 CCCat) i àdhuc podria constituir una conducta contrària als actes propis (art. 111-8 CCCat).

37. El Projecte de llei es va publicar en el BOPC núm. 216, de 5 de setembre de 2005. En el moment de corregir les proves de la Revista, la Comissió d'Agricultura, Ramaderia i Pesca ha publicat el seu dictamen sobre el Projecte (BOPC núm. 349, de 12 de juny de 2006) i s'ha sol·licitat un dictamen al Consell Consultiu per iniciativa de quinze diputats del grup Convergència i Unió (BOPC núm. 352, de 14 de juny de 2006).

En l'article 542-8 CCCat s'estableix que, en els casos regulats en els articles 542-6 i 542-7, el propietari de la finca té dret a ser indemnitzat pels danys i perjudicis soferts. Aquesta indemnització es podria justificar amb el fet que la plantació o el conreu efectuats no han de ser necessàriament els més útils per al propietari de la finca rústica i amb el fet que aquest podria haver efectuat despeses en previsió d'altres (p. ex., adquisició de llavors per a un altre conreu). Tanmateix, es pot reproduir la crítica ja formulada per Carrasco Perera als articles 5 i 6 PLA0 i que segurament fou la causa que en les recomanacions de la Ponència de la Comissió desaparegués l'obligació del plantador o conreador d'indemnitzar sempre el propietari de la finca pels danys i perjudicis soferts: la previsió implicava imposar al posseïdor de bona fe el pagament dels fruits que s'haurien pogut percebre en comptes dels efectivament percebuts.³⁸ En el cas del CCCat, l'objecció té encara més pes perquè significa una desviació del règim previst per al posseïdor de bona fe en l'article 522-3 CCCat. Certament, en l'article 522-2 CCCat s'estableix que el règim previst en els articles següents ho és si no hi ha cap pacte o disposició en contra, i l'article 542-8 CCCat en seria un exemple. Ara bé, no té massa sentit que el resultat econòmic de la incorporació no sigui el mateix segons si la plantació o el conreu es qualifiquen com a *supòsit d'accessió* o com a *despesa útil*.

7.1.2. *Amb bona fe de l'incorporador i mala fe del propietari del terreny*

Per a aquest cas, en la LAO es preveia que el plantador o conreador de bona fe tenia dret a mantenir-hi la plantació o el conreu de curta durada fins que hagués acabat la collita, sense que hagués de pagar pel temps d'ús de la finca (art. 11.2 LAO). Si la plantació o el conreu eren de llarga durada, el plantador o conreador podia optar entre exigir al propietari del sòl el valor de la plantació o el conreu, o bé imposar-li la venda del sòl. No s'establia cap termini durant el qual el plantador o conreador haguessin d'exercir aquest dret d'opció. En ambdós casos, a més a més —i a diferència dels de curta durada—, el propietari de mala fe havia d'indemnitzar el plantador o conreador pels danys i perjudicis patits (art. 11.1 LAO).

Aquest supòsit no està regulat en el llibre cinquè CCCat, on l'única repercussió prevista per a la mala fe del propietari del sòl serveix per a compensar la mala fe de l'incorporador (art. 542-12 CCCat, per analogia). Per tant, hem d'entendre que s'aplica el règim previst en els articles 542-5 i 542-6 CCCat.

38. A. CARRASCO PERERA, «La accesión», p. 37.

7.1.3. *Amb mala fe de l'incorporador*

En la LAO, si l'autor de la plantació o del conreu va actuar de mala fe, no tenia dret a cap indemnització ni pels materials aportats ni per la feina realitzada i, a més, havia d'indemnitzar el propietari del sòl pels danys i perjudicis causats (art. 10.1 LAO). En el llibre cinquè CCCat la previsió és idèntica (art. 542-11.1 CCCat).

Ja s'ha vist que si existeix mala fe tant en l'incorporador com en el propietari del terreny, té lloc la neutralització d'ambdues accions i la consegüent aplicació del règim previst per al cas que tots dos siguin de bona fe (art. 12 LAO; art. 542-12 CCCat, per analogia, perquè només preveu aquesta compensació en els casos de construcció).

7.2. LES CONSTRUCCIONS

A diferència de l'article 278 CDCC, la LAO distingia si la construcció s'havia efectuat exclusivament en terreny aliè (art. 7 i 10.1) o bé si s'havia fet parcialment en terreny propi i parcialment en terreny aliè (construcció extralimitada, que podria haver ocupat totalment o parcialment la finca aliena; art. 8, 9, 11.2 i 3). En el segon cas, la solució és diferent segons si el sòl envaït té un valor superior al de la construcció i el sòl propi del constructor (art. 8), o si aquell és inferior (art. 9).

En la construcció realitzada íntegrament en sòl aliè, el principi *accessorium sequitur principale* es traduïa en la regla *superficies solo cedit*, amb independència del valor que poguessin tenir el sòl i la construcció: el sòl era sempre l'element principal. En la construcció extralimitada, en canvi, què és principal i què és secundari no estava establert *a priori*, sinó que ho determinava el valor del sòl envaït i el de la construcció. Tal com s'anunciava en el § 5 del preàmbul, en la construcció extralimitada de bona fe amb valor superior de la construcció (art. 9 LAO), malgrat la bona fe del propietari del sòl, el constructor podia imposar-li la transmissió del sòl envaït: en aquest cas, el que es considera principal és l'edificació. D'aquesta manera, l'article 9 LAO constituïa l'assumpció per part del legislador català de la doctrina jurisprudencial de l'anomenada *accessió invertida*.

En matèria de construcció, la regulació prevista en el llibre cinquè implica una modificació substancial de la tradicional, perquè converteix en general el supòsit previst per a la construcció extralimitada en la LAO. El que determinarà quin bé és el principal i quin és l'accessori serà el valor del sòl i el de la cons-

truació. Això significa que desapareix la regulació uniforme (amb excepcions) de l'accessió immobiliària, segons la naturalesa del bé que s'incorpori al sòl (edificacions o altres béns). En segon lloc, que el propietari del sòl només tindrà l'opció de conservar la propietat del terreny i adquirir allò que s'hi ha construït quan la inversió efectuada en l'edificació tingui poc valor. És a dir, que el propietari del terreny tindrà pocs incentius per a optar per l'adquisició de l'edificació. Finalment, i atès que el procés constructiu necessita el seu temps, la solució legal pot ser diferent segons el moment en què el propietari del sòl descobreixi la invasió de la seva finca: la Llei li atribueix inicialment un dret d'opció mentre el valor de les despeses realitzades en l'edificació sigui inferior al valor del sòl, dret que desapareixerà quan la inversió superi aquest valor.

7.2.1. *Les construccions realitzades íntegrament en terreny aliè en la LAO*

7.2.1.1. Amb bona fe del constructor i del propietari del sòl

En aquest cas, l'article 7 LAO estableix l'adquisició, per accessió, de l'edificació per part del propietari de terreny, amb l'obligació de rescabalar el constructor de bona fe. Mentre això no es produís, aquest podia retenir la incorporació com a garantia del seu crèdit (art. 16 LAO).

El propietari del sòl podia evitar el pagament del cost de la construcció si imposava, a qui va encarregar la construcció, l'adquisició del sòl a canvi del preu que fixessin de mutu acord o, altrament, un perit designat conjuntament (art. 7 LAO). No s'establia cap termini dins del qual el propietari del terreny hagués d'exercir aquesta facultat, per la qual cosa el termini màxim hauria estat el de preclusió de trenta anys (art. 122-1 CCCat *in fine* en relació amb l'art. 121-24 CCCat). Amb la configuració que s'ha fet de la facultat d'opció, si el constructor volia provocar l'elecció del propietari del sòl, li hauria hagut de reclamar el pagament de les despeses originades per causa de l'edificació, pretensió davant la qual el demandat podria reconvenir i imposar al demandant l'adquisició del sòl. Si no tingués lloc la reconvenió, el constructor gaudiria del dret de retenció sobre la construcció mentre no cobrés la indemnització (art. 16 LAO).

Pot existir un lapse de temps considerable entre el moment en què es produeix la incorporació i la reclamació davant del propietari del terreny per tal que li reintegri les despeses. En supòsits en què era d'aplicació l'article 278 CDCC, el TSJC ha establert que la indemnització que pot exigir l'incorporador és el valor actualitzat dels materials i els jornals, sense que aquest pugui su-

perar el valor real de la construcció en l'estat actual (STSJC de 25 d'abril de 1992 [RJ 10276], 1 de març de 1993 [RJ 1994\6990] i 28 de desembre de 1993 [RJ 10203]).

