

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU
ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER:

“La edificación en terreno ajeno y sus distintos efectos jurídico -
obligacionales: A propósito de una interpretación sistemática e
histórica de los Arts. 941, 942 y 943 del Código Civil Peruano”.

ASESOR : DR. LEYSSER LUGGI LEON HILARIO

ALUMNO : ROBERTO GALO CASTILLO TORRES

CODIGO : 20112692

Lima, Mayo del 2015



A mis padres por su amor inconmensurable.
A mi esposa Yang Pepi, por su constante comprensión y ternura.

ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I. Perspectiva Histórica.....	10
A. Urbanismo y edificación en Roma.....	11
B. La construcción en suelo ajeno en el Derecho Romano Justiniano: A propósito del principio <i>superficie solo cedit</i>	14
C. El negocio superficiario privado como ejemplo de vigor del principio <i>superficie solo cedit</i>	20
D. La accesión en el Derecho Romano.....	24
E. El iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII.....	26
F. La doctrina de Jean Domat.....	27
G. La sistematización de Joseph Pothier.....	29
Capítulo II. Perspectiva Exegética.....	35
A. El Código Prusiano de 1794.....	35
B. El Código Civil Francés.....	35
C. El Código Civil Peruano de 1852.....	39
D. El Código Civil Peruano de 1936.....	42
E. El Código Civil Peruano de 1984.....	48
Capítulo III. Perspectiva del Derecho Comparado y Jurisprudencial.....	52
A. La construcción en suelo ajeno en el derecho comparado.....	52
A.1 .Italia.....	52
A.2 .Colombia.....	56
A.3 .Chile.....	60
A.4 .Brasil.....	62
A.4 .España.....	64

Capítulo IV. Jurisprudencia Peruana.....	82
Capítulo III. Análisis Dogmático.....	82
A. Fundamentos del principio <i>accessorium sequitur principale</i>	82
B. El principio <i>superficie solo cedit</i> como solución histórica al problema de la construcción en terreno ajeno.....	83
C. El efecto jurídico real principal: A propósito del enfrentamiento entre la teoría que propugna la atribución de la propiedad de manera diferida y la que promueve la automaticidad de la accesión inmobiliaria.	87
D. Efectos jurídico – obligacionales que genera la accesión.....	96
D.1 La doctrina italiana que diferencia entre la <i>indemnità</i> y el <i>risarcimento del danno</i>	97
D.2 Recepción en el Perú de la doctrina italiana que diferencia entre la <i>indemnità</i> y el <i>risarcimento del danno</i>	100
D.3 La necesaria distinción entre la obligación de indemnizar el valor de lo accedido y la de resarcir los daños causados: A propósito de los distintos efectos jurídico – obligacionales regulados en el los artículos 941, 942 y 943 de nuestro Código Civil.....	104
Conclusiones finales.....	109
Bibliografía.....	111

INTRODUCCIÓN

La tarde del pasado cuatro de Enero del año 2008, luego de una estadía de 6 meses – tiempo durante el cual pudieron visitar a sus hijos, nietos y demás familiares, quienes desde hace muchos años radicaban en la ciudad Australiana de Sídney, – la sociedad conyugal Iribarren Montellanos retornó a Lima.

No bien pisaron suelo limeño, enrumbaron hacia a su vivienda ubicada en la urbanización “Las Brisas” del Distrito de Chorrillos. Sin embargo, cuando se disponían a ingresar a su hogar, se percataron de que las chapas habían sido cambiadas. Estupefactos por lo sucedido, procedieron a dirigirse a la comisaría del sector, con el objeto de solicitar apoyo policial.

Cuando retornaron a su vivienda a bordo de un patrullero y acompañados de 2 sub oficiales de la Policía Nacional del Perú, sorpresivamente fueron recibidos por la sociedad conyugal Jeri Kukulis, cuyos integrantes, ambos de nacionalidad chilena, manifestaban ser propietarios del inmueble, el cual a su vez –manifestaban enjundiosamente– lo habían comprado hace 3 meses a la sociedad Noles Cotito. Para acreditar tal situación, exhibieron los documentos referidos a la compraventa y la inscripción en los Registros Públicos.

Encontrándose atónitos frente a los sucesos que se desarrollaban, a la sociedad Iribarren Montellanos no le quedó otra que retirarse del lugar y denunciar la usurpación de la cual habían sido víctimas. Sin embargo, luego de 8 meses de investigación policial y fiscal, su denuncia fue desestimada. El fiscal a cargo concluía que no se había acreditado el despojo de la posesión y que la sociedad Jeri Kukulis contaba con los documentos que acreditaban legítimamente su derecho de propiedad.

Perplejos ante los resultados de la denuncia penal y encontrándose a punto de abandonar una causa que ya daban por perdida, se percataron de un error el cual había desencadenado todo los sucesos trágicos descritos anteriormente.

Inducidos por un yerro descomunal de los técnicos que oportunamente contrataron, habían levantado su edificación en un terreno que no les correspondía. El lote cuya propiedad respaldaba sus documentos, correspondía al Nro. 23 de la Mz. D de la Urb. Las Brisas de Chorrillos; mientras que el lote donde habían construido, correspondía al Nro. 26 de la misma manzana, de la misma urbanización.

