

Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas

Abogacía

Práctica Profesional Supervisada e Integración de
Conocimientos

“Invasión de inmueble colindante: su incorporación en el Código Civil y Comercial”

Análisis y crítica.
Breves nociones de derecho comparado

Autora: María Paula Marissi
Tutora: Dra. Natalí Perdía

Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecer a la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires por haberme brindado las herramientas necesarias no sólo para la elaboración de este trabajo, sino también para formarme como profesional.

Un especial agradecimiento es a mi tutora, la Dra. Natalí Perdía, por brindarme sus conocimientos, su predisposición y su acompañamiento durante el desarrollo del presente.

A mi familia y a mi compañero Braian, por la contención de siempre. Con su apoyo todo ha sido más fácil.

Dedicatoria

A mis padres, Alicia y Chichilo por su apoyo y su amor incondicional. Gracias a ellos soy.

Resumen

En el presente trabajo de investigación se analizará la figura de la “Invasión de inmueble colindante”, que fue recientemente incorporada a nuestro ordenamiento civil y comercial, llenando el vacío existente en la materia. Se expondrá la conveniencia de una reforma legislativa al artículo 1963 del Código Civil y Comercial de la Nación, dotado de notorias imprecisiones terminológicas y técnicas que necesitan ser esclarecidas para la correcta aplicación en el caso concreto. Se analizará su redacción, la terminología y la técnica legislativa empleadas, además de las imprecisiones específicas que contiene, haciendo saber los posibles perjuicios que acarrea tanto a los intereses de los particulares como a la comprensión normativa del operador jurídico.

I. Introducción

El presente trabajo de investigación se propone analizar el conflicto derivado de aquellas construcciones que comienzan a realizarse en terreno propio pero que exceden los límites perimetrales asentando parte de la obra sobre el terreno contiguo, de propiedad de un tercero. Dicha situación, a pesar de ser muy usual en la práctica, no encontró en Argentina regulación normativa recién hasta la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2015, que incorpora en el artículo 1963 la solución legal tan aclamada por la doctrina y la jurisprudencia. Empero, dicha norma, titulada “*invasión de inmueble colindante*” es poseedora de aspectos terminológicos y técnicos criticables que hacen necesaria una revisión y modificación legislativa, como lo es la falta de un plazo legal cierto de oposición; los perjuicios derivados de la presunción de buena fe para el propietario invadido y la posibilidad de generarse un fraude legal imperceptible. Dedicaremos un capítulo del presente al estudio de tales falencias.

Asimismo, nos detendremos en el análisis específico de la norma y la solución legal ofrecida.

Como será expuesto en el desarrollo del presente, la invasión de inmueble colindante está íntimamente vinculada con el principio de creación jurisprudencial denominado “*accesión invertida*”, que deroga la absolutez de la regla romana “*superficie solo cedit*”, otorgando calidad de principal a lo edificado y de accesorio al suelo, por lo que este último accede al primero. Nos ocuparemos de profundizar su origen en el campo del derecho y remarcar su especial trascendencia en el tema que abordamos.

El estudio del derecho comparado es, en el caso, sumamente necesario para comprender los antecedentes legales que sirvieron de inspiración al legislador al momento de elaborar la norma. Se hará referencia a algunas de las naciones que la contemplan específicamente en sus Códigos Civiles, esto es, Venezuela, Italia, Portugal, Alemania y Suiza.

Por último, en el “*Anexo*” se expondrá una recopilación de fragmentos de jurisprudencia española.

II. Capítulo 1: El principio de accesión y su reversión en la accesión invertida.

A. Principio de accesión. Noción.

Según este principio, el propietario de una cosa considerada como principal, adquiere el dominio de aquellas cosas, estimadas accesorias, que se incorporen a ella, uniéndose inseparablemente, ya sea de manera natural o con intervención del hombre. Lo que hay es una cosa ajena, adhiriéndose a una propia.

B. Marco legal

El Código Civil la contemplaba en su artículo 2571: ***“Se adquiere el dominio por accesión, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial.”***

En el nuevo ordenamiento Civil y Comercial, la accesión está regulada como uno de los modos de adquisición del dominio y se halla en el Libro Cuarto (*“De los Derechos Reales”*), Título III (*“Dominio”*), Capítulo 2 (*“Modos especiales de adquisición del dominio”*), en las secciones 4° (*“Transformación y accesión de cosas muebles”*) y 5° (*“Accesión de cosas inmuebles”*).

De tal modo, se pueden distinguir dos tipos de accesión: por un lado, la accesión sobre cosas muebles, y por el otro, la que aquí interesa, la accesión sobre cosas inmuebles. Dentro de esta última categoría se hallan el *aluvión* (art.1959 CCCN), la *avulsión* (art.1961 CCCN), la construcción, siembra y plantación (art.1962 CCCN) y la *invasión de inmueble colindante* (art.1963 CCCN).

C. Antecedentes en el Derecho Romano

1. *Superficie solo cedit*

La expresión latina *“superficie solo cedit”* (“la superficie cede ante el suelo”) tiene origen en Roma e implica, básicamente, que el dueño del suelo, entendido esto como “lo principal”, se hace propietario de todo lo que a él se incorpora, esto es, “lo accesorio”, por lo que dicho principio no reconoce titularidades jurídicas diferenciadas: no hay, por un lado, dueño del

terreno y, por el otro, dueño de lo que sobre éste se asiente. Por ende, todo lo que está físicamente unido al suelo, también está unido jurídicamente.

a) Origen y contexto

El surgimiento de este principio se dio en Roma, como fiel reflejo de la sociedad de la época, otorgadora de supremacía a la tierra en detrimento de lo sobrepuesto en ella, aunque la trascendencia económica de la construcción se equipare a la del suelo. La tenencia de *ager*¹, en aquel momento, es sinónimo de posición social privilegiada, y revisten especial importancia todas las actividades económicas que de la tierra derivan. Por todo esto, el principio en cuestión cobró una innegable absolutez e inderogabilidad, no pudiendo ser disponible por las partes.

En principio, este axioma fue consagrado como *mores maiorum* y posteriormente fue plasmado en el *ius civile*, para el cual no era posible separar jurídicamente aquello que físicamente está unido, en tanto no cabe separar físicamente el edificio del suelo sobre el que se levanta. No se reconocen dos titularidades jurídicas distintas, una sobre el suelo y otra sobre la construcción o sobre las distintas partes de esta, sino únicamente la propiedad del suelo, que se extiende a todo aquello que se encuentra sobre el mismo.²

Más allá de lo expuesto, el principio *superficie solo cedit* no conservó por siempre sus caracteres de absolutez e inderogabilidad, debido a que su aplicación obligaba a romper la unidad del edificio, resultando anti económico y dando resultados netamente arbitrarios³ sumado a la existencia de nuevas prácticas de construcción y también a la influencia de los pueblos orientales, contemporáneos a Roma, los cuales ya admitían desde antiguo la propiedad separada del suelo y de lo superpuesto al mismo, reconociendo diferentes titularidades jurídicas.⁴

¹ *Ager romanus*: Loc. lat. Territorio romano. El suelo de la ciudad de Roma, compuesto por el de las 35 tribus; era el privilegiado, el único que podía originar la propiedad civil, el dominio quiritarario. La extensión comprendía las siete colinas de la "Ciudad eterna". Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/ager-romanus/ager-romanus.htm>

² García, A. Z. "Superficies solo cedit." Véase en <https://core.ac.uk/download/pdf/61901294.pdf>

³ González, J. M. "La accesión invertida: su problemática en el derecho científico y positivo." Véase en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344052418?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1974_0998.pdf&blobheadervalue2=1288775661432

⁴ Uno de ellos es el derecho cuneiforme, como se puede observar en CUQ, E., "Etudes sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonienne", RHD 34, 1910, p., 458. También el derecho ático, el derecho sirio y los

Por todo ello, la jurisprudencia y el *ius honorarium* flexibilizaron la aplicación del principio *superficie solo cedit* que había quedado anacrónico y es, finalmente, en el derecho postclásico donde fue reconocido como un principio de carácter relativo, disponible por las partes, dejando de lado las notas originales de absolutez e inderogabilidad.

D. Accesión invertida. Noción.

“Accesión invertida: accesión que atribuye la propiedad de un edificio a su dueño incluyendo la parte del territorio que ha resultado invadida al edificarlo, debiendo aquel indemnizar al propietario del terreno por el valor de la porción del suelo que pierde y el demérito que sufra el resto. Es necesario que quien pretenda su aplicación sea dueño de lo edificado, que parte del edificio se haya levantado en parte del terreno propiedad del edificante y sea un todo de manera que no pueda separarse o dividirse. Es preciso que el valor del edificio sea superior al del terreno invadido, y que el edificante lo sea de buena fe.”⁵

Se trata de una figura que no fue receptada en nuestro país por el Código Civil a pesar de que sí lo estaba en algunas legislaciones extranjeras y era reconocida por la jurisprudencia. Es un mecanismo que permite solventar el conflicto de intereses originado por la construcción que invade parcialmente el terreno contiguo, mediante la atribución de la propiedad de este último al constructor, quien deberá retribuir económicamente al invadido.

Una de las manifestaciones de la flexibilización del principio *superficie solo cedit* fue la inversión del mismo en un supuesto puntual: el de la invasión parcial en terreno ajeno, modificando así la valoración de qué se entiende por “principal”. De este modo, aplicando esta excepción, el suelo, hasta el momento considerado como “lo principal”, pasa a seguir la suerte de lo construido (antes estimado como “lo accesorio”) sobre él, por lo que lo edificado, según la regla de la accesión inversa, atrae al suelo.

textos recogidos en el Manuale Legum confirman la vigencia de la *communio pro diviso* en el Derecho palestino. García, A. Z. “*Superficies solo cedit*.”

⁵ Doctrina construida por la jurisprudencia española a partir de la sentencia de 31-V-1949 que creó la figura. “*Diccionario del español jurídico*.” Véase en <https://dej.rae.es/lema/accesi%C3%B3n-invertida>

1. La doctrina de la accesión inversa en el Derecho español

En el derecho español, el supuesto de hecho que presupone la invasión de inmueble colindante es denominado “*construcción extralimitada*”, pero a diferencia de nuestro ordenamiento civil, su Código Civil no lo contempla. Por este motivo, se la explica mediante la teoría de la “*accesión invertida*”, donde, reiteramos, el suelo accede al dominio de la edificación. Esta figura ha sido de creación jurisprudencial y resulta de especial trascendencia en este aspecto la **STS del 31 de mayo de 1949**, donde se tiene en cuenta fundamentalmente la transformación del orden de valores de la propiedad inmueble urbana, derogando en la práctica el principio de la *superficie solo cedit* de los artículos 358 ss. del Código Civil español.⁶⁷

a) La STS del 31 de mayo de 1949

Como se mencionó *ut supra*, existía en el ordenamiento jurídico español una laguna legal en cuanto a la construcción extralimitada, por tanto, fue tarea de la jurisprudencia elaborar los criterios necesarios para proceder de forma equitativa en la solución del caso en concreto.