A diferència de les plantacions i els conreus, la LAO no preveia que el propietari del terreny pogués demanar la reposició de la finca a l'estat anterior a la construcció, per ser una solució antieconòmica. Per això sorprenia que en l'article 8.2 LCF s'atribuís al propietari del sòl (el cedent en el contracte resolt per incompliment) la facultat d'imposar al constructor (cessionari) l'enderroc a càrrec seu de la construcció quan el valor de les obres realitzades fos inferior al de les que faltarien per a fer de conformitat amb el contracte resolt.³⁹ El supòsit també es podria produir en el cas de l'accessió, si la reclamació del propietari del terreny atura les obres en un moment inicial de la construcció i, tanmateix, no podria demanar l'enderroc.

L'article 7 LAO significava una flexibilització important del dret català en aquesta matèria. L'article 278 CDCC establia una solució única: el propietari del terreny havia d'indemnitzar sempre el constructor de bona fe. La facultat que atribuïa l'article 7 LAO al propietari per a evitar satisfer la indemnització, aprovava la solució catalana a la de l'article 361 CC, article que la jurisprudència del TSJC havia declarat inaplicable a Catalunya de manera supletòria a les construccions efectuades íntegrament en terreny aliè (STSJC de 22 de juliol de 1991, 10 de maig de 1993, 21 de desembre de 1994 i 6 d'abril de 1998), malgrat el que s'afirmava en el preàmbul (§ 4: «[l]'aplicació supletòria del Codi civil [espanyol] ha fet que en molts supòsits no s'hagin aplicat els principis tradicionals del dret català»).

L'article 7 LAO va ampliar l'objecte de la indemnització al constructor de bona fe: del preu dels materials i dels jornals dels operaris (art. 278 CDCC) al cost originat per la construcció, que inclourà, a més, qualsevol altra despesa: plànols, visats, llicències d'obres, etc. En aquest sentit, en la SAPB (Secció Dis-

39. El contingut de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura, pertany al llibre sisè del CCCat (art. 3 PLCCCat). En el PLLC no hi ha prevista cap modificació de l'art. 8.2 LCF, per la qual cosa la dualitat de règims continuarà si el PLLC esdevé llei sense que s'introdueixin canvis en aquesta qüestió.

40. Tanmateix, també hi ha casos en què les pretensions sobre accessió fonamentades en els art. 361, 453 i 454 CC han obtingut resolucions al seu favor: p. ex., Sentència de l'APB (Secció Dissetena) de 5 de novembre de 2002 (JUR 2003\99924); la Sentència de l'APB de 30 de gener de 2002 (JUR 111862) va desestimar l'aplicació de l'art. 361 CC no perquè no fos el dret aplicable, sinó perquè va considerar que en aquell cas no hi havia bona fe en l'incorporador. En canvi, la Sentència de l'APB de 15 de gener de 2001 (JUR 114286) va estimar el recurs contra la sentència de primera instància que havia aplicat l'art. 361 CC en comptes de l'art. 278 CDCC.

setena) de 5 de novembre de 2002 (JUR 2003\99924) es van considerar cost indemnitzable els honoraris de l'arquitecte i de l'arquitecte tècnic, així com el de la llicència d'obres.⁴¹

En la Sentència del TSJC d'1 de març de 1993 es va plantejar si dins dels jornals dels operaris de l'article 278 CDCC s'inclouia el valor de la feina realitzada per l'incorporador. La resposta del Tribunal fou afirmativa, tot i que en el cas en qüestió va considerar que el crèdit en aquest concepte havia quedat extingit per compensació amb altres crèdits que el propietari del sòl tenia a favor seu.

7.2.1.2. Amb bona fe del constructor i mala fe del propietari del sòl

En aquest cas, l'article 11.3 LAO atribuïa al constructor el dret a imposar al propietari del sòl la venda del terreny i, a més, obtenir la indemnització pels danys i perjudicis soferts. Aquesta solució es fonamentava en el fet que la persona que havia construït en un solar que creia propi tenia un interès en l'edificació que no s'esvaïa en descobrir que havia edificat en sòl aliè. Se sancionava la mala fe del propietari del terreny invertint la regla de l'accessió.

Els danys i perjudicis de què ha de ser rescabalat el constructor de bona fe eren els derivats d'actes del propietari del sòl: increment del cost derivat d'una interrupció de les obres provocada per aquest, etc.

7.2.1.3. Amb mala fe del constructor i bona fe del propietari del sòl

En aquest cas, el propietari del sòl adquiria per accésio allò construït, sense que el constructor de mala fe tingués dret a ser rescabalat de les despeses originades per la construcció.⁴² A més, aquest hauria d'indemnitzar el propietari del sòl pels danys i perjudicis soferts (art. 10.1 LAO). A diferència dels supòsits de construcció extralimitada (art. 10.2), en aquest cas no es preveia la demolició de la construcció, segurament perquè se suposava que aquesta seria d'utilitat per

41. La llei aplicable al cas no era la LAO, sinó l'art. 278 CDCC. Tanmateix, en aquest cas, la Secció Dissetena de l'Audiència va aplicar l'art. 361 CC, invocat pels demandants.

42. En el plet que suscita la SAPB (Secció Quarta) de 29 de març de 2005 (JUR 115174), la part demandant adduïa que es tractava d'un supòsit de construcció extralimitada. Tanmateix, el Tribunal va considerar provat que els dos edificis s'havien construït íntegrament en sòl aliè i que el constructor havia actuat des de l'inici amb mala fe, per la qual cosa va concloure, en aplicació de l'art. 278 CDCC, que les dues edificacions «es perdran a favor de l'amo del sòl».

al propietari. Si no ho fos, s'inclouria el cost de l'enderrocament dins de la indemnització pels danys i perjudicis soferts.

7.2.2. *Les construccions extralimitades en la LAO*

7.2.2.1. El supòsit de fet

El supòsit de fet de la construcció extralimitada és l'edificació realitzada parcialment en una finca pròpia del constructor i parcialment en una finca aliena. Tal com ja s'ha avançat, en aquesta matèria la LAO positivitzava les solucions que ha anat donant la jurisprudència, primer el Tribunal Suprem (sentències de 31 de maig de 1949, 3 de maig de 1959 i 17 de juny de 1961) i després el TSJC (sentències de 22 de juliol de 1991 i 6 d'abril de 1998), per a resoldre el conflicte d'interessos generat, precisament, per l'extralimitació.

Mentre no s'exercís cap de les facultats que la Llei atribuïa, existien dos solars sobre els quals es recolzava una edificació. Davant la manca d'una norma específica, s'havia d'aplicar la regla general (art. 1 i 3 LAO) i, en conseqüència, existia provisionalment una cotitularitat sobre la construcció, les quotes de la qual es fixaven en proporció al solar efectivament edificat. Per a resoldre aquesta situació anòmala, s'atribuïa al propietari de la finca que es considerava principal el dret a adquirir la finca veïna i les incorporacions que s'havien fet a aquesta. En qualsevol cas, el títol d'adquisició era l'exercici d'aquest dret conferit per la Llei, i no l'accessió.

Una construcció no deixava de ser extralimitada pel fet que la construcció envaís la major part del solar veí, o fins i tot tot. Això va generar crítiques d'una part de la doctrina que considerava que el supòsit de construcció extralimitada no estava ben delimitat respecte de la construcció en una finca aliena.⁴³ Entenem que les objeccions no estaven prou justificades, perquè l'extralimitació pressuposa que, amb independència de l'extensió de la invasió, una edificació materialment indivisible (art. 9.1c LAO) es troba parcialment assentada sobre una finca del constructor. Tanmateix, potser aquelles crítiques han influït en els redactors del Projecte de llei de llibre cinquè per a generalitzar la regulació prevista per a la construcció extralimitada en la LAO.

Dins del concepte d'*extralimitació*, en la LAO no s'inclouïen les invasions jurídiques (p. ex., obertures a l'edifici veí que no respecten la distància legal de

43. Per al PLAO, vegeu A. CARRASCO PERERA, «La accesión», p. 40. Per a la LAO, vegeu Ch. MOLL DE ALBA LACUVE, «L'accessió», p. 48 i 50.

l'art. 40 LANISRV, avui art. 546-10 CCCat). La raó podia ser impedir una via per a la constitució unilateral de servituds.⁴⁴ En qualsevol cas, això significava que la part de l'edifici construïda en el terreny envaït, o en finca pròpia sobre l'espai que correspon a l'androna, no podria tenir finestres llevat que es constituís una servitud voluntària.

Tampoc no constituïa una extralimitació l'edificació sobre tot el solar que pertany a una comunitat de béns feta per un dels cotitulars. La raó és que la quota de cadascun dels copropietaris és ideal sobre la finca, per la qual cosa no és possible l'extralimitació de la quota.⁴⁵

Finalment, tampoc no constituïen supòsits de construcció extralimitada aquells en què el constructor adquiria una de les dues finques sobre les quals es basava l'edificació després de la incorporació. En el cas resolt mitjançant la Sentència del TSJC de 6 d'abril de 1998 (RJ 10052), el demandant, que havia costejat majoritàriament la construcció, havia adquirit la cotitularitat d'una de les finques per successió del seu pare, molt després d'haver-se finalitzat l'edificació.

7.2.2.2. El règim jurídic

A) En tractar dels principis de la llei ja s'ha dit que en matèria de construcció extralimitada existia un concepte de *bona fe* qualificat per a l'incorporador. En efecte, l'article 9.1a LAO establia què s'havia d'entendre en aquests casos per *constructor de bona fe*: no es tractava que el constructor hagués sofert un error excusable sobre la manca de poder de disposició de qui li va transmetre la finca, sinó que hagués sofert un error excusable sobre els límits de la seva

44. El TSJC no s'ha pogut manifestar sobre aquesta qüestió perquè en el cas resolt mitjançant la Sentència del TSJC de 9 de novembre de 1992 (RJ 1994\1979) el constructor que no havia respectat les distàncies legals no va invocar la doctrina de l'accessió invertida. La Sentència de l'Audiència Territorial de Barcelona de 9 de juny de 1978 (RJC 668) la va aplicar en un cas d'aquestes característiques. En el mateix sentit es va pronunciar la Sentència del TS de 10 de desembre de 1980 (RJ 4742), que va establir que en aquests casos existia una invasió del vol de la finca veïna. Ambdues sentències foren molt ben rebudes per acadèmics catalans rellevants: J. M. POU DE AVILÉS, «L'accessió invertida. Nous horitzons», RJC, 1991, p. 475-499; J. J. PINTÓ RUIZ, «Contestació», RJC, 1991, p. 500-508. Tanmateix, la jurisprudència dominant actualment en el TS nega l'aplicació de l'accessió invertida a aquests supòsits, per a evitar deixar impune la infracció de l'art. 582 CC (a Catalunya, l'art. 40 LANISRV).

45. En aquest sentit, vegeu la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona (Secció Segona) de 25 d'abril de 2002 (JUR 192720). Contràriament, la Sentència de l'APB (Secció Dotzena) de 29 de juny de 1998 (AC 5944) sí que va aplicar la doctrina de l'accessió invertida entre cotitulars per a resoldre un conflicte d'origen successori entre germans.

finca. Qui construïa extralimitadament no havia de ser conscient que ultrapassava els llindars de la seva finca.

L'error només és excusable quan el constructor ha comprovat que l'extralimitació no va ser apreciada pels tècnics competents (art. 12.3a LOE) quan es va efectuar el que dins del procés constructiu es coneix com a *replanteig* i que l'article 9.1a LAO qualifica com a *medició del projecte tècnic d'edificació*. És evident que la LAO no podia imposar a un no-perit que comprovés la correcció d'una tasca que la LOE imposava a uns professionals. Per tant, la comprovació a què es referia la LAO consistia en la constatació que ni el director de l'obra ni el director de l'execució de l'obra havien apreciat l'extralimitació en efectuar el replanteig i signar l'acta d'aquest.

B) El règim jurídic aplicable depenia de la quantitat de terreny envaït, atès que els articles 8 i 9 LAO configuraven dues solucions diferents, en funció que el valor del sòl envaït fos superior al conjunt del valor de la construcció i del sòl construït en finca d'altri (art. 8 LAO), o, contràriament, que el valor de l'edificació fos superior al del sòl envaït (art. 9 LAO). En el primer cas, es considerava bé principal el sòl envaït; en el segon, el bé principal era la construcció invasora.

Cal assenyalar l'asimetria del criteri escollit per a determinar el bé principal, perquè, a diferència de l'article 8 LAO, l'article 9 LAO no preveia expressament el valor del sòl propi del constructor.⁴⁶ Atès que qualsevol edificació extralimitada havia de ser susceptible d'encabir-se en un o altre article, entenem que dins del valor de la construcció de l'article 9 s'havia d'incloure el valor del solar del constructor (o la part d'aquest que sustentés l'edificació).

C) Si el sòl envaït tenia un valor superior al de la construcció i el de la finca del constructor, aquell es considerava bé principal. Per això, el propietari del sòl envaït (de bona fe) podia optar entre adquirir la finca veïna i tota la construcció —i pagar prèviament el valor del sòl d'altri i totes les despeses originades per la construcció— o imposar al constructor l'adquisició de la finca envaïda, sencera o només la part edificada, segons el seu criteri (art. 8.1 LAO). Si el constructor actuava amb mala fe, a les dues opcions esmentades se n'hi havia d'afegir una altra: exigir la demolició d'allò construït extralimitadament a càrrec del constructor (art. 10.2 LAO). En qualsevol cas, l'elecció s'havia d'efectuar en el termini de dos anys des de la finalització de l'obra; escolat aquest termini, la LAO imposava necessàriament l'adquisició de la finca envaïda per part del constructor, tant si actuava amb bona fe (art. 8.2 LAO) com si actuava amb mala fe (art. 10.3 LAO). En el segon cas (mala fe), amb independència de l'opció es-

46. Ch. MOLL DE ALBA LACUVE, «L'accessió», p. 51.

collida pel propietari de la finca envaïda o de la imposada per la Llei, el constructor havia d'indemnitzar el propietari pels danys i perjudicis causats (art. 10.2 i 3 LAO).

Si el propietari de la finca envaïda actuava amb mala fe, el constructor amb bona fe tenia dret a adquirir el sòl envaït i a exigir a aquell la indemnització pels danys i perjudicis soferts (art. 11.3 LAO).

D) Si l'edificació i el sòl propi del constructor tenien un valor superior al del sòl envaït, es considerava bé principal la construcció extralimitada. En aquest cas, la solució legal era la transmissió del sòl envaït a qui havia construït extralimitadament, pagada prèviament al propietari una indemnització que inclouria el valor del sòl ocupat i els danys i perjudicis que hagués patit (art. 9.1*d* LAO). El propietari envaït podia imposar al constructor la compra de tot el solar si aquest era indivisible, o si la resta de sòl resultava no edificable o amb un valor notablement disminuït (art. 9.2 LAO). També podia decidir si la indemnització que havia de rebre seria pecuniària o en espècie, mitjançant l'atribució de pisos o locals quan sobre l'edifici es pogués constituir el règim de propietat horitzontal (art. 9.3 LAO). En canvi, entenem que l'elecció dels pisos o locals concrets correspondria al constructor,⁴⁷ perquè l'únic que la Llei atribuïa al propietari del sòl era decidir si el pagament s'havia de fer en diners o en espècie.

Si el constructor actuava amb mala fe, el propietari del sòl envaït podia imposar-li la compra de la part envaïda, o de tot el solar, o bé la demolició a càrrec del constructor de la part de l'edificació construïda en el seu terreny, a més de la indemnització pels danys i perjudicis soferts (art. 10.2 LAO). El propietari havia de fer l'elecció en un termini de dos anys des de l'acabament de l'obra; passat aquest termini, només podia imposar al constructor de mala fe l'adquisició del sòl envaït i la indemnització pels danys i perjudicis soferts (art. 10.3 LAO). De la combinació dels articles 9 i 10 LAO resultava que el risc que corria el constructor amb mala fe era escàs: que en els dos anys següents a la finalització de l'obra l'obliguessin a enderrocar a càrrec seu l'extralimitació.