La sentencia pionera, que sentó las bases de lo que implica la accesión invertida fue la STS del 31 de mayo de 1949.⁸

⁶ González Porras, J. M.; Méndez González, F. P. (2004) “Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García.” Tomo 1. (1ª Ed.) España. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

⁷ Se transcriben a continuación algunos de esa serie de artículos del Código Civil español, que ilustran la situación de la construcción en terreno ajeno:

“**Artículo 361:** El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente.”

“**Artículo 362:** El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización.”

“**Artículo 363:** El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró.”

“**Artículo 364:** Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.”

Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

⁸ Es menester mencionar, asimismo, la sentencia de la misma sala del 30 de junio de 1923, que ya se había inclinado favorablemente por la postura de otorgar un mejor derecho al constructor de buena fe al cual le correspondería la adquisición de la parte del suelo invadida, previo pago de un precio.

En el caso, un hombre, dueño de una finca llamada “Los Mártires” y de otra finca denominada “Museo de los Mártires”, vendió a su sobrino una parcela segregada de la finca “Los Mártires”, que se hallaba enclavada dentro del perímetro de la finca matriz. Con conocimiento del vendedor, el comprador construyó dentro de la parcela adquirida, pero también, en gran parte, dentro de la finca matriz “Los Mártires” un hotel que resultaba indivisible por su situación, finalidad y arquitectura. Asimismo, construyó sobre el terreno de su tío los accesorios del hotel, como un garaje, una cancha de tenis y una caseta para los jugadores. Tiempo después, el propietario originario -el tío del comprador- vendió ambas fincas contiguas a otro hombre, haciendo constar en la escritura de venta la situación de hecho, por la cual su sobrino había construido “parte de un edificio destinado al hotel de viajeros y algunas otras edificaciones, por tolerancia del exponente y de buena fe”. El comprador formuló demanda solicitando, entre otros extremos, que se le otorgue el derecho de adquirir lo construido sobre el terreno de las fincas que había comprado. El demandado formuló reconvencción peticionando que se declare que todo lo construido, más los anexos y accesorios le pertenecían íntegramente a él.

El Tribunal Supremo declaró que no podía resolver el caso concreto mediante la aplicación de los artículos 361 y siguientes del Código Civil español, que pregonaban el espíritu del principio “*superficie solo cedit*”, debido a la falta de la base necesaria para su aplicación: que sean distintos los dueños del suelo y del edificio sobre él levantado. Por lo que, al reafirmarse la laguna legal existente sobre el tema en el ordenamiento jurídico, el Alto Tribunal recurrió a la costumbre y a los principios generales del derecho para tratar de suplirla. Así se plantearon diversas soluciones al conflicto llevado ante la Justicia: la primera de ellas era otorgarle al comprador y nuevo dueño de los terrenos la posibilidad de adquirir la propiedad de lo construido sobre los mismos con el consiguiente pago de un precio al constructor de buena fe. Pero esto resultaba inviable, por el hecho de que ambas porciones de terreno formaban junto al edificio un todo indivisible. La segunda solución propuesta era el establecimiento de una copropiedad o un derecho de superficie, pero también fue descartada al reputarse como no conciliable con el efecto de la accesión, que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas.

Finalmente, el Tribunal terminó por recurrir al principio según el cual “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, rector de la accesión en el Código Civil. Pero lo aplicó de una manera novedosa: se apartó de la concepción decimonónica en virtud de la cual el suelo es considerado lo principal y lo construido sobre él lo accesorio, para atribuirle calidad de principal “**al edificio**

unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe". Esta inversión de valores llevó al Tribunal a la interpretación de que el constructor de buena fe tenía pleno derecho para adquirir las porciones de suelo invadido abonando el pago de su precio al propietario. Por lo que, en base a lo sentado en la STS del 31 de mayo de 1949, posteriores sentencias le dieron una denominación expresa a la situación antes descrita: "*accesión invertida*".⁹

Para que dicho efecto de la accesión invertida se produzca, la jurisprudencia española perfiló la figura, dotándola, citando a Ventura, de "*una mayor justeza y precisión*", a saber:

1. que el constructor haya obrado de buena fe;
2. que la invasión sea parcial;
3. que no existan vínculos específicos entre el constructor y el dueño del suelo invadido;
4. que el conjunto de lo edificado sea de mayor valor que la superficie invadida.¹⁰

⁹ Moll de Alba C. (2004) "La edificación en suelo ajeno". Universitat de Barcelona. Recuperado de www.diposit.ub.edu

¹⁰ Ventura G. V. (2017) "*Invasión de Inmueble Colindante en el Código Civil y Comercial de la Nación.*" Revista La Ley año LXXXI N° 124.

III. Capítulo 2: Antecedentes legales

A. La figura en el derecho comparado

Nuestro ordenamiento civil y comercial ha sido uno de los últimos en incorporar la figura de la invasión de inmueble colindante en el código de fondo. Más esta regulación, a partir de la sanción de la Ley 26.994, se ha visto en parte influenciada por las normas de algunos ordenamientos jurídicos del derecho comparado, en su gran parte europeos, que contemplan la figura desde hace varias décadas, de manera específica, separada de la figura de la “*construcción en suelo ajeno.*” En este apartado, se hará una revisión -no exhaustiva- de la invasión de inmueble colindante en el derecho extranjero, precisamente en los códigos civiles venezolano, italiano, alemán, portugués, francés y suizo.

1. Venezuela

El Código civil de Venezuela contempla la figura de la invasión parcial de inmueble colindante en su artículo 559, luego de los artículos 557 y 558 relativos a la construcción en suelo ajeno, y reza:

Art. 559: “*Si en la construcción de un edificio se ocupare de buena fe una parte del fundo contiguo, y la construcción se hubiere hecho con conocimiento y sin oposición del vecino, el edificio y el área podrán declararse propiedad del constructor, quien, en todo caso, quedará obligado a pagar al propietario del suelo el valor de la superficie ocupada, y, además, los daños y perjuicios. De no haber habido conocimiento por parte del vecino, el constructor, fuera del pago de los daños y perjuicios, está en la obligación de pagar a aquél el duplo del valor de la superficie ocupada.*”

Este artículo prevé entonces la posibilidad de adquisición por parte del constructor del área invadida y del edificio, exigiéndole los siguientes requisitos:

- i) Ocupar mediante una construcción una parte del terreno contiguo;
- ii) Que la construcción haya sido hecha de buena fe; y

- iii) Que se haya realizado con conocimiento y sin oposición del dueño.

En cuanto a la indemnización debida por el edificante al propietario, se tendrá como criterio el conocimiento o no por parte de este último de la realización de la obra. En el caso de que el dueño ostentaba un pleno conocimiento de esto, el precio a pagar por el edificante será equivalente al valor de la porción del suelo invadido más los daños y perjuicios ocasionados. Por el contrario, a falta de conocimiento del dueño, el *quantum* de la obligación será diferenciado: por un lado, se le deberán los daños y perjuicios ocasionados y, por el otro, se duplicará el valor de la superficie invadida.

2. Italia

Se encuentra regulación expresa de la figura en análisis en el art. 938 del *Codice Civile italiano*:

Art. 938: *“Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo, sin que su propietario se oponga dentro de los tres meses desde el día en que se inició la construcción, la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. En tal caso, el constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de los daños causados”*

Para el caso de invasión parcial del inmueble colindante, el código italiano prevé como solución la atribución de la construcción y de la porción del terreno invadido al edificante, recogiendo claramente la teoría de la accesión invertida, siempre que se cumplan los siguientes requerimientos:

- i) Que se ocupe con la construcción parte del fundo vecino;
- ii) Que dicha ocupación sea llevada a cabo de buena fe; y
- iii) Que el propietario del terreno invadido no se oponga dentro de los tres meses desde el día en que se inició la construcción.

Será clave aquí la apreciación de los hechos por parte del juez, quien en caso de determinar que se hallan cumplimentados los recaudos mencionados ut supra, atribuirá la propiedad de la construcción y el suelo al edificante, ordenándole el pago del doble valor de la superficie ocupada más el resarcimiento de los daños ocasionados al propietario, sin importar -a diferencia de lo que plantea el Código de Venezuela- que haya tenido o no pleno conocimiento de la realización de las obras.

3. Alemania.

El Código Civil alemán (BGB) da tratamiento al problema de la *Überbau* (construcción saliente o extralimitada), también denominado *Grenzüberbau* (construcción sobre los límites) en los párrafos 912 a 916, que se hallan incluidos dentro de las reglas de las relaciones de vecindad. El BGB se aparta del principio *superficie solo cedit*, dando lugar a la primacía del llamado *“principio de la construcción”*, según el cual el propietario del terreno invadido debe tolerar la construcción si la actuación del edificante ha sido de buena fe.

– 912: “Si el propietario de una finca ha construido un edificio extralimitándose de los linderos de su finca, sin que se le pueda imputar dolo o negligencia grave, el vecino debe tolerar la construcción extralimitada, a no ser que haya formulado oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación. El vecino debe ser indemnizado mediante una renta periódica. El importe de la renta se determinará con arreglo a la fecha de la extralimitación”

De esta manera, el BGB establece los requisitos que deben cumplirse para que el dueño de la finca invadida esté obligado a tolerar la construcción:

- i) Que el dueño de un terreno construya un edificio y se extralimite en su perímetro;
- ii) Que no pueda imputársele dolo o negligencia grave
- iii) Que el propietario no se haya opuesto inmediatamente de conocida la invasión.

En tal caso, el artículo prevé el pago de una renta periódica al propietario, que se pagará anualmente por adelantado. El párrafo 913 hace mención expresa al respecto:

– 913: “La renta por construcción extralimitada debe satisfacerse al que en cada momento es propietario de la finca vecina por quien en cada

momento es propietario de la otra finca. La renta debe pagarse anualmente por adelantado.”

Se deduce que legislador alemán no otorgó la posibilidad de que el dominio de lo construido y del suelo invadido recaiga sobre una misma persona, como sucedería si se aplicara la teoría de la accesión inversa. En esta concreta situación la propiedad del suelo invadido corresponde a un dueño y la del edificio extralimitado pertenece a otro. Hay dos propietarios totalmente diferenciados, por lo que se establece el deber de abonarle al propietario invadido un canon como compensación por los perjuicios ocasionados a consecuencia de la realización de la obra en parte de su finca. De esta forma, se presupone la propiedad separada, la división vertical del dominio, sin limitación temporal.¹¹

Por otro lado, el párrafo 915 da la posibilidad al propietario del suelo de optar por exigirle al constructor la adquisición de la franja de terreno invadida mediante el pago de su valor:

– 915: “El titular de la renta puede exigir en cualquier momento que el obligado a pagarla le satisfaga el valor del suelo invadido en el momento de producirse la extralimitación a cambio de la transmisión de la propiedad de la parte invadida. Durante el tiempo que media hasta la transmisión de la propiedad la renta debe continuar siendo pagada”

4. Portugal

El artículo 1343 del Código Portugués es el que se encarga de dar acorde solución al supuesto de invasión parcial de inmueble colindante mediante la aplicación de la teoría de la accesión invertida, previendo al igual que el Códice Civile italiano un plazo de tres meses desde el inicio de la invasión para que el propietario formule la oposición:

Art. 1343, 1.: *“Cuando en la construcción de un edificio en terreno propio se ocupe, de buena fe, una parcela de terreno ajeno, el constructor puede adquirir la propiedad del terreno ocupado, si hubieren transcurrido tres meses a contar desde el inicio de la*

¹¹ Moll de Alba C. (2004) “La edificación en suelo ajeno”. Universitat de Barcelona. Recuperado de www.diposit.ub.edu

ocupación, sin oposición del propietario, pagando el valor del terreno y reparando el perjuicio causado, especialmente el que resulte de la posible depreciación del terreno restante”.