7.2.3. *L'accessió en les construccions segons el llibre cinquè CCCat*⁴⁸

Ja s'ha anticipat que en el llibre cinquè CCCat s'ha tornat a unificar la regulació de les edificacions en finca aliena, sense distingir si es tracta d'una construc-

47. Contràriament, A. CARRASCO PERERA, «La accesión», p. 41, considera que el creditor també pot escollir què se li ha d'adjudicar.

48. Sobre aquesta qüestió, vegeu l'article d'A. VAQUER ALOY, R. MIQUEL SALA i A. M. CO-SIALLS UBACH, «La construcció extralimitada», que es publicarà en el pròxim número d'aquesta revista.

ció extralimitada o no, quan tots els actors actuen amb bona fe. Però el model sobre el qual s'ha dissenyat la unificació no és el de la construcció realitzada íntegrament en una finca aliena, sinó el de la construcció extralimitada. Teòricament, es continua amb el principi *accessorium sequitur principale*. El que desapareix és l'atribució *a priori* del caràcter de cosa principal al sòl: serà principal allò que tingui més valor. En la pràctica, els canvis són importants perquè, a diferència del valor del sòl —que difícilment pot ser alterat per l'actuació de qui en sigui el propietari—, el valor de l'edificació depèn de la quantitat que decideixi invertir-hi el constructor. Sempre que l'ús sigui permès pel planejament, el constructor de bona fe tant pot decidir construir una planta baixa destinada a garatge, com un edifici que esgoti tot el volum edificable. En el primer cas, és probable que el valor del sòl sigui superior al de l'edificació, mentre que en el segon la situació serà la inversa.

Per a establir quin és el bé principal que ha rebut la incorporació, és a dir, per a determinar en quins casos cal aplicar l'article 542-7 i en quins el 542-9 CCCat, cal comparar el valor de la construcció (incloent, en els casos d'extralimitació, també el valor del sòl propi del constructor) i el del sòl envaït. Els preceptes es refereixen al «sòl envaït» o aliè, per la qual cosa entenem que la finca que no pertany al constructor no s'ha de valorar íntegrament, sinó exclusivament en la part efectivament ocupada per l'edifici i pels elements accessoris d'aquest en el cas de la construcció en terreny aliè, i per l'edifici indivisible en la construcció extralimitada. Això resulta dels articles 542-7.1*b* i 549-2.2 CCCat, que com a regla general exclouen la transmissió de tota la finca. Aquest criteri de valoració beneficia el constructor, perquè rarament el valor de repercussió del sòl supera el 50 % del valor de la construcció. Malgrat que la finca a la qual pertanyi el sòl envaït tingui un valor superior al de l'edificació, com que es valora exclusivament la part de sòl envaïda s'haurà d'aplicar l'article 542-9 CCCat, i no el 542-7 CCCat.

7.2.3.1. Amb bona fe del constructor i del propietari del sòl envaït

A) Si el sòl envaït té un valor superior al de la construcció (o, en les construccions extralimitades, al de la construcció i el sòl propi del constructor), el propietari del sòl pot optar durant els tres anys següents a la finalització de l'obra entre fer seva la totalitat de l'edificació (i, en cas d'extralimitació, també del sòl aliè sobre el qual l'edificació s'assenta) o imposar al constructor l'adquisició de la part del sòl envaït (o tot el solar, si és indivisible o si el resultat de la segregació no fos edificable) (art. 542-7.1 CCCat). Si opta pel primer, haurà de pagar al constructor les despeses fetes en l'edificació i, si la construcció és extralimitada, també el sòl aliè. Per analogia amb l'article 542-7*b* CCCat, si el solar

del constructor no està ocupat íntegrament per la construcció però és indivisible, o la finca resultant de la segregació no és edificable, el propietari del terreny envaït haurà d'adquirir tota la finca del constructor.

Passat un trienni des de la finalització de la construcció (que entenem que, com en la LAO, es computa a partir de la certificació final d'obra), la facultat d'opció caduca i el conflicte d'interessos entre el propietari del sòl envaït i el constructor es resol necessàriament mitjançant l'adquisició del terreny envaït pel constructor (art. 542-7.2 CCCat). Val a dir que en aquest cas la caducitat no s'aprecia d'ofici (art. 122-3.2 CCCat), per la qual cosa la pretensió del propietari d'adquirir l'edificació i el sòl aliè podria triomfar un cop exhaurit el termini i si el constructor no invoca la caducitat.

Mentre el propietari del sòl envaït disposi de la facultat d'opció, el constructor no pot forçar-li l'elecció. Una vegada escolat el termini, atès que la solució legal és única, la transmissió del sòl envaït pot ser instada tant pel propietari d'aquest com pel constructor.

Amb independència de com es resolgui el conflicte d'interessos entre el propietari del sòl envaït i el constructor, el segon haurà d'indemnitzar sempre el primer pels danys i perjudicis que aquest hagi experimentat (art. 542-8 CCCat). Es tracta d'una excepció al règim del posseïdor de bona fe (art. 522-3 CCCat), que ja era present en l'article 7 PLAO però que va desaparèixer durant la tramitació parlamentària després d'haver rebut crítiques de Carrasco.⁴⁹

B) Si el valor del sòl aliè envaït és inferior al de la construcció, o al de la construcció i el sòl propi del constructor en el cas de construcció extralimitada, el conflicte es resol sempre imposant la transmissió del sòl envaït al constructor de bona fe (art. 542-9.1 CCCat). Amb relació a l'article 9 LAO, ha desaparegut el requisit de la bona fe qualificada, però es manté el caràcter indivisible de l'edificació. Tot i que podria semblar un requisit innecessari en un precepte que no regula exclusivament la construcció extralimitada, té transcendència per a determinar què s'ha de valorar. El sòl propi del constructor només s'ha de valorar si l'edificació que envaeix la finca veïna constitueix una unitat arquitectònica indivisible materialment. Si el constructor hagués aixecat diverses edificacions i n'hi hagués una o diverses que estiguessin situades íntegrament en una finca aliena,⁵⁰ els elements de valoració serien exclusivament el valor del sòl envaït i el valor de la construcció invasora.

El constructor haurà d'indemnitzar el propietari del sòl envaït amb el valor d'aquest, o amb el de tota la finca si aquesta és indivisible o la finca resultant de la

49. A. CARRASCO PERERA, «La accesión», p. 39.

50. Per exemple, és el supòsit del plet resolt mitjançant la Sentència de l'APB (Secció Quarta) de 29 de març de 2005 (JUR 115174).

segregació no és edificable (art. 542-9-2 CCCat). A més a més, també se l'ha d'indemnitzar pels danys i perjudicis que es derivin de la transmissió (art. 542-9.1 CCCat).

Com en la LAO, el propietari del sòl envaït pot optar entre rebre la indemnització en diners o en espècie, mitjançant l'adjudicació de pisos o locals de l'edificació, si sobre aquesta es pot establir el règim de la propietat horitzontal (art. 542-9.3 CCCat).

7.2.3.2 Amb mala fe del constructor i bona fe del propietari del sòl

En aquest supòsit, si la construcció s'ha efectuat íntegrament en una finca aliena, el propietari del sòl l'adquirirà sense haver de sufragar les despeses realitzades en l'edificació (art. 542-11.1 CCCat). A més, haurà de ser indemnitzat per tots els danys i perjudicis que hagi experimentat. Si l'edificació no li reporta cap mena d'utilitat, dins dels danys i perjudicis s'haurà d'incloure el cost de reposició de la finca a l'estat anterior.

Si la construcció és extralimitada, l'article 542-11.2 CCCat atribueix al propietari del sòl la facultat d'exigir l'enderroc de la part de l'edificació que ha envaït el seu sòl, facultat que s'afegeix a les establertes en els articles 542-7 i 542-9 CCCat. Per tant, si el valor del sòl era superior (art. 542-7 CCCat), el propietari pot optar entre adquirir l'edificació i el sòl del constructor, vendre el sòl envaït o demanar l'enderroc de la invasió. Si el valor del sòl era inferior (art. 542-9 CCCat), el propietari pot optar entre transmetre el sòl envaït o demanar l'enderroc d'allò que envaeix el seu sòl. En qualsevol cas, a més, el propietari té dret a ser indemnitzat pels danys i perjudicis soferts, tot i que aquesta indemnització no constitueix una sanció a la mala fe, perquè tant l'article 542-8 CCCat com el 542-9.1 CCCat també la imposen al constructor de bona fe.