Son requisitos entonces, para que el constructor adquiriera la propiedad del suelo ocupado:

- i) Que el constructor edifique sobre suelo propio extralimitándose en su perímetro;
- ii) Que la construcción haya sido de buena fe;
- iii) Que el propietario no se haya opuesto en el plazo de tres meses a contar desde el inicio de la ocupación.

De darse cumplimiento a tales recaudos, el constructor deberá pagar al invadido el valor de la finca ocupada y reparar los perjuicios que pudiere haber ocasionado, prestando especial atención, para la cuantificación de la indemnización, a la posible depreciación del terreno restante.

5. Suiza

El artículo 654 del Código Suizo regula expresamente la cuestión del “*empiètement*”:

Art. 654: *“Los edificios y otras obras que invadan las tierras vecinas serán parte integrante del otro fundo, en virtud de un derecho real. Cuando los propietarios lesionados, tengan conocimiento de ello y no se opongan en tiempo hábil, el constructor tendrá, si es de buena fe y las circunstancias lo permiten, derecho a pedir el mantenimiento de lo construido, como un derecho real o a la adquisición del terreno, previo pago de una indemnización equitativa”*

De esta forma, este artículo del Código Suizo se rige por la regla de la “superficie solo cedit”, otorgando al constructor la posibilidad de mantener lo construido de dos formas: como un derecho real o adquiriendo el terreno mediando pago de una indemnización equitativa. Para ello deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- i) Que se haya edificado sobre un terreno propio que invade parcialmente tierra vecina;
- ii) Que el propietario invadido tenga conocimiento y no se oponga en tiempo hábil;
- iii) Que el constructor sea de buena fe.

Es de destacar que, en este ordenamiento, la facultad de elegir la adquisición de la superficie invadida corresponde al edificador, no al propietario, como podemos observar en el resto de ordenamientos del derecho comparado.

6. Francia

En Francia no existe regulación legal en el *Code* respecto del tema en cuestión. Pero se debe mencionar el hecho de que la jurisprudencia se ha inclinado en los pronunciamientos defendiendo el mayor valor del suelo independientemente del valor de otros elementos o de la buena o mala fe, así el artículo 545 confiere al dueño del terreno el derecho de instar la demolición de lo construido a pesar del posible mayor valor que tuviera lo construido o de la buena fe con la que obrase el constructor.¹²

¹² Redondo Sánchez M. (2019) “La Construcción Extralimitada”. Tesis de grado en Derecho. Universidad de Valladolid. Recuperado de: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/36682/TFG-D_00780.pdf?sequence=1&isAllowed=y

B. La figura en el derecho argentino

Lograr la regulación legal de un supuesto de hecho tan asiduo en la práctica como lo es la construcción que se asienta en parte en el terreno del constructor y en parte en el fundo colindante propiedad de un tercero, era una necesidad impostergable y una deuda pendiente del legislador, en vistas al vacío legal en lo concerniente al tema que había en nuestra legislación. Como se expuso en el apartado anterior, varios ordenamientos civiles del derecho comparado, incluso de Latinoamérica¹³, incluían desde entonces normas específicas, que daban solución y sustento jurídico al supuesto fáctico. En nuestro país, se trató de incorporar la figura de la invasión de inmueble colindante en varias oportunidades, así se mencionan los anteproyectos de reforma del Código Civil: el Anteproyecto de Bibiloni (Art. 2993); el Proyecto de 1936 (Art. 1477); el Anteproyecto de 1954 (Art. 1510); y el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 (Art. 1903). A pesar de ello, fue recién con la sanción del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) donde finalmente encontró consagración expresa, en el artículo 1993. Siguientemente, se expondrá un breve análisis de la cuestión en el derogado Código Civil y en los diversos proyectos de reforma dieron tratamiento al tema.

1. Código Civil

En el derogado Código Civil no se encontraba contemplada la figura en análisis. “*¿El dueño del terreno adquiere lo que está construido sobre él, o al revés, el dueño del edificio adquiere la propiedad del terreno? ¿Puede el dueño del terreno invadido reivindicar esa parte o exigir la demolición de la construcción, aunque avance escasamente sobre su fundo?*” Estos eran algunos de los interrogantes que se planteaba la doctrina, desconcertada ante el vacío legal existente.¹⁴

¹³ Venezuela regula la figura de invasión de inmueble colindante en su artículo 559: “*Si en la construcción de un edificio se ocupare de buena fe una parte del fundo contiguo, y la construcción se hubiere hecho con conocimiento y sin oposición del vecino, el edificio y el área podrán declararse propiedad del constructor, quien, en todo caso, quedará obligado a pagar al propietario del suelo el valor de la superficie ocupada, y, además, los daños y perjuicios. De no haber habido conocimiento por parte del vecino, el constructor, fuera del pago de los daños y perjuicios, está en la obligación de pagar a aquél el duplo del valor de la superficie ocupada.*”

¹⁴ Mariani de Vidal M. (1998) “*Curso de Derechos Reales.*” Tomo 1. (5ta ed.) Buenos Aires. Zavalía.

Algunos Códigos Civiles, como el alemán¹⁵, el italiano¹⁶ y el venezolano¹⁷, ya preveían normas específicas sobre invasión del terreno ajeno, que coincidían en gran parte en su contenido, por ejemplo, se tomaba como criterio la buena o mala fe del constructor; preveían la opción de adquisición de la superficie invadida mediante el pago de un precio y/o indemnización que compense los daños sufridos al propietario; contemplaban también la posibilidad de demolición de lo construido en los casos de mala fe del edificante; entre otras cuestiones, que fueron tomadas como referencia por la jurisprudencia nacional de la época, la cual ya sostenía que la exigencia de la demolición de lo construido por parte del dueño del terreno, podía constituir en la mayoría de los casos un ejercicio abusivo del derecho, como se puede apreciar en la lectura de los fragmentos de los siguientes pronunciamientos:

“Que los arts. 2588 y sigs., Cód. Civ., prevén el supuesto de que la edificación se realice totalmente en terreno ajeno, pero no el caso de que quien, edificando en fundo propio, ocupe parcialmente y en escasa medida el del lindero, por lo que, en este caso, la decisión debe ser circunstancial, evitando soluciones antieconómicas o que pudieran configurar un abuso del derecho”¹⁸

“Si media buena fe de ambas partes, el edificador debe pagar al propietario el valor de la superficie ocupada y los daños que de tal menoscabo pudieran resultarle.”¹⁹

“Igual solución debe darse en el caso de que ambos sean de mala fe.”²⁰

¹⁵ BGB alemán – 912: *“Si el propietario de una finca ha construido un edificio extralimitándose de los linderos de su finca, sin que se le pueda imputar dolo o negligencia grave, el vecino debe tolerar la construcción extralimitada, a no ser que haya formulado oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación. El vecino debe ser indemnizado mediante una renta periódica. El importe de la renta se determinará con arreglo a la fecha de la extralimitación”*

¹⁶ Codice Civile italiano, art. 938: *“Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo, sin que su propietario se oponga dentro de los tres meses desde el día en que se inició la construcción, la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. En tal caso, el constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de los daños causados”*

¹⁷ Véase nota al pie n° 11 del presente.

¹⁸ C. Civ. 2, fallo del 12.9.40; JA, 72-97

¹⁹ C. Civ. 1°, Cap.: JA, 1947, I-117; C. Civ. 2°, Cap.: JA, 50-519; C. N. Paz, Sala IV; 1947, I-240; C. 1°, La Plata: JA, 1947, I-106.

²⁰ C. Civ. 2°, Cap.: JA, 61-138; C. Apel. Rosario: R.S.F., 1-291.

Asimismo, la Cámara Nacional Civil, sala C, en fallo del 10 de julio de 1959²¹ resolvió:

“El propietario de un terreno que al levantar una construcción la asienta parcialmente sobre una franja del lote vecino, procediendo de buena fe y sin ocasionar mayor perjuicio al lote invadido, cuyas dimensiones no han sido alteradas mayormente, sólo está obligado a pagar el precio de la superficie ocupada sin que corresponda obligarlo a demoler lo hecho, porque ello sería una solución antieconómica y contraria a la equidad. El propietario que deja que su vecino construya avanzando sobre el propio terreno, concierta tácitamente con él la venta de la parte que resulte ocupada, sobre todo cuando no prueba que haya estado ausente o impedido de evitar que la edificación se llevara a cabo. De ahí que en la situación se haya desestimado siempre su pretensión de reivindicar la porción invadida y que no se imponga al edificante la obligación de demoler lo que ha construido a vista y paciencia del dueño de la tierra, pues ello importaría tanto como premiar la mala fe.”

2. Anteproyectos de reforma legislativa de 1929 (Bibiloni); de 1936 y de 1954

El primer proyecto de reforma integral al Código Civil fue el Anteproyecto Bibiloni de 1929, que incluyó en su artículo 2393 la regulación de la figura en análisis:

Art. 2393: *“Cuando el propietario de un fundo ha construido un edificio en el que, sin dolo negligencia grave de su parte, ha invadido la propiedad vecina, el dueño de ésta debe tolerarlo, a menos que se haya opuesto antes o en el momento en que su límite fue excedido. Será indemnizado el perjudicado, según lo prevenido en el art. 2390 y el terreno ocupado pasará al dominio del que construyó, a menos que éste se allanare a retirar la construcción. Si la parte de la heredad vecina fuera de la construcción resultare insuficiente para una utilización o construcción de explotación normal, o quedase perjudicada, la ya existente, su propietario podrá exigir la adquisición total. Si no se*

²¹ La ley, 97-181

abonase el precio en cualquiera de los casos, podrá ser obligado el constructor a la demolición y la expropiación quedará sin efecto.”

Este artículo fue reproducido exactamente en los posteriores proyectos de reforma: en el Proyecto de 1936 (art. 1477) con redacción a cargo de Lafaille y Tobal y años más tarde en el proyecto de 1954 (art. 1510), a cargo de Llambías.²²

3. Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998

El artículo 1903 del Proyecto de 1998 merece un apartado aparte por ser considerado el antecedente inmediato del artículo 1963 CCCN:

Art. 1903: *“Invasión parcial del inmueble colindante. Quien construye en su inmueble, pero de buena fe invade el inmueble colindante, puede obligar a su dueño a respetar lo construido, si no se opuso inmediatamente de conocida la invasión.*

El dueño del inmueble colindante puede exigir la indemnización del valor de la parte invadida del inmueble. Puede reclamar su adquisición total si se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble.

Si el invasor no indemniza, puede ser obligado a demoler lo construido.

Si el invasor es de mala fe y el dueño del fundo invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, éste puede pedir la demolición de lo construido. Sin embargo, si resulta abusiva, el tribunal puede rechazar la petición y ordenar la indemnización.”

²² Mariani de Vidal M. (1998) “Curso de Derechos Reales.” Tomo 1. (5ta ed.) Buenos Aires. Zavalía.

IV. Capítulo 3: La figura de la invasión de inmueble colindante en el Código Civil y Comercial.

A. Nociones generales

Luego de varios intentos legislativos frustrados a lo largo de nuestra historia y como corolario de precedentes jurisprudenciales y recomendaciones de la doctrina especializada, la figura de la invasión de inmueble colindante encontró regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) puntualmente en el artículo 1963:

Art. 1963: *“Invasión de inmueble colindante. Quien construye en su inmueble, pero de buena fe invade el inmueble colindante, puede obligar a su dueño a respetar lo construido, si éste no se opuso inmediatamente de conocida la invasión.*

El dueño del inmueble colindante puede exigir la indemnización del valor de la parte invadida del inmueble. Puede reclamar su adquisición total si se menoscaba significativamente el aprovechamiento normal del inmueble y, en su caso, la disminución del valor de la parte no invadida. Si el invasor no indemniza, puede ser obligado a demoler lo construido.

Si el invasor es de mala fe y el dueño del fundo invadido se opuso inmediatamente de conocida la invasión, éste puede pedir la demolición de lo construido. Sin embargo, si resulta manifiestamente abusiva, el juez puede rechazar la petición y ordenar la indemnización.

El artículo 1963 CCCN está contemplado dentro de la Sección 5^a (“Accesión de cosas inmuebles”) del Capítulo 2 (“Modos de adquisición del dominio”); dentro del Título II (“Posesión y tenencia”), correspondiente al Libro Cuarto (“Derechos Reales”).

Los Anteproyectos de Bibiloni y de 1954 son antecedente inmediato del Proyecto de 1998 y estos, a su vez, lo son del artículo 1963 CCCN, pero con variantes de trascendencia que, en vez de mejorarlo, lo empeoran.

B. Análisis del artículo 1963 CCCN

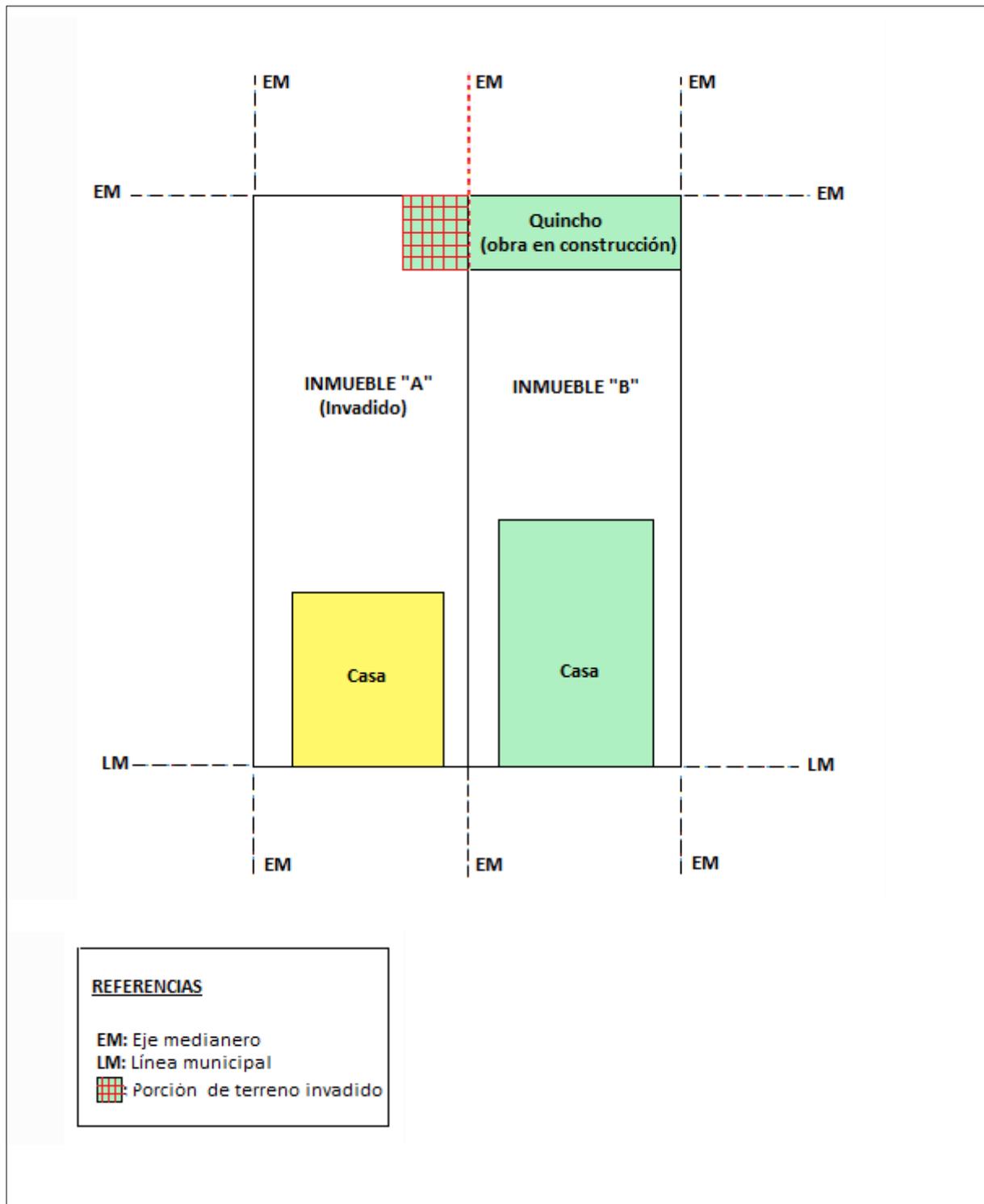
1. Supuesto fáctico

La situación es la de un edificador que comienza a construir²³ dentro de su terreno, pero que excede los límites perimetrales del mismo y avanza con dicha construcción sobre el inmueble²⁴ vecino, que es de propiedad de otra persona, asentándose parcialmente sobre aquel. Dicha situación, a *contrario sensu* de lo que acontecía en el Código Civil para las invasiones totales, puede dar lugar a que el invasor adquiera la porción del terreno contiguo ultrajada, en razón de la aplicación del principio de la accesión inversa. Pero esto va a depender de la conducta o intención del invasor, esto es, si actuó con buena o mala fe al momento de traspasar los límites de su fundo. También deberá analizarse la buena o mala fe del dueño del inmueble invadido, debido a que debe evitarse la destrucción de valores. Posteriormente, se analizará cada una de esas circunstancias y sus consecuencias.

En la “*ilustración 1*” se puede observar la presencia de dos inmuebles colindantes. El dueño del inmueble B comenzó a construir sobre su predio un quincho, pero excedió los límites medianeros y asentó parte de la construcción sobre el inmueble colindante “A”. Esta situación pudo haber ocurrido de buena fe, ya sea porque el edificador desconocía que estaba traspasando dichos límites o lo puede haber sido por errores y/o imprecisiones en los títulos de propiedad, situación ésta de lo más asidua en la realidad. La otra posibilidad es que la invasión haya sido de mala fe, con un real conocimiento del edificante de que se encontraba edificando por fuera del perímetro de su propiedad, sin consentimiento del dueño.

²³ Según Árraga Penido, al implementar la palabra ‘*construye*’, “*se utilizó un “término apropiado, pues comprende no solamente un edificio, sino cualquier otro tipo de obras según el lugar en que se emplace. Si fuere en un lote urbano, por ejemplo, podrá ser un edificio, prolongación de un cerco o muro, fosa para reparar vehículos, etcétera. Si es sobre un terreno suburbano o rural, por ejemplo, una acequia, puente, canal, túnel, conductos, embarcadero de animales, entre otros supuestos.*”

²⁴ Hay que interpretar el vocablo “*inmueble*” como terreno, debido a que sobre él es posible construir. El Código Civil, a pesar de no haber regulado la figura, al tratar la invasión total utilizaba, con mayor precisión que el CCCN, la palabra “*terreno*”.



- Ilustración 1²⁵

²⁵ Ilustración 1. Supuesto de invasión de inmueble colindante. De elaboración propia.

2. Comparación con la edificación, siembra y plantación

Es necesario hacer una comparación entre la figura en análisis y el supuesto que regula el artículo 1962 del CCCN²⁶, atinente a la construcción, siembra y plantación en terreno ajeno. Ambas situaciones implican la vulneración del derecho de propiedad de un tercero, pero existen diferencias marcadas. Una de ellas es física, puesto que en la construcción en suelo ajeno la obra se realiza íntegramente sobre el fundo de propiedad de un tercero, y no de manera parcial como presupone el caso que regula el artículo 1963 CCCN. También hay una diferencia de carácter subjetivo, puesto que, en la invasión de inmueble colindante, el constructor es dueño del fundo contiguo al que invade; en el supuesto del art. 1963, no necesariamente existe una relación jurídica entre el edificante y el terreno adyacente.

3. Lugar del terreno en que se hace la invasión parcial

La invasión parcial puede haberse hecho a nivel del suelo (o rasante), sobre su espacio aéreo, por ejemplo, un balcón u otro voladizo o saliente pronunciada, o debajo del terreno, por ejemplo, un sótano o subsuelos para garajes (cocheras). También habrá invasión antijurídica (aérea) cuando un edificio supere la altura permitida, por existir un gravamen real, como una servidumbre de no hacer, por ejemplo, de no elevarse dicha construcción a más de una altura determinada.²⁷

Es importante mencionar un supuesto que no se encontraba regulado en el derogado Código Civil, que es la construcción que se realiza en parcela propia, empero asienta parte del extremo del edificio sobre el terreno colindante, esto es, se encaballa el muro (art. 2006, b. CCCN) excediéndose del límite. Este supuesto encuentra solución también en el artículo 1963 CCCN.

²⁶ Art. 1962: “Construcción, siembra y plantación. Si el dueño de un inmueble construye, siembra o planta con materiales ajenos, los adquiere, pero debe su valor. Si es de mala fe también debe los daños. Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero, los materiales pertenecen al dueño del inmueble, quien debe indemnizar el mayor valor adquirido. Si el tercero es de mala fe, el dueño del inmueble puede exigirle que reponga la cosa al estado anterior a su costa, a menos que la diferencia de valor sea importante, en cuyo caso debe el valor de los materiales y el trabajo, si no prefiere abdicar su derecho con indemnización del valor del inmueble y del daño. Si la construcción, siembra o plantación es realizada por un tercero con trabajo o materiales ajenos en inmueble ajeno, quien efectúa el trabajo o quien provee los materiales no tiene acción directa contra el dueño del inmueble, pero puede exigirle lo que deba al tercero.”