El termini de caducitat previst en la LAO per a poder demanar l'enderroc ha desaparegut en el llibre cinquè CCCat, substituït per la introducció de l'arbitri judicial, que impedirà l'enderroc quan, segons les circumstàncies del cas, causi un perjudici greu al constructor (art. 542-11.2 CCCat *in fine*).

7.2.3.3. Amb mala fe del propietari del sòl

En el llibre cinquè CCCat no existeix un precepte similar a l'article 11 LAO, que prevegi l'actuació de mala fe del propietari del sòl quan l'incorporador té bona fe, per la qual cosa s'ha de deduir que la bona o mala fe del propietari del sòl és irrellevant quan l'incorporador actua amb bona fe. Només adquireix

transcendència quan l'incorporador actua amb mala fe, perquè en aquest cas la neutralitza i s'aplica el règim de la bona fe (art. 542-12 CCCat).

7.3. EL DRET DE RETENCIÓ COM A GARANTIA DE L'INCORPORADOR DE BONA FE

L'article 278 CDCC atribuïa a l'incorporador de bona fe un dret de retenció sobre la incorporació. En el mateix sentit, la LAO establia que, quan l'incorporador en finca aliena actuava amb bona fe i havia de ser indemnitzat pel propietari del sòl (art. 5.1, 6.1 i 7 LAO), gaudia d'un dret de retenció. En el cas de la construcció extralimitada amb valor superior del sòl (art. 8 LAO), l'objecte del dret de retenció es limitava a la part de l'edificació construïda de manera extralimitada.

Les diferències entre el dret de retenció de l'article 278 CDCC i el de la LAO es derivaven de dos elements, un de derivat de la mateixa LAO i un altre de posterior.

Si en la regulació de la CDCC l'incorporador de bona fe tenia sempre el dret de retenció com a garantia del seu crèdit, amb la regulació de la LAO era possible l'existència d'incorporadors amb bona fe sense dret de retenció (perquè el propietari del sòl els imposava l'adquisició de la finca, art. 5-8 LAO) i drets de retenció que no garantissin exclusivament el cost de la incorporació (en el cas de l'article 8 LAO, si el propietari envaït optava per adquirir l'edificació i la finca veïna).

L'element posterior que va incidir sobre el dret de retenció previst en l'article 16 LAO fou la LDRG, que regulava en el seu capítol II (art. 3-11) un dret real de retenció àdhuc sobre immobles, que atribuïa al titular la facultat de realitzar el valor de l'objecte retingut (art. 8 LDRG). A partir de l'entrada en vigor de la LDRG, se suscità el dubte de si el dret de retenció de l'article 16 LAO era una simple excepció processal o bé es podia constituir com a dret real. Com es veurà tot seguit, la regulació de la LAO feia molt difícil que el dret de retenció de l'incorporador es pogués constituir com a dret real. En canvi, els obstacles desapareixen en la regulació del llibre cinquè, malgrat que no es faci esment de la garantia de l'incorporador en matèria d'accessió.

7.3.1. *L'objecte del dret de retenció*

Semblantment a l'article 278 CDCC, en la LAO l'objecte del dret de retenció era la plantació, el conreu o l'edificació que s'havia incorporat al sòl aliè

(art. 16). Això significava que el titular del dret de retenció no podia impedir l'accés del propietari del terreny a la part de la finca que no donava suport físic a la incorporació, ni tampoc l'ús que aquell en fes per a aprofitaments que hi fossin compatibles (pastures per al ramat, conreus compatibles amb la plantació). Pel que fa al CCCat, vegeu l'epígraf següent.

7.3.2. *El caràcter personal o real del dret de retenció*

L'article 278 CDCC atribuïa el dret de retenció a tots els incorporadors de bona fe davant la pretensió de recuperar la possessió de la cosa per part del titular del sòl, per la qual cosa no era necessari un acte exprés de constitució, cosa que no evitava el plet per a constatar la bona fe de l'incorporador i la declaració judicial de l'existència del dret. En qualsevol cas, l'acció o excepció tenia caràcter personal, per la qual cosa no podia oposar-se davant de tercers adquirents.⁵¹

Inicialment, no hi havia cap dubte sobre el caràcter personal del dret de retenció establert per la LAO a favor de l'incorporador. Tanmateix, a partir de l'entrada en vigor de la LDRG, que regulava el dret de retenció tant en béns mobles com immobles,⁵² es va afirmar que l'incorporador podria transformar el seu dret personal en real, si seguia el procediment de constitució previst en l'article 4.1 LDRG.⁵³ Com en d'altres ocasions,⁵⁴ entenem que l'objecte del dret de retenció de l'incorporador feia molt difícil la constitució del dret real.

En efecte, tot i que no hi ha cap inconvenient tècnic perquè l'incorporador posseeixi exclusivament allò incorporat i no el sòl que en constitueix la base física, allò que s'ha plantat, sembrat o edificat deixa d'existir com a bé autònom des del moment en què s'incorpora al sòl. Només són parts integrants del terreny. I sobre un objecte físic que no és un bé des d'un punt de vista jurídic no es pot constituir ni un dret real limitat ni un dret real ple com el de propietat.

51. L. PUIG FERRIOL, comentari a l'art. 278 CDCC, p. 15.

52. Vegeu les crítiques que en fan A. CARRASCO PERERA i A. CARRETERO GARCÍA, «Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía», RJC, 2004, p. 9-34, esp. p. 10-23.

53. J. J. FUENTES MARTÍNEZ, «Algunas cuestiones prácticas sobre el derecho de retención», *La Notaria*, núm. 9-10 (2003), p. 123-145, esp. p. 123; Ch. MOLL DE ALBA LACUVE, *La edificación en suelo ajeno: La posible disociación jurídica de la propiedad inmobiliaria*, Barcelona, Grupo Difusión, 2004, p. 218.

54. Vegeu J. MARSAL GUILLAMET, «Els modes d'adquirir exclusius del dret de propietat», a F. BADOSA COLL, *Manual de dret civil català*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 330-343, esp. p. 338, i també a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 868-869.

Certament, els articles 7, 8.1 i 2, i 9.2 LAO es refereixen a «la persona propietària de la construcció», encara que es tracta d'una terminologia derivada de sengles esmenes del Grup Parlamentari Socialistes-Ciutadans pel Canvi exclusivament adreçades a introduir en el text finalment aprovat un terme políticament més correcte que no pas el de *constructor* del Projecte de llei.

Els únics supòsits en què la incorporació podria ser objecte d'un dret real limitat serien quan l'incorporador no hagués actuat com a propietari del sòl, sinó com a titular d'un dret real que el legitimes per a construir (dret real de superfície), i quan l'incorporador hagués constituït un règim jurídic immobiliari que atribuís autonomia a la incorporació: el règim de propietat horitzontal. Només en aquests casos fóra possible constituir el dret real de retenció seguint el procediment previst en l'article 4.1 LDRG.⁵⁵

En aquests casos, el dret real podria accedir al Registre de la Propietat a l'efecte de l'oposabilitat *erga omnes*, seguint el procediment previst en l'article 4.2 LDRG,⁵⁶ perquè tant quan l'incorporador actua com a titular d'un dret de superfície sobre la finca, com si es va constituir el règim de propietat horitzontal sobre l'edificació, existeix un foli registral en què es pot inscriure el dret real de retenció. En els altres supòsits, als inconvenients de manca d'objecte del dret real de retenció caldria afegir un altre inconvenient registral: les plantacions i les construccions accedeixen al Registre de la Propietat com a descripció de l'immoble en què es troben situades, però no són per elles mateixes una finca a l'efecte de l'article 7 LH.⁵⁷

Quan és possible constituir el dret real de retenció i inscriure'l en el Registre de la Propietat, el titular del dret té la facultat de provocar l'alienació forçosa del bé seguint el procediment previst en l'article 8 LDRG.^{58, 59}

55. Vegeu J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE i P. del POZO CARRASCOSA a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios*, p. 934-939.

56. Vegeu J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE i P. del POZO CARRASCOSA a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios*, p. 939-942.

57. Malgrat que l'art. 113 LH al·ludeixi al propietari de les accions o millores a les quals no s'estén la hipoteca per reunir els requisits de l'art. 112 LH, aquest «propietari» no apareix en el Registre com a titular de les accions o millores, sinó com a tercer posseïdor de la finca prèviament hipotecada.