²⁷ Árraga Penido M. O.; (2017); “Invasión parcial de una construcción en terreno ajeno colindante”; Revista La Ley 2017-B, 1071.

4. Estado de la obra

El artículo nada dice sobre el estado de la construcción, sólo menciona la existencia de una obra que invade el terreno lindero parcialmente. La doctrina diferencia los estadios de la misma: se puede tratar de una obra que se comienza a construir; puede estar la obra avanzada; o bien, podría tratarse de una obra concluida. En el caso de que la construcción estuviere comenzando, el invadido puede interponer una acción de despojo (art. 2241 CCCN) o un interdicto de obra nueva (Art. 619 CPCN). La promoción de dicha acción tendrá como efecto la suspensión de la obra y posteriormente, si se hace lugar a la demanda al momento del dictado de la sentencia, se mandará a demoler lo construido (art. 620 CPCN). En el caso de que la obra estuviere muy avanzada o incluso concluida, o bien, si caducó o prescribió el plazo para la interposición de la acción y/o del interdicto mencionados con anterioridad, podrá entablarse la acción reivindicatoria (art. 2252 CCCN).²⁸

5. Prueba

Es amplia la variedad que existe de pruebas y medidas probatorias, pero la que más relevancia tendrá en este caso es la prueba pericial técnica a cargo de un agrimensor, *“que servirá inicialmente -como dictamen- para que el dueño del terreno invadido promueva el respectivo juicio; y para ilustrar al juez la situación, sobre todo si se solicitan medidas cautelares, por ejemplo: paralización inmediata de la obra encarada; y su demolición, si lo decreta la sentencia haciendo lugar a la demanda.”*²⁹

Como la jurisprudencia lo ha señalado, no será suficiente el acta notarial para probar la invasión, la que sólo podrá acreditarse mediante informe del agrimensor, que establecerá las medidas de cada inmueble y de esta manera determinará si hubo o no invasión.³⁰

²⁸ Árraga Penido M. O.; (2017); *“Invasión parcial de una construcción en terreno ajeno colindante”*; Revista La Ley 2017-B, 1071.

²⁹ Árraga Penido M. O.; (2017); *“Invasión parcial de una construcción en terreno ajeno colindante”*; Revista La Ley 2017-B, 1071.

³⁰ CNCiv., sala A, 07/04/1981, "Olmo, S.A. c. Consorcio de Propietarios San Benito de Palermo", LA LEY, 1982-A, 219.

6. Invasor de buena fe

La doctrina se plantea cuál es la forma de determinar que la extralimitación de un constructor es de buena fe. En general, se entiende que será de esta manera cuando el invasor está persuadido de que actúa ostentando un título de propiedad perfecto, de que está investido de la facultad legítima de edificar. Por ejemplo, aún actuando con diligencia, desconoce un problema sobre los sendos terrenos – el propio y el ajeno que invade-, de yerros de medidas catastrales, de inconvenientes en los planos de obra o defecto del título.³¹ Se pueden tomar como elementos indicativos de buena fe la pequeña franja -de escasos centímetros tal vez- que está ocupando indebidamente, que hace que resulte imposible a simple vista advertir dicha situación; también es un indicador de buena fe la oportuna oposición del dueño del terreno invadido, que da alerta al edificante de su actuación extralimitada, siempre y cuando dicha oposición no sea extemporánea, tal como sería si se produce cuando la obra ya ha sido concluida o está tan avanzada que volver atrás implicaría un perjuicio económico inconcebible; fuera de estos supuestos, también puede ser que el edificante tenga el pleno convencimiento de que está construyendo sobre su propio fundo porque, por ejemplo, desconoce que la medición del mismo, que consta en el respectivo título, no coincide con la verdadera.

Como consecuencia de esto, en principio, el dueño del terreno invadido no puede adueñarse de lo construido o exigir su demolición. Sólo tendrá, también en principio, un crédito contra el edificante por el valor de la parte invadida. Esto será así a menos que se haya opuesto inmediatamente de conocida la invasión, puesto que, de lo contrario, no habiéndolo hecho, habría consentido tácitamente el avance de la obra y no podría posteriormente exigir la demolición de la misma, pues configurarían un obrar de mala fe, debido a la inversión de dinero que el constructor invirtió, suponiendo correctamente que estaba autorizado a edificar. Entonces, el invasor adquirirá la porción del terreno invadido previo pago de una indemnización al propietario, que deberá no sólo cubrir el valor de la franja sobre la que construyó, sino también adicionarle al precio los perjuicios que pudiera haber sufrido el dueño, como por ejemplo: el valor de la menor superficie aprovechable de un inmueble ante el avance de una columna del predio vecino, o el daño ocasionado por la reducción de las medidas del frente del inmueble para una futura venta o subdivisión en lotes. Se señala que deberá analizarse cada caso en concreto, pues una invasión de pocos centímetros puede no significar ningún perjuicio

³¹ Árraga Penido M. O.; (2017); “Invasión parcial de una construcción en terreno ajeno colindante”; Revista La Ley 2017-B, 1071.

grave en el caso de un campo de muchas hectáreas, como si lo sería si se tratara de un predio urbano en el cual esos centímetros de extralimitación pueden constituir una pérdida de las medidas mínimas impuestas por la normativa administrativa sobre edificación. Por lo que el invasor de buena fe tiene la posibilidad de adquirir no sólo la franja de terreno invadido, sino también la totalidad, cuando las circunstancias lo hacen más conveniente por tornarse la parte libre de construcción poco aprovechable por separado.³²

Para el caso de que el invasor no indemnice, el artículo prevé la posibilidad de demolición de lo construido, pero esta solución no parece ser la más adecuada, puesto que podría constituir un abuso del derecho.

7. Invasor de mala fe

La norma prevé que en el caso de que el invasor sea de mala fe y siempre que el invadido se haya opuesto inmediatamente de conocida la invasión, tendrá este último la posibilidad de solicitar la demolición de lo construido, pero el Juez podrá rechazar la petición si considera que resulta abusiva, esto es, si la construcción está muy avanzada; si los valores incorporados son de gran envergadura; o bien, los perjuicios ocasionados al fundo lindero son mínimos. En tal caso, el magistrado procederá a ordenar la indemnización.

“Se trata (por una parte) de un edificio de varios pisos ya terminado. Mientras que por la otra, se trata(ría) de “recuperar” una superficie muy pequeña (0,40 cm. su parte más ancha) pero que para hacerlo tendría que demolerse en toda su altura, en todos los pisos, siguiendo esa (supuesta) línea ideal que en el intento de respetar (recuperar) la geometría de los terrenos impondría una tarea de demolición enorme (en todos los pisos) obligando a destruir y reconstruir paredes en todas y cada una de sus plantas (Conf. art. 1945 2º párrafo del Código actual y art. 2518 del anterior Código Civil). Fácil es prever que la significativa envergadura de esa obra, no solo implicaría un costo considerable, quizás mayor que el valor del terreno mismo; sino que requerirá extensos, prolongados, e importantes trabajos, y que podría si acarrear daños o riesgos para ambas propiedades (...) por solo 0,40 cm. se estaría (si se confirmara la decisión) condenando a una tarea dilatada, difícil, complicada, cara y potencialmente

³² Bueres A. J. (2014) “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado.” Tomo II B. (1a ed.) Buenos Aires. Hammurabi.

riesgosa para la estructura de ambas edificaciones. Entiendo que tal no debe ser la solución más razonable en las concretas circunstancias del caso de autos. (...) Confirmar ahora la íntegra demolición (destrucción) de todas las plantas del edificio del demandado construidas dentro del aludido polígono y, obviamente, en el espacio aéreo que sobre él se extiende; sería una solución irrazonable, abusiva y por ello injusta³³

Como fue explicado en el apartado “*invasor de buena fe*”, reiteramos que para ser titular de esta característica es menester tener el real convencimiento de que se está actuando de manera legítima al realizar la construcción, por ende, se interpreta a *contrario sensu*, que para ser reputado “invasor de mala fe” basta con no contar con ese convencimiento; y esto puede darse cuando a pesar de que el dueño del inmueble afectado por la construcción se ha opuesto oportunamente, el edificante hace caso omiso a tal advertencia y prosigue de todos modos con el avance de la obra.

8. La oposición

La norma no aclara qué implica “oponerse inmediatamente”, pero teniendo en cuenta que la justicia por mano propia está prohibida, salvo excepciones (art. 2240), interpretamos que indudablemente hace referencia a que el dueño perjudicado deberá recurrir a las defensas de la relación real, una vez conocida la invasión. Para juzgar si hubo o no inmediatez se deberá deslindar en cada caso qué se entiende técnicamente por comienzo de invasión.

La oposición puede ejercerse de dos maneras, según Árraga Penido: en un sentido amplio, mediante **interpelación extrajudicial fehaciente**, por el dueño del terreno -o en todo caso, condómino- para hacer cesar la indebida construcción asegurándose la recepción, o por **orden judicial**, a través de una acción de despojo (art. 2241, 2do y 3er párr., CCCN), que comprende el desapoderamiento producido por la realización de una obra que se comienza a hacer en el objeto sobre el cual el actor ejerce la posesión. La sentencia que hace lugar a la demanda debe mandar a deshacer la obra que se comienza a hacer. Sin perjuicio del interdicto de obra nueva, cuando afecta a un inmueble, que tenderá a la inmediata paralización de la obra iniciada y a su mediata demolición si correspondiere.

³³ Katavich c/ Vanni s/ Interdicto de obra nueva – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala 3.

También se puede iniciar una acción posesoria de recobrar (art. 2238, CCCN): las acciones posesorias tienen por finalidad según haya desapoderamiento, recuperar el objeto sobre el que se tiene una relación de poder. Se otorgan ante actos materiales, producidos o de inminente producción, ejecutados con intención de tomar la posesión, contra la voluntad del poseedor. Hay desapoderamiento cuando los actos tienen el efecto de excluir absolutamente al poseedor. La acción es posesoria si los hechos causan por su naturaleza el desapoderamiento de la posesión, aunque el demandado pretenda que no impugna la posesión del actor.

En última instancia se podrá instar una acción petitoria: la real reivindicatoria (art. 2248) que tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento de la cosa que puede ser reivindicada en su totalidad o en parte material (art. 2252).

Métodos alternativos de resolución de conflictos

9. Facultades del propietario del inmueble que ya sufrió la invasión

El propietario del inmueble colindante invadido en nada se beneficia con esta situación, por el contrario, sólo se verá perjudicado, por lo que el artículo 1963 CCCN, le otorga una serie de opciones, una vez concluida la obra:

- Obtener una indemnización

Podrá exigir al invasor una indemnización equivalente al valor de la superficie del terreno invadida, para lo cual se deberá justipreciar por metro cuadrado o metro cúbico según el lugar invadido y ponderar si la construcción resulta indivisible. Debería contener esta indemnización los costes a favor del edificante, por cuanto hay que tener en cuenta las modificaciones que inexorablemente deberán efectuarse a los títulos de propiedad en razón de la nueva situación jurídica que se ha creado.

- Obligar al invasor a adquirir el terreno invadido.

En este punto, atendiendo las especiales particularidades del caso concreto, se podrá exigir al edificante la adquisición³⁴ de la porción del terreno invadido o bien, la adquisición total del

³⁴ Pese a la expresión “adquisición” que emplea la norma, no se trata técnicamente de una compraventa, sino más bien de una indemnización, no obstante, produzca efectos similares en el orden registral y catastral.

mismo, incluyendo las áreas sobre las cuales no se asentó la obra, pero que resultaron menoscabadas igualmente perdiendo o disminuyendo el normal aprovechamiento del inmueble. Esta indemnización prescribirá a los cinco años, ya que rige el plazo genérico del artículo 2560 CCCN.

- Obligar al invasor a demoler lo construido si no indemniza

Pese a que el invasor tiene la opción de pagar o no la indemnización que le exige el propietario, ya sea porque no cuenta con los medios económicos para ello o simplemente porque no quiere hacerlo, esto le dará pie al invadido para obligarlo a demoler la obra. Pero aquí habrá que estarse a la proporcionalidad de dicha petición, debido a que si no cuenta con esta característica puede constituir un abuso del derecho (art. 10 CCCN). Estará a cargo del juez determinar esto último, tratando de evitar inútiles destrucciones y propugnando a la conservación de valores económicos.

Si el invasor es remiso a efectuar la demolición de lo construido, puede hacerlo el propietario del terreno invadido a costa de aquel. Si se allanó a la pretensión, demolerá lo construido, quitando los materiales del terreno colindante.

C. Defectos legales del artículo 1963

Más allá de lo positivo de haber incluido el supuesto de invasión parcial al inmueble colindante en el Código Civil y Comercial, llenando un vacío legal que tanto reclamó nuestra doctrina y jurisprudencia, la redacción del artículo 1963 es criticable desde varios puntos de vista, que serán analizados a continuación.

1. *La “oposición inmediata”. Falta de plazo legal*

El artículo menciona que el invadido deberá oponerse inmediatamente de conocida la invasión para que proceda la indemnización. Esto viola los principios de la seguridad estática, cuando se exige al dueño del terreno invadido la constante e ininterrumpida custodia de su lote, para que no se produzca la invasión que implicaría la pérdida parcial de su inmueble.³⁵

³⁵ Ventura G. V. (2017) “*Invasión de Inmueble Colindante en el Código Civil y Comercial de la Nación.*” Revista La Ley año LXXXI N° 124.

Una interpretación literal de la norma, significaría que el propietario tenga que accionar en el instante siguiente de haber conocido que sobre su terreno se están desarrollando obras no consentidas; por decirlo de otra manera, debiera formular la oposición “en el acto”. Por lo que es reprochable la ausencia de un plazo expreso de caducidad, que provocará inevitables conflictos de interpretación que el Juez deberá resolver. Sorpresivo es que los redactores del Código Civil y Comercial, en varios aspectos tomaron como influencia el Código Civil Italiano, que regula en su artículo 938 la figura de la invasión parcial del terreno ajeno y que prevé expresamente un plazo cierto para la realización de la oposición por parte del propietario invadido, que es de tres meses a contar desde el día en que se inició la construcción. Más allá de que este plazo de tres meses pueda resultar arbitrario y tal vez algo breve, sigue siendo por amplitud más conveniente que “inmediatamente”.

2. Posible fraude a la ley

Como explica Lorenzetti, el fraude a la ley implica la existencia de un acto jurídico aparentemente lícito, amparado bajo la ley vigente, pero que al analizarse su causa fin se manifiesta la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por una norma imperativa.³⁶ La consecuencia será su ineficacia, la cual priva al acto de la protección que la ley de cobertura le suministra y en caso de que la ley imperativa prevea una sanción, será esta aplicable. Al tratarse de un acto nulo, la prueba será amplia, pero en casos relacionados a la invasión de inmueble colindante será de imposible prueba, por el acuerdo previo entre invasor e invadido. Ventura lo ejemplifica de la siguiente manera: una persona quiere adquirir una fracción de terreno de propiedad de otra, pero las exigencias del parcelamiento mínimo local no admiten la subdivisión, por lo que resuelven, en aplicación del artículo 1963 CCCN, y apelando a lo desprevenido del legislador, generar ficticiamente el supuesto en fraude a la ley. El vendedor, en papel de invadido, tolera sin oponerse inmediatamente que el comprador, en rol de invasor, edifique en parte de su terreno. Posteriormente, a los seis o siete meses, el “invadido” demanda al “invasor” por reivindicación y exige de este la demolición de lo edificado sobre su parcela; pero el invasor esgrime que él construyó de buena fe y el “invadido” se allana a esas expresiones. Por medio de este sencillo artilugio, las partes contractuales,

³⁶ Lorenzetti R. L. (2015) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.” Tomo I. 1a edición. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni

venidas a partes procesales, evitan el acatamiento del art. 228 CCCN (“Cosas divisibles”) y las normas administrativas que impiden el parcelamiento nocivo.³⁷

3. Presunción de buena fe

Teniendo en cuenta que la buena fe se presume, será el invadido quien deberá probar que el constructor actuó a sabiendas de que edificaba en un terreno que no era el propio. Coincidimos con el profesor Gabriel Ventura, cuando plantea la necesidad de incluir en las indemnizaciones debidas por el edificador al propietario del inmueble invadido, los gastos relacionados con el saneamiento del título, ya que merced a esta adquisición parcial se habrá modificado la configuración originaria del fondo afectado. Habrá que formalizar un nuevo plano, para dar cabida a la nueva parcela, también actualizar los asientos catastrales y registrales adecuándolos a la nueva realidad extrarregistral. Concluimos entonces, en que todos los gastos que ello irrogare deberán ser afrontados por el invasor, sea éste de buena o mala fe.³⁸

³⁷ Ventura G. V. (2017) “Invasión de Inmueble Colindante en el Código Civil y Comercial de la Nación.” Revista La Ley año LXXXI N° 124.

³⁸ Ventura G. V. (2017) “Invasión de Inmueble Colindante en el Código Civil y Comercial de la Nación.” Revista La Ley año LXXXI N° 124.

V. Conclusiones

El supuesto de una construcción que se realiza en terreno propio pero que se asienta parcialmente en el fundo contiguo ha sido y es una situación de lo más usual en la práctica, en el marco de las relaciones de vecindad. A pesar de ello, el Código Civil no preveía ninguna norma que se encargue de dar solución jurídica a dicha problemática, por lo que el legislador pretendió cambiar esta realidad en los proyectos de reforma legislativa al Código Civil, pero estos no prosperaron y, en consecuencia, seguía latente el vacío legal respecto al tema.

El Código Civil y Comercial, sancionado en 2015 por ley 26994, consagró finalmente la solución legal en su artículo 1963, titulado el supuesto como “invasión de inmueble colindante”, constituyéndose en un nuevo modo de adquirir el dominio. El art. 1903 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 fue el antecedente inmediato de esta norma.

El principio general, de origen romano, según el cual lo accesorio (construcción), sigue la suerte de lo principal (suelo) se ha visto desplazado en el caso de la invasión de inmueble colindante, dando paso a la vigencia de la regla de la accesión inversa. En virtud de ello, si el constructor que traspasa la línea divisoria y se asienta en el terreno contiguo, es de buena fe se da la posibilidad de que adquiera la superficie invadida. De este modo, se atribuye la calidad de principal a lo construido; y de accesorio, al suelo o subsuelo.

La invasión puede haberse hecho sobre el suelo, el subsuelo o el espacio aéreo, esto último puede darse en caso de que se construya un edificio que supere las alturas permitidas por existir un gravamen real como, por ejemplo, una servidumbre de no hacer que prohíba elevar dicha construcción a más de una altura determinada. Otro supuesto es el del muro encaballado que se extralimita y ligeramente avanza sobre el suelo colindante, invadiendo una pequeña porción de éste.

El artículo nada dice acerca del estado de la obra, por lo que la misma puede hallarse en sus inicios; puede encontrarse muy avanzada; o incluso concluida. De cada situación particular, dependerá la defensa que se articule por parte del propietario invadido.

En cuanto a la prueba, existe en el tema la posibilidad de disponer de diferentes medios probatorios, pero será especialmente relevante la prueba pericial técnica a cargo de un agrimensor, que dará certeza al juez de los límites perimetrales de los fundos en pleito.

Con respecto a la oposición, el artículo establece que deberá ejercerse “inmediatamente” de conocida la invasión, careciendo este término de tecnicidad. Creemos que es necesario considerar la institución de un plazo cierto.

La forma de ejercer la oposición puede ser por medio de la interpelación extrajudicial fehaciente o por orden judicial, incluyendo en este último orden, diversos remedios procesales como la acción de despojo, el interdicto de obra nueva, la acción posesoria de recobrar y la acción real reivindicatoria.

Las opciones con las que cuenta el propietario invadido al consumarse la construcción son: obtener una indemnización por parte del invasor, exigirle la adquisición total del terreno menoscabado u obligarlo a demoler lo construido en caso de que no abone la indemnización.

Como la buena fe se presume, será el propietario invadido el que deba probar que el invasor actuó a sabiendas de que violaba los límites de su fundo.

La indemnización debería contener los gastos que surjan del saneamiento del título, ya que, a merced de la nueva adquisición, se modificará la situación registral y catastral del inmueble, resultando injusto que sea el propietario invadido el que, además de tolerar lo construido y deshacerse “forzosamente” de su inmueble, deba cargar con dicho coste.

La norma en análisis, a su vez, posibilita un fraude legal imperceptible, pues mediante acuerdo previo entre transmitente y adquirente de una fracción que no podría subdividirse por no cumplir con los mínimos legales exigidos por las normas administrativas, el transmitente demanda al adquirente por reivindicación, este último plantea el supuesto de invasión, amparándose bajo la regla de la accesión invertida y el demandante se allana a esta defensa.

Por todo lo expuesto, consideramos que la incorporación del artículo 1963 al CCCN, fue positiva en cuanto vino a llenar un vacío legal que ya no podía sostenerse, pero a pesar de esto, contiene aspectos criticables que hacen imperante su pronta modificación, necesaria no sólo para que los intereses de los particulares se hallen correctamente tutelados por el sistema legal, sino también para facilitar la labor del órgano jurisdiccional, el intérprete a la hora de aplicarla en el caso concreto.