58. Ch. MOLL DE ALBA LACUVE, «La edificació», p. 217.

59. La configuració del dret de retenció de l'incorporador de bona fe té com a avantatge el *ius distrabendi*, però també comporta que l'incorporador no pugui usar el bé, llevat del que sigui necessari per a conservar-lo (art. 6.2 LDRG). En el plet resolt mitjançant la Sentència del TSJC de 8 de maig de 2003 (RJ 6764), en què el dret aplicable era l'art. 278 CDCC, la part que recorria en cassació adduïa l'aplicació analògica de l'art. 5.2 de la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble, per a exigir una contraprestació per l'ús que havien fet els incorpo-

En matèria d'accessió, el llibre cinquè CCCat no preveu res sobre el dret de retenció a favor de l'incorporador de bona fe. Això no significa que en aquest text l'incorporador estigui en una situació pitjor que en la LAO. En efecte, el CCCat atribueix a l'incorporador —ara sense cap mena de dubte— el dret real de retenció. La diferència, amb relació a la LDRG, és que no es tracta d'una garantia atribuïda específicament al dret de crèdit de l'incorporador (art. 5e LDRG, art. 569-4d PLLC), sinó del dret de retenció que correspon a qui ha realitzat despeses útils en un bé aliè (art. 569-4a PLLC, equivalent a l'art. 5a LDRG). L'absència de regulació en matèria d'accessió fa que l'objecte del dret de retenció de l'incorporador no sigui la incorporació, sinó la cosa millorada: és a dir, el dret de retenció recau tant sobre el sòl com sobre allò que es va incorporar a aquest, perquè jurídicament són un únic bé, immoble (art. 569-3 CCCat). El canvi d'objecte fa que sempre es pugui constituir el dret real de retenció i, a més, que sigui operativa la facultat de realització del bé per part del titular de la garantia.

7.3.3. L'extinció del dret de retenció

L'article 17 LAO preveia tres causes d'extinció del dret de retenció: el pagament, la consignació i la substitució de la garantia. En les dues primeres, el propietari del terreny quedava alliberat de la relació obligatòria: en el cas del pagament, perquè s'havia extingit; en el cas de la consignació, perquè havia situat el creditor en *mora credendi* (art. 1176 CC). Amb relació a la consignació, la LAO preveia que també es podia fer notarialment, a més de judicialment (art. 1178 CC).

Malgrat el text de l'article 17.2 LAO, la garantia amb què se substituïa el dret de retenció no havia de ser necessàriament la fiança, sinó que podia ser qualsevol altra, tant personal com real, sempre que el creditor la considerés suficient.⁶⁰

En el llibre cinquè CCCat també es preveu la possibilitat de substituir el dret de retenció «per una altra garantia real o pel finançament solidari d'una en-

radors de l'immoble una vegada constituït el dret de retenció. El TSJC no es va pronunciar sobre el fons d'aquest motiu de cassació perquè era una qüestió nova, introduïda en el tràmit de la cassació, i perquè la part que recorria anava contra els seus propis actes processals.

60. Per a la CDCC, vegeu en aquest sentit L. PUIG FERRIOL, comentari a l'article 278 CDCC, p. 15.

titat de crèdit que siguin suficients» (art. 569.11.1 CCCat). La garantia es considera suficient si supera en un 25 % el valor de la quantitat deguda (art. 569.11.2 CCCat, coincident amb l'art. 11 LDRG).

8. LA INCORPORACIÓ DE BÉNS ALIENS A UNA FINCA

Les seccions segona i tercera del capítol II del títol I de la LAO pressuposen que la plantació, el conreu o l'edificació en finca aliena s'havien efectuat utilitzant plantes, llavors o materials de construcció de l'incorporador. En la secció quarta (art. 13, 14 i 15) es regulava la incorporació realitzada amb béns aliens a l'incorporador, ja fos en finca pròpia (art. 13-15) o en finca aliena (art. 14 i 15). En aquests casos, existia conflicte jurídic entre l'incorporador i el propietari dels béns incorporats, encara que, si la incorporació s'havia realitzat en finca aliena, també es veia afectat el propietari del sòl, si acabava consolidant l'adquisició per accessió d'allò incorporat. L'article 13 LAO considerava el conflicte des del punt de vista de l'incorporador, mentre que el 14 ho feia des de l'òptica del propietari dels materials.

En el llibre cinquè CCCat, la utilització de materials aliens en la incorporació es considera des del punt de vista de l'incorporador en l'article 542-13, i des de l'òptica del propietari originari dels materials en l'article 542-14.

8.1. L'ADQUISICIÓ DELS MATERIALS, PLANTES O LLAVORS

Quan el material emprat en la construcció, la plantació o el conreu és d'altri, actua la regla general de l'accessió si la incorporació és definitiva (art. 542-13 CCCat; prèviament, art. 13 LAO). Si no ho fos, el propietari dels materials podria exercitar una acció real (reivindicatòria) o bé possessòria per a obtenir la restitució del material (art. 14 LAO).

L'adquisició per accessió es produeix sense excepcions, amb independència de la bona o mala fe de l'incorporador.

Semblantment a la LAO (art. 13), però a diferència d'altres regulacions (p. ex., art. 360 CC), l'article 542-13 CCCat no es limita a establir la indemnitat de l'antic propietari dels béns mobles incorporats a l'edificació, sinó que també atribueix la titularitat d'aquests béns. Tanmateix, és sorprenent que s'atribueixi la titularitat d'uns béns que ja no existeixen jurídicament (p. ex., les totxanes, el ciment, el guix, etc., ja no existeixen, sinó que són parts integrants d'una paret, la qual tampoc no és un objecte jurídic, sinó una part integrant de l'obra nova,

la qual tampoc no té entitat per al món del dret, perquè és, suara, part integrant de la finca).

Encara que en l'article 542-13 CCCat (i, prèviament, art. 13 LAO) són la mateixa persona, l'adquisició s'atribueix a l'incorporador, i no a la persona titular de l'immoble. La redacció legal té l'avantatge que inclou tant a qui construeix sobre sòl propi com a qui ho fa en virtut de les facultats que li atribueix el dret real de superfície (art. 564-2.2 CCCat; prèviament, art. 2 LSSDA). Tanmateix, té l'inconvenient que en el primer cas el dret de l'incorporador sobre l'edificació, la plantació o el sembrat no prové d'aquesta condició, sinó de la qualitat de propietari del sòl.

8.1.1. *El règim de la bona fe*

La bona fe de qui construeix, planta o sembra amb materials aliens consisteix en la ignorància d'aquesta circumstància. En el llibre cinquè CCCat, això pot succeir tant en el cas que hagués fet seus els materials aliens per un error excusable (p. ex., quan l'incorporador i el propietari comparteixen l'ús d'un magatzem) com en el cas que els hagués adquirit d'un propietari sense poder de disposició (art. 522-8.1 i 3 CCCat).⁶¹

L'incorporador de materials aliens amb bona fe ha de compensar a qui n'era el propietari (art. 542-13 CCCat). Malgrat que ara ja no s'especifiqui, la compensació pot ser en diners, pagant el valor dels materials, o bé en espècie, lliurant el *tantumdem* (art. 13 LAO). L'elecció d'un o altre objecte de la prestació correspon al deutor (l'incorporador).

Si qui ha efectuat la incorporació no és el propietari de la finca, el constructor és l'obligat principal de l'obligació d'indemnitzar i el propietari de la finca és l'obligat subsidiari, sempre que no hagi imposat al constructor l'adquisició forçosa de la finca (art. 542-14.1 CCCat *in fine*; prèviament, art. 14 LAO). Els articles 542-13 i 14 CCCat s'han d'aplicar per analogia a les plantacions i els sembrats fets amb material i llavors aliens.⁶²

61. En la LAO, el supòsit de fet era més ampli, perquè, segons S. ESPIAU ESPIAU, *La equivalència de la posesió al títol y la aplicació del art. 464 CC en Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 141, l'art. 464 CC no s'aplicava a Catalunya perquè s'oposava als principis generals del dret civil català. Per això el transmissor dels béns mobles podia ser qualsevol persona no comerciant.