Anexo: Jurisprudencia del Derecho Español

En el Derecho español, la denominada “construcción extralimitada” -como es llamada por la doctrina y la jurisprudencia- no encuentra regulación dentro del Código Civil, asemejándose dicha situación con la que convivió nuestro ordenamiento jurídico hasta la sanción del Código Civil y Comercial en 2015, por lo que debido a dicha laguna legal es abundante la jurisprudencia atinente al caso. De hecho, como se mencionó en el Capítulo I, el instituto de la accesión invertida, de vital importancia para el tema que abordamos, ha sido elaborado y delineado por la jurisprudencia de dicho país. Así lo resume la STS del 10 de diciembre de 1980:

*“por extremas y contrarias a la política económica y social importaba moderar y de ahí, que en busca de satisfacer intereses muy legítimos en colisión se llegara a particularizar la cuestión dándole trato de figura con sustantividad propia no prevista por el legislador, y **al no poderla encuadrar en el referido artículo 361, se estimase como si de un vacío legal se tratara, al que la doctrina jurisprudencial vino a llenar mediante la figura de la accesión invertida, conforme a la cual, toda edificación ensuelo, en parte perteneciente al constructor y en parte al propietario del fundo colindante que desde luego lo fuese de buena fe, lo principal pasa a ser la edificación y lo accesorio la porción de terreno invadido y consecuentemente es el suelo el que cede a la superficie, esto es, al edificio, justificando lo que en estos supuestos va a ser máxima dominante "solo cedit superficie", en realidad no es otra cosa sino el medio de obligar al dueño del terreno a aceptar aquella opción del artículo 361”***³⁹

En consecuencia, por el gran cúmulo de precedentes jurisprudenciales con el que cuenta España, a continuación, se expondrán extractos de algunos fragmentos de ellos que resultan interesantes para complementar el análisis del tema en estudio.

³⁹ STS de 10 de diciembre de 1980, Roj 5075/1980.

Derogación del principio superficies solo cedit

*“La doctrina de la denominada accesión invertida o construcción extralimitada ha sido creada jurisprudencialmente para evitar los excesos que pudieran derivarse de una aplicación estricta de la adquisición de la propiedad por accesión, conforme al principio de derecho romano **"superficies solo cedit"** —y así— realizar una justicia conmutativa que quedaría ausente muchas veces de aplicarse sin matizaciones el viejo principio antes citado, que deriva de una concepción romana de la propiedad y de una sociedad sedentaria y, como tal, agrícola y patriarcal, que tenía como elemento nuclear la casa, concepción dominical contraria a titularidades compartidas e indivisas, y era la tierra a la que se incorporaban los entonces poco valorados elementos mobiliarios: **"res mobilis res vilis"**. **Los valores de una sociedad actual son prácticamente los contrarios** y la jurisprudencia ofreció la solución al citado postulado consagrado en los arts. 358 y ss. del Código Civil a través de una interpretación sociológica, que comienza con la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949”⁴⁰*

Edificación en parte en terreno propio y en parte en terreno ajeno.

*“Se excluye la doctrina de la accesión invertida porque ésta es **solamente aplicable para el caso que la edificación se haya realizado en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena**, como se especifica en las sentencias de 23 de junio de 1923, 31 de mayo de 1949, 17 de junio de 1961, 24 de enero de 1986 y 11 de septiembre de 1991, entre otras.”⁴¹*

*“Sólo cabe hablar de accesión invertida, quebrando el tradicional principio superficies solo cedit, en los supuestos de construcción extralimitada, que como tal rebasa el fundo propio para invadir total o parcialmente el predio limítrofe, de suerte que lo edificado queda en parte en el terreno perteneciente al dueño de la obra y el resto en suelo ajeno pero **si la edificación se levanta totalmente en finca no perteneciente al constructor el conflicto ha de ser resuelto ateniéndose a los términos precisos de la regulación establecida en el artículo 361.**”⁴²*

⁴⁰ STSJ de Cataluña de 6 de abril 1998, RJ 1998/10052.

⁴¹ STS de 27 de junio de 1997, RJ 1997/5398.

⁴² STS de 24 de enero de 1986, Roj 202/1986

*La accesión invertida “se produce sólo en casos de construcción extralimitada, en que el dueño de un terreno construye en él, pero invade parcialmente el terreno limítrofe; la construcción queda en parte en terreno propio y en menor parte en terreno ajeno ”.*⁴³

Solicitud en juicio de la accesión invertida por la parte interesada

*“no se oculta que centrada la controversia sobre la reivindicación y su alcance, el Tribunal sentenciador pudo, sin incurrir en exceso y por evidentes razones de equidad, excluir los efectos restitutorios que en otro caso conllevaría la declaración de dominio, atendiendo al juego específico de la accesión invertida, pues aunque no ha sido invocada nominatim por el edificante la contienda versó también sobre todos los requisitos (invasión parcial y buena fe, indivisibilidad de la construcción y notoria plusvalía de lo construido respecto del suelo ocupado) y resultaría gravemente injusta la decisión recuperatoria, con demolición de la obra cuando concurren todos los presupuestos que permiten alterar el principio superficies solo cedit, alcanzando una solución al conflicto (...) sin menoscabo económico alguno para los reivindicantes ”*⁴⁴

Calidad de propietario de lo edificado como requisito para solicitar la accesión invertida

*“...No se puede hablar, entonces, de construcción extralimitada si no se detenta, exclusivamente o compartidamente, la propiedad de un terreno desde el cual se invade el solar ajeno ”*⁴⁵

“la proyección de la realidad fáctica establecida por el Tribunal a quo, en los términos en que quedó reseñada, a la figura de la construcción extralimitada, es reveladora de la imposibilidad de apreciar su existencia en el caso que nos ocupa, puesto que no es dable olvidar el presupuesto esencial de que no puede admitirse que las naves sean propiedad del actor don

⁴³ STS de 12 de febrero de 2002, Roj 900/2002

⁴⁴ STS de 12 de noviembre de 1985, Roj 338/1985

⁴⁵ STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998, Roj 3427/1998.

José H. M., por tanto, al no poder atribuir a dicho señor, el recurrente, la titularidad dominical de lo construido, resulta fuera de toda discusión que el mismo pudiera invocar en su favor la concurrencia de cualquier supuesto de accesión invertida, ni siquiera por vía analógica, lo cual hace innecesario analizar si concurrían o no los restantes requisitos que condicionan la aplicación de la indicada figura”⁴⁶

Identificación de la finca

*“implica la declaración de dominio de quien reclama sobre el terreno de su propiedad que afirma haber sido invadido y, por tanto, la exigencia de los requisitos propios de la acción declarativa de que se trata entre los que se cuenta, como requisito común a la acción reivindicatoria, la adecuada identificación de la finca. La sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1999 establece que **es doctrina reiterada de esta Sala, cuya notoriedad excusa la cita pormenorizada de las resoluciones en que se contiene, la de que la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquel al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que, como cuestión de hecho, es de soberana apreciación por el Tribunal de instancia.**”⁴⁷*

*“...rechaza tal argumento y viene a desestimar la demanda por **falta de identificación de la finca propiedad de los actores** y por falta de titularidad sobre la misma en cuanto el otorgamiento de la escritura pública no supuso en el caso la entrega de la finca en los términos a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil.”⁴⁸*

⁴⁶ STS de 23 de julio de 1991, Roj 4375/1991.

⁴⁷ STS de 16 de octubre de 2006, Roj 6486/2006.

⁴⁸ STS de 25 de febrero de 2010, RJ 2010/1794

Indivisibilidad de lo edificado y el suelo

La construcción extralimitada se refiere únicamente a las edificaciones, “*no en las de plantación o siembra, ya que en éstos no se da la indivisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye... no se da en el caso de la plantación, ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible.*”⁴⁹

Se niega la aplicación de la accesión invertida al ser la construcción: “*en modo alguno indivisible, al estar señaladas las lindes de las diversas comunidades por el punto de colindancia, pudiéndose utilizar los locales, bien por abertura de nuevas puertas, cual se hizo con las ventanas, bien por el interior, desde el portal o hueco de escalera.*”⁵⁰

La construcción en cuestión: “*materialmente indivisible por su situación, finalidad y arquitectura (...) se había construido, con buena fe parte sobre suelo propio y parte en terreno ajeno, un edificio indivisible (...) descansan las doctrinas científica y legal de la accesión en la existencia de una cosa que ha de tenerse por principal y de otra accesoria que al unírsele forma con ella una individualidad.*”⁵¹

“*Sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en los casos de plantación o siembra ya que en éstos no se da la indivisibilidad...; es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo ajeno, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno*

⁴⁹ STS de 22 de marzo de 1996, Roj 1798/1996.

⁵⁰ STS de 27 de octubre de 1986 Roj 5793/1986.

⁵¹ STS de 31 de mayo de 1949

*invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que **no puede considerarse a estos efectos como una unidad indisoluble.***⁵²

Importancia y valor económico de lo edificado superior al suelo invadido.

*“...doctrina de esta Sala sobre la **accesión invertida** parte del presupuesto de que se ha construido un edificio parte en terreno propio y parte en ajeno, y **que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno.**”⁵³*

“...que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido.”⁵⁴

Buena fe del edificante

*“**Es requisito inexcusable** para la aplicación de tal doctrina (accesión invertida) que el que «edifica» invadiendo con su construcción una pequeña parte de terreno ajeno verifique dicha «extralimitación» con base no sólo en **la creencia de que le corresponde el dominio sobre la totalidad del terreno, sino también en la circunstancia de que dicho dominio no ha sido controvertido.**”⁵⁵*

*“El comportamiento de buena fe en la construcción hay que entenderlo no con relación a la terminación de la obra y su desarrollo, sino a **cuando se produjo con efectividad la actividad constructiva.**”⁵⁶*

⁵² STS de 22 de marzo de 1996

⁵³ STS de 14 de marzo de 2001, Roj 2063/2001

⁵⁴ STS de 11 de marzo de 1985, RJ 1985\1137.

⁵⁵ STS de 14 de julio de 1988, Roj 5542/1988.

⁵⁶ STS de 27 de noviembre de 1984, Roj 1818/1984

“Esa bona fides ordinariamente será incompatible con la oportuna oposición del propietario invadido, pero ello no impedirá estimar su concurrencia, a pesar de la actitud opositora, cuando las particulares circunstancias permitan basar la fundada convicción del constructor de que ostenta el dominio sobre el terreno que su antagonista se arroga.”⁵⁷

Momento en el que debe existir la buena fe del invasor

“El comportamiento de buena fe en la construcción, hay que entenderlo no con relación a la terminación de la obra y su desarrollo, sino cuando se produjo con efectividad la actividad constructiva.”⁵⁸

Presunción de buena fe

*“La rigurosa medida de la demolición de lo edificado invadiendo el suelo (o el suelo ajeno) que es lo único pedido por el actor, **solamente puede decretarse en el supuesto de que aparezca probada la mala fe del edificante** (artículo 363 del Código Civil), acerca de cuyo trascendente requisito la sentencia recurrida no hace declaración alguna, al no haber sido dicha cuestión planteada, ni debatida en el proceso. Al no haber la Sala «a quo» declarado expresa, ni tácitamente, que la entidad demandada, hubiera obrado de mala fe, **ha de partirse inexcusablemente de la concurrencia de «bona fides»** en la misma, **ya que la mala fe no se presume nunca, sino que ha de resultar probada**, cuya ausencia (de la mala fe) en el presente supuesto es evidente, ya que la entidad edificante ignoraba haber realizado invasión alguna del suelo ajeno, la cual no pudo siquiera ser constatada «de visu» por el Juez en la prueba de reconocimiento judicial.”⁵⁹*

Mala fe del invasor

“Que de ningún modo puede admitirse con mediado raciocinio el hecho de que el demandado edificó de buena fe, pues su conducta procesal al afirmar que el terreno estaba abandonado y

⁵⁷ STS de 12 de noviembre de 1985, RJ 1985/5582.