62. En la LAO, l'art. 15 preveia l'aplicació de l'art. 14 a les plantacions i els conreus fets en una finca aliena si el propietari els feia seus (art. 15 LAO); en canvi, si havia optat per la restitució de la finca a l'estat anterior (art. 5.1 i 6.1 LAO) o si s'havia establert una relació arrendatària forçosa amb el plantador o conreador, l'únic obligat era qui havia fet la incorporació a la finca aliena.

La redacció de l'article 542-13 CCCat, coincident amb la de l'article 13 LAO («fa seus [...] mitjançant»), permet interpretar que l'incorporador no adquireix la propietat dels materials, les llavors o les plantes mentre no hagi indemnitzat el propietari originari. Tanmateix, ja s'ha advertit que, malgrat la redacció legal, els materials perden la seva condició de bé des de la incorporació a l'immo-ble, per la qual cosa no poden ser objecte de drets i, en conseqüència, el darrer titular no pot reivindicar-los. Tanmateix, si recuperessin la perduda condició de bé (el supòsit més probable seria el de les plantacions, si el propietari del sòl exigís a l'incorporador la reposició de la finca a l'estat anterior, art. 5.1 LAO), es podria exercitar amb èxit l'acció reivindicatòria, si aquesta no hagués prescrit. Per tant, el dret civil català adopta parcialment el *dominium dormiens* del dret romà.⁶³

8.1.2. *El règim de la mala fe*

La mala fe de l'incorporador té lloc quan té coneixement que empra materials que no li pertanyen. En aquests casos, s'hi inclou tant l'apropiació indeguda per part de l'incorporador com l'adquisició *a non domino* coneixent aquesta circumstància.

La mala fe de l'incorporador no impedeix l'adquisició de la propietat dels materials, les llavors o les plantes, sinó que genera l'obligació d'indemnitzar el propietari originari. Si són persones diferents, el propietari del sòl que ha rebut la incorporació no és obligat, ni principal ni subsidiari, de l'obligació d'indemnitzar pels perjudicis causats.

8.2. LES ACCIONS DEL PROPIETARI DELS MATERIALS, LES LLAVORS O LES PLANTES

Els articles 14 i 15 LAO atribueixen a qui havia estat propietari dels materials, les llavors o les plantes dues accions, una de real («restitució») i una altra de personal («pagament»), a les quals s'ha d'afegir l'acció de reclamació dels danys i perjudicis causats si l'incorporador ha actuat amb mala fe (art. 13 LAO). Si, a més de propietari, també n'era el posseïdor previ, a aquestes accions s'hi pot

63. Sobre el *dominium dormiens* en el Codi civil espanyol, vegeu M. ALONSO PÉREZ, comentari als art. 358-383 CC, p. 255-258. Hi mostra la seva disconformitat M. D. NÚÑEZ BOLUDA, *La accesión en las edificaciones*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1994, p. 81-88.

afegir l'acció possessòria prevista en l'article 250.4 LEC, que prescriu al cap d'un any del despull (art. 121-22 CCCat).⁶⁴

L'acció real és la reivindicatòria. Només es podrà exercitar quan els materials, les plantes o les llavors no s'hagin incorporat definitivament al sòl, o quan aquests recuperin l'antiga condició de bé. L'acció real només es pot dirigir contra qui sigui el posseïdor dels béns. Per tant, malgrat la redacció de l'article 13 LAO, s'haurà de demandar el constructor, plantador o sembrador si encara no s'ha efectuat la incorporació, o no s'han recuperat els béns incorporats, o bé el propietari del terreny (si ha adquirit els materials).

L'acció personal es pot dirigir contra l'incorporador i, subsidiàriament, contra el propietari del sòl que ha rebut la incorporació. El fonament de la subsidiarietat és que, malgrat no haver intervingut en l'apropiació dels béns, el propietari del sòl s'enriqueix com a conseqüència de la conducta de l'incorporador.

La legitimació passiva subsidiària del propietari del sòl només té lloc si aquest ha adquirit l'edificació, la plantació o el conreu. Per això el seu patrimoni no respon subsidiàriament quan l'incorporador ha adquirit la propietat del sòl (art. 7, 8, 9, 10.3, 11.1 i 11.3 LAO) o aquest hagi de reposar la finca a l'estat anterior (art. 5.1, 6.1 i 10.2 LAO).

En el llibre cinquè CCCat desapareix la referència a l'acció real. L'article 542-14.1 CCCat només atribueix als propietaris dels materials (per analogia, també als de les llavors o plantes) acció personal contra els incorporadors per a obtenir el valor d'aquells i rescabalar-se dels perjudicis causats. Subsidiàriament, també té una acció personal contra els propietaris de la finca «per l'enriquiment produït». Això no exclou que, quan sigui possible, el propietari dels materials exerceixi l'acció reivindicatòria o l'acció possessòria prevista en l'article 250.4 LEC (al qual es remet l'art. 522-7.1 CCCat).

En l'article 542-14.2 CCCat s'ha recuperat el paràgraf segon de l'article 542-12 dels *Treballs preparatoris*,⁶⁵ que reconeix una acció de rescabament contra el constructor al propietari de la finca, si, una vegada pagades les despeses al constructor, també ha de pagar el valor dels materials al seu propietari, com a conseqüència de la insolvència de l'incorporador. L'efectivitat de l'acció dependrà del fet que el constructor recuperi la solvència.

64. Si es tracta d'una edificació, també podria recórrer a l'interdicte d'obra nova (art. 250.5 LEC), tot i que aquesta acció només va adreçada a aturar l'obra. Les accions possessòries dels paràgrafs quart i cinquè de l'art. 250 LEC no són acumulables (Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona [Secció Tercera] de 5 de novembre de 2004, AC 2390).

65. «Si el propietari de la finca ha hagut d'abonar els materials al seu propietari i al constructor, té acció de rescabament contra el constructor.»

9. L'ACCESSIÓ MOBILIÀRIA

A diferència de l'accessió immobiliària, la mobiliària no estava regulada expressament en la CDCC. En el § 7 del preàmbul de la LAO s'afirmava que en aquesta matèria s'havien agrupat «els supòsits clàssics d'adjunció, commixió i especificació [...] sota el concepte d'unió». Tanmateix, l'agrupació era més terminològica que nominal, perquè en un cas el resultat de la unió era la incorporació d'una cosa a una altra (l'adjunció, regulada en els art. 19-21 LAO), en un altre era la creació d'una cosa única o inseparable (la commixió —sòlids— o confusió —líquids—, art. 22 LAO), i en l'especificació la intervenció humana transformava una cosa aliena en una cosa nova (art. 23 LAO). L'únic supòsit d'accessió era el de la unió-adjunció.

El llibre cinquè CCCat conserva la sistemàtica de la LAO.

9.1. LA UNIÓ-ADJUNCIÓ

En l'article 18 LAO es reitera el principi general de l'accessió de l'article 1: la incorporació definitiva («indivisible, inseparable, estable i duradora») d'una cosa a una altra comporta l'adquisició pel titular de la principal, de la propietat de la cosa que li és accessòria. L'article 542-15 CCCat té el mateix contingut, però, com s'ha vist, no és el reflex del concepte general d'*accessió* de l'article 542-1 CCCat, tot i que té en l'article 542-3 CCCat un precepte equivalent per a l'accessió immobiliària.

Si la separació fos possible, l'accessió no tindria lloc. Fins ara, el dret català no havia previst qui havia d'assumir el cost de la separació. Entenem que, si no hi ha mala fe en cap dels propietaris, l'haurien d'assumir ambdós en proporció a la utilitat que obtinguin de la propietat separada.⁶⁶ Si un dels propietaris hagués efectuat la unió amb mala fe, o l'hagués efectuat un tercer, seria l'autor de la unió qui hauria d'assumir íntegrament les despeses de la separació.

Cal determinar quina de les coses unides és la principal i quina és l'accessòria. L'article 19.2 LAO estableix que «[l]a cosa principal és la que determina l'essència i la funció del tot o la que té més valor», és a dir, ofereix dos criteris presentats alternativament, sense gradació. Això permetia que pogués succeir que la cosa que determinava la substància del tot fos de valor inferior al valor de la cosa incorporada. Per a aquest cas, la LAO no preveia cap solució. En el llibre

66. Assumim la proposta que fa, per a la regulació del Codi civil espanyol, M. ALONSO PÉREZ, comentari als art. 358-383 CC, p. 319.

cinquè CCCat no només no es resol aquesta qüestió, sinó que no hi ha cap criteri que permeti establir quina cosa és la principal i quina és l'accessòria. Entenem que s'haurà d'aplicar el principi rector de l'accessió immobiliària (art. 542-7 i 542-9 CCCat): serà principal la cosa unida que tingui un valor econòmic més gran.