⁵⁸ STS de 27 de noviembre de 1984, Roj 1818/1984

⁵⁹ STS de 3 de abril de 1992, Roj 2937/1992.

*baldío ya acredita por sí sola la plena consciencia de no pertenecerle por título idóneo en derecho, mala fe que se acentúa al ser advertido, al hallarse la obra en los cimientos, por tercera persona interesada, con simple esperanza de derechos sucesorios, ante tres testigos de la abusiva ocupación del solar, acusándose aún más en la absolución de posiciones, pues manifiesta que edificó sin contar con el consentimiento de nadie por no ser necesaria, y que nunca se tituló propietario de la parcela antes de construir, pero sí lo es una vez concluido el edificio”.*⁶⁰

*“No puede afirmarse la existencia de buena fe en quien, eludiendo acudir a los cauces procesales, para proceder al deslinde, ante la falta de acuerdo, procede de forma unilateral a deslindar las fincas mediante ese cerramiento de hormigón.”*⁶¹

Mala fe de invasor e invadido

*“Reconociendo y aceptando que actora y demandados procedieron de mala fe y que por consecuencia de ello, los declarados dueños, harán suyo lo edificado, indemnizando su valor como si hubieran procedido de buena fe; todo el problema que el recurso plantea, es el sentido que ha de darse al art. 364, si la expresión «los derechos de uno y otro serán los mismos que si hubieran procedido ambos de buena fe» (...) lleva al convencimiento de que la mala fe recíproca, es la determinante de la solución que da el artículo, y que el precepto establece un criterio de compensación por estimar que la mala fe del uno, neutraliza en justa reciprocidad la del otro, para siempre, quedando patentemente fijado, que lo que hay es mala fe recíproca y siendo así, ésta se neutraliza a los solos efectos de la accesión, pero no la sana de su carácter y la convierte en buena fe, a los demás efectos fijados a la misma por el Código, pues que subsiste como mala fe y le son aplicables todas las consecuencias a ella pertinentes...”*⁶²

Lugar donde se realiza la invasión

⁶⁰ STS de 17 de junio de 1961, RJ 1961/2728

⁶¹ STS de 14 de octubre de 2002, Roj 6701/2002.

⁶² STS de 17 de marzo de 1973, RJ 1973/984.

“CONSIDERANDO que es de tener en cuenta que si bien los casos examinados por las sentencias que sientan la doctrina de la accesión invertida, contemplan supuestos de construcciones que invaden el terreno ajeno, siendo la propiedad del suelo, tanto del vuelo como del subsuelo, esto es, de cuanto está sobre el mismo como por debajo, que encuentra su más significativa expresión en el axioma formulado por los glosadores a base de textos romanos, "cujus est solum ejus est usque ad coelum et usque ad inferos", fundamento de cuanto dice el artículo 350, de nuestro Código Civil, al determinar la extensión objetiva del dominio en sentido vertical, de que "el propietario de un terreno es dueño de su superficie -vuelo- y de lo que está debajo de ella", es de concluir que la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que el subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo.”⁶³

Determinación de la obligación

Hay que estar al: “precio justo que se determinaría en la ejecución de sentencia (...) no por el valor que tuviera al tiempo de la edificación, sino conforme a las bases de equidad que el juzgador sienta para el trámite de ejecución de sentencia.”⁶⁴

Se fija el valor de la indemnización con respecto al que tuviera el suelo “en el momento de interponerse la demanda.”⁶⁵

La indemnización deberá comprender: “el menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida, por imperativo del artículo 1902 del Código.”⁶⁶

⁶³ STS de 10 de diciembre de 1980, Roj 5075/1980

⁶⁴ STS de 27 de noviembre de 1984, RJ 1984/5663.

⁶⁵ STS de 17 de noviembre de 2004

⁶⁶ STS de 29 de julio de 1994, RJ 1994/6305.

“... ha de añadirse el perjuicio inherente a la minusvaloración que la privación de metros haya producido en el solar residual tras la enajenación de la parte invadida.”⁶⁷

“La valoración se efectúa multiplicando los metros de solar invadidos por la construcción (...), por el precio de tasación dado al metro cuadrado (...), a las que agrega el valor del terreno no invadido (...) a los que le aplica, por su imposible destino a edificar, el mismo precio por metro cuadrado.”⁶⁸

*“La adquisición de la propiedad del terreno invadido por el edificante, lleva consigo como contraprestación, **no sólo el abono del precio del terreno ocupado**, a la manera como sucede en el caso del art. 361 del Código, sino **también al de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios** que además se le hubiesen ocasionado al dueño de éste, por imperativo de lo dispuesto en el art. 1902 del Código.”⁶⁹*

“La indemnización reparadora por tal circunstancia ha de comprender todos los daños y perjuicios que además se le hubieren irrogado al dueño del terreno, ha de respetarse el módulo señalado en la sentencia recurrida y en la de primer grado, pero con abono del interés legal que en el decurso del tiempo venga establecido para el precio de aquella forma determinado hasta el de su pago efectivo, incrementado en dos puntos, pues ello es consecuencia necesaria para poder equilibrar los derechos de los afectados por esta institución de creación jurisprudencial en aras del progreso y creación de riqueza.”⁷⁰

⁶⁷ STS de 12 de diciembre de 1995, RJ 1995/9601.

⁶⁸ STS de 25 de abril de 1995, RJ 1995/3548.

⁶⁹ STS de 15 de junio de 1981, RJ 1981/2524

⁷⁰ STS de 8 de noviembre de 1989, RJ 1989/9890

VI. Bibliografía

Árraga Penido M. O.; (2017); “*Invasión parcial de una construcción en terreno ajeno colindante*”; Revista La Ley 2017-B, 1071.

Bueres A. J. (2014) “*Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado.*” Tomo II B. (1a ed.) Buenos Aires. Hammurabi.

Caramelo G. (2015) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.*” Tomo V. (1a Ed). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus.

Clusellas, G.; (2015); “*Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado.*” Tomo 7; 1a. Ed.; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Astrea.

García, A. Z. “*Superficies solo cedit.*” Véase en <https://core.ac.uk/download/pdf/61901294.pdf>

González, J. M. “*La accesión invertida: su problemática en el derecho científico y positivo.*”

Véase en

https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344052418?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1974_0998.pdf&blobheadervalue2=1288775661432

González Porras, J. M.; Méndez González, F. P. (2004) “Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García.” Tomo 1. (1ª Ed.) España. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Gurfinkel de Wendy L. N. (2015) “*Derechos Reales.*” Tomo 1. (2da ed.) Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Kiper, C. (2016) “*Manual de Derechos Reales.*” 1a edición. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni.

Lafaille H. (2010). “*Tratado de los Derechos Reales.*” Tomo II. (2da ed.) Buenos Aires. La Ley.

Lorenzetti R. L. (2015) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.*” Tomo I. 1a edición. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni

Lorenzetti R. L. (2015) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.*” Tomo IX. 1a edición. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni.

Mariani de Vidal M. (1998) “*Curso de Derechos Reales.*” Tomo 1. (5ta ed.) Buenos Aires. Zavalía.

Mariani de Vidal, M. (2016) “*Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*”, Tomo 1. 1a. Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Zavalía.

Martínez, V.; (2011); “*Acción de obra nueva y denuncia de daño temido.*”; publicado en Revista de la Facultad de Derecho de Córdoba, Vol. 2 Núm. 1.

Medina G., Rivera J. (2014) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado.*” Tomo V (1a ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La ley.

Moll de Alba C. (2004) “La edificación en suelo ajeno”. Universitat de Barcelona. Recuperado de www.diposit.ub.edu

Redondo Sánchez M. (2019) “La Construcción Extralimitada”. Tesis de grado en Derecho. Universidad de Valladolid. Recuperado de: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/36682/TFG-D_00780.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ventura G. B.; (2015); “*Código Civil y Comercial: Comentado, Anotado y Concordado*” Tomo 3, Buenos Aires; Astrea.

Ventura, G. B.; (03/10/2016). “*El derecho de dominio en el Código Civil y Comercial de la Nación: Análisis exegetico de los artículos 1941 a 1982 del CCCN.*” recuperado el 15/4/2020 de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-derecho-de-dominio-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-analisis-exegetico-de-los-arts.-1941-y-1982>

Ventura G. V. (2017) “*Invasión de Inmueble Colindante en el Código Civil y Comercial de la Nación.*” Revista La Ley año LXXXI N° 124.

Ventura, G. B.; (10/10/2015); “*Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial*”; Revista La Ley. Recuperado el 15/4/2020 de <http://www.acaderc.org.ar/las-defensas-posesorias-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>

Índice

Resumen	3
I. Introducción	4
II. Capítulo 1: El principio de accesión y su reversión en la accesión invertida.	5
A. Principio de accesión. Noción.	5
B. Marco legal	5
C. Antecedentes en el Derecho Romano	5
1. Superficie solo cedit	5
D. Accesión invertida. Noción.	7
1. La doctrina de la accesión inversa en el Derecho español	8
III. Capítulo 2: Antecedentes legales	11
A. La figura en el derecho comparado	11
1. Venezuela	11
2. Italia	12
3. Alemania.	13
4. Portugal	14
5. Suiza	15
6. Francia	16
B. La figura en el derecho argentino	17
1. Código Civil	17
2. Anteproyectos de reforma legislativa de 1929 (Bibiloni); de 1936 y de 1954	19
3. Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998	20
IV. Capítulo 3: La figura de la invasión de inmueble colindante en el Código Civil y Comercial.	
A. Nociones generales	21
B. Análisis del artículo 1963 CCCN	22
1. Supuesto fáctico	22
2. Comparación con la edificación, siembra y plantación	24
3. Lugar del terreno en que se hace la invasión parcial	24

4.	Estado de la obra	25
5.	Prueba	25
6.	Invasor de buena fe	26
7.	Invasor de mala fe	27
8.	La oposición	28
9.	Facultades del propietario del inmueble que ya sufrió la invasión	29
C.	Defectos legales del artículo 1963	30
1.	La “oposición inmediata”. Falta de plazo legal	30
2.	Posible fraude a la ley	31
3.	Presunción de buena fe	32
V.	Conclusiones	33
	Anexo: Jurisprudencia del Derecho Español	35
VI.	Bibliografía	45



MARÍA PAULA MARISSI

AUTORA

DNI N° 39485620

Legajo N° 15924/4



DRA. NATALÍ PERDÍA

TUTORA