Si qui ha realitzat la incorporació amb bona fe és el propietari de la cosa principal, haurà de compensar a qui havia estat el titular de la cosa accessòria el valor d'aquesta (art. 542-16 CCCat).⁶⁷ I la solució hauria de ser la mateixa quan efectui la incorporació el propietari de la cosa accessòria, supòsit no considerat per la norma.

Si la persona propietària de la cosa accessòria ha actuat amb mala fe, no té dret a rebre cap indemnització (art. 542-17.2 CCCat; prèviament, art. 21.2 LAO).

Si la mala fe és del propietari de la cosa principal, el que havia estat propietari de la cosa accessòria pot optar entre exigir els danys i perjudicis, a més de la indemnització pel valor de la cosa incorporada, o bé imposar al propietari de la cosa principal la transmissió de la titularitat d'aquesta, pagant-ne el valor (art. 542-17.1 CCCat; prèviament, art. 21.1 LAO).

Si tos dos han actuat amb mala fe, aquestes actuacions es neutralitzen i s'ha d'aplicar el règim previst per a l'actuació d'ambdós amb bona fe (art. 542-17.3 CCCat; prèviament, art. 21.3 LAO).

9.2. LA UNIÓ-COMMIXTIÓ/CONFUSIÓ

En la LAO, si com a conseqüència de la unió resultava una cosa nova, la titularitat de les coses originàries se subrogava en la cosa resultant, de manera que s'establí una cotitularitat romana en què les quotes es fixaven en proporció al valor de les coses unides (art. 22.1 LAO). Això succeïa tant si la incorporació s'efectuava per voluntat d'un dels titulars amb bona fe, com si es produïa casualment. En canvi, si la unió resultava de l'actuació amb mala fe d'un dels titulars de les coses unides, la propietat de la cosa resultant era exclusivament de l'altre subjecte, a qui, a més, el primer havia d'indemnitzar pels danys i perjudicis soferts (art. 22.3 LAO).

En el llibre cinquè CCCat, aquesta matèria es troba regulada en l'article 542-18

67. L'art. 19.1 LAO també preveia que els subjectes afectats pactessin una altra modalitat d'indemnització (art. 19.1 LAO). Entenem que la no-referència al pacte en el llibre cinquè no exclou la possibilitat d'aquest.

CCCat,⁶⁸ que ha introduït alguns canvis en relació amb la LAO. En primer lloc, s'amplia el supòsit de fet, atès que el resultat de la unió de les coses, a més d'una cosa nova, també pot ser «una barreja de les prèvies». En segon lloc, quan la unió és el resultat de la mala fe de l'incorporador, el règim canvia substancialment. En aquest cas, s'atribueix als altres propietaris l'opció entre imposar a l'incorporador amb mala fe la venda forçosa de la part alíquota que li correspon de la cosa resultant, o bé exigir-li la indemnització pels danys i perjudicis que es derivin de la seva conducta. El perquè del canvi podria trobar-se en l'article 542-17.1 CCCat, que preveu la mala fe del propietari de la cosa principal.

Si algun dels subjectes no vol continuar en la situació de comunitat, l'article 542-18 CCCat (i, prèviament, l'art. 22.2 LAO) atribueix a qui té una quota superior un dret d'adquisició preferent; si no el vol exercir, el dret correspon a qui té una quota més petita. Si la quota d'ambdós és idèntica i ambdós la volen, s'haurà de fer un sorteig (art. 49.2 CS). Si cap dels dos no la vol, la cosa resultant es vendrà en subhasta pública i els cotitulars se'n repartiran el preu obtingut.

9.3. L'ESPECIFICACIÓ

A diferència dels supòsits anteriors, on hi ha un conflicte entre propietaris, aquí la unió és entre la cosa i el treball de l'artífex que ha transformat la cosa en una altra d'una altra espècie (p. ex., art. 307.2 CS). L'article 542-19 CCCat [i, prèviament, l'art. 23 LAO] estableix que l'artífex és sempre el propietari de la cosa resultant. Si aquest va actuar amb bona fe, haurà de restituir el *tantumdem* al propietari de la cosa mare, o bé indemnitzar-lo pel valor d'aquesta. Si va actuar amb mala fe, haurà d'indemnitzar a qui havia estat propietari de la cosa originària pels danys i perjudicis soferts.

No es considera la mala fe del propietari de la cosa originària. L'analogia amb altres supòsits de la llei porta a entendre que, en aquest cas, el propietari de la cosa originària perdrà la titularitat del bé sense dret a indemnització (art. 542-17.2 CCCat, per analogia). Si l'artífex creia raonablement que la cosa originària era seva i n'acaba adquirint la propietat per sanció a la mala fe del propietari de la cosa originària, no sembla que hagi experimentat perjudicis que hagin de ser indemnitzats.

68. La rúbrica de l'article ha passat d'«unió voluntària o casual» en la LAO a «unió voluntària», tot i que també s'hi regula la unió casual.

10. EL DRET TRANSITORI

La LAO va entrar en vigor tres mesos després de la seva publicació al DOGC, en concret, el 18 d'abril de 2002. Per tant, a totes les incorporacions o unions que s'hagin iniciat a partir d'aquesta data se'ls aplicarà la Llei 25/2001, mentre que a les incorporacions finalitzades abans d'aquella data s'aplicarà la regulació anterior, encara que la reclamació es plantegi mentre era vigent la LAO.⁶⁹

Tanmateix, no s'hi preveia quina normativa s'havia d'aplicar als supòsits d'incorporacions finalitzades més enllà d'aquella data però iniciades quan encara era vigent l'article 278 CDCC. El caràcter automàtic de l'accessió (art. 1 LAO) duria a aplicar l'article 278 CDCC a allò incorporat fins al 17 d'abril de 2002 i la LAO a allò incorporat des de l'entrada en vigor d'aquesta. Tanmateix, el caràcter indivisible del règim jurídic (i, en el cas de les construccions, la indivisibilitat de l'objecte) fa inviable aquesta opció. Per això, reiterem que en aquests supòsits el més raonable seria aplicar la LAO.⁷⁰

El llibre cinquè CCCat va entrar en vigor l'1 de juliol de 2006 (disposició final). A diferència de la LAO, la Llei 5/2006 conté disposicions transitòries, i una d'aquestes, la tercera, es refereix a l'accessió. Aquest precepte va més enllà de l'aplicació immediata de la norma (retroactivitat en grau mínim), perquè estableix que aquesta s'aplicarà a qualsevol supòsit d'accessió que s'hagi produït abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè i no s'hagi resolt extrajudicialment segons la LAO (mitjançant l'exercici de la facultat —opció— conferida per aquesta llei al propietari de la cosa principal, o a l'incorporador), o bé que es trobi en situació de litispendència. A tall d'exemple, en la construcció amb bona fe realitzada íntegrament en sòl aliè mentre era vigent la LAO, l'article 7 LAO atribueix al propietari la facultat de decidir si abona al constructor el cost de la construcció, o bé si obliga aquest a adquirir el sòl (facultat per a la qual no preveu un termini de caducitat). Si no ha escollit l'opció abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè, la titularitat del sòl i de l'edificació es resoldrà segons aquest, és a dir, correspondrà a l'incorporador o al propietari del sòl segons si el valor de l'edificació supera el del sòl o a la inversa.

69. En el plet resolt mitjançant la Sentència de l'APB (Secció Quarta) de 29 de març de 2005 (JUR 115174), la part demandant havia plantejat l'aplicació eventual de la LAO a una construcció finalitzada abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei. Tot confirmant en aquest aspecte la Sentència de primera instància, s'hi estableix que la LAO no és d'aplicació al cas «por razones obvias de vigencia temporal». És el mateix criteri que havia establert la Sentència de l'APL (Secció Segona) de 14 de maig de 2003 (JUR 151908).

70. Vegeu J. MARSAL GUILLAMET a COLEGIO DE REGISTRADORES (coord.), *Comentarios*, p. 912.