Sin perjuicio del recurso de queja de derecho que seguramente debió interponer la sociedad Iribarren Montellanos, frente a la absurda decisión del fiscal que archivó la denuncia por usurpación, cuando los hechos claramente denotaban el despojo de su vivienda; en atención a que todo indicaba que se encontraban frente un supuesto de construcción en suelo ajeno de buena fe, la sociedad perjudicada se vio en la imperiosa obligación de acudir a un estudio de abogados a fin de que estos les brinden una solución.

Así, a fin de poner fin al conflicto de intereses en la vía civil, el caso fue sometido a un análisis jurídico, por parte de los abogados de la firma.

En una primera instancia, estos determinaron que la coexistencia de los derechos de propiedad que ostentaban tener ambas sociedad conyugales en conflicto, no resultaba ser una posibilidad para el derecho, deviniendo en necesario, el despliegue de la accesión, figura jurídica histórica necesaria para la protección de la propiedad, elemento base de nuestro sistema

jurídico, y la protección contra la sobre explotación o la infra explotación del mismo¹. Sobre esta determinación no había discusión.

Sin embargo, en una segunda instancia, cuando el debate se refirió a las consecuencias jurídico obligacionales aplicables al caso, este, cambió de un rumbo pacífico por una acalorada discusión. Para unos, el remedio llamado a operar era el de la indemnización, ello a fin de eliminar el desequilibrio económico acontecido. Para otros, de acreditarse la mala fe por parte del legítimo propietario del suelo, también podía operar un resarcimiento.

Por ello, como quiera que nos encontramos frente a un caso más frecuente de lo que normalmente se piensa, a fin de aplicar los remedios civiles de manera adecuada frente al problema planteado, consideramos pertinente de manera inicial, recurrir a nuestro Código Civil, en donde, dentro de la regulación que se hace de la propiedad, se dedica un capítulo a la accesión como modo de adquirir la misma, dentro del cual, en los Arts. 941, 942 y 943, se regula los supuestos y consecuencias que generan la construcción en suelo ajeno.

Así, en un primer momento, consideramos, se asiste al nacimiento de un efecto de naturaleza real: la accesión industrial y/o inmobiliaria, es decir, la atribución de la propiedad en beneficio del propietario del suelo, o la atribución de la propiedad a favor del constructor mediante la accesión invertida.

En un segundo momento, lo cual planteamos como hipótesis que pretendemos corroborar, en atención a la existencia de buena o mala por parte de los sujetos de la relación jurídica, asistimos a la génesis de efectos jurídico – obligacionales de naturaleza distinta; a saber, indemnizatorios y

¹ ARRIBAS IRAZOLA, Guillermo José, *Diseñando titularidades: El caso de la accesión por construcción en terreno ajeno. Tesis para optar el grado de abogado. Asesor: Alfredo Bullard Gonzales, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2013, p. 8.*

resarcitorios; los cuales son confundidos por un sector mayoritario de la jurisprudencia y doctrina peruanas.

La confusión anotada, generada por diversas razones, dentro de las cuales destaca el incorrecto uso sinonímico de ambos términos, consideramos, conlleva a la aplicación errónea de los remedios civiles aplicables al caso materia de estudio, y a una visión asistemática del derecho civil.

Entonces, a raíz de la confusión detallada y a los equívocos en que esta nos puede hacer incurrir, pretendemos enfocar nuestro análisis, en desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de los efectos jurídico – obligacionales, derivados de la construcción en suelo ajeno.

En ese sentido, procederemos a realizar un estudio dogmático de aquella doctrina que ha contrapuesto al “resarcimiento”, que es el instrumento típico de reparación de los daños, otro remedio que también es aplicable cuando se tiene que hacer frente al sacrificio, menoscabo o lesión de intereses. Así, se tiene que “dicho remedio no sería otro que el de la “indemnización” en la cual se comprenden “todas las hipótesis en las cuales un sujeto esta obligado a una prestación en dinero, como contrapartida de un servicio prestado por otro, o atendiendo al sacrificio permitido por la ley, de un interés ajeno. Se trata de una prestación que apunta a la reintegración, no tanto del patrimonio (globalmente considerado), sino del bien específico (autónomamente considerado)”².

² Así se explica la distinción, entre otros: DISTASO, Arcangelo, “L’indennità” en *Responsabilità civile – Corso di Diritto civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari dal Prof. Michelle Spinelli, vol. I, Editrice Adriatica, Bari, s.f., pp. 191-192*, SCOGNAMIGLIO, Renato, “Indennità” (1962), ahora en *ID. , Scritti giuridici, cit., vol. I, p. 313*, CICCARELLO, Sebastiano, voz “Indennità (diritto privato)”, en *f del diritto, vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1971, p. 105*, SALVI, voz “Risarcimento del danno”, en *Enciclopedia del diritto, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 205-206*, todos citados por LEON, Leysser, *La responsabilità civile, Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Segunda edición corregida y aumentada, Jurista editores, Lima, 2007, p. 500*.

En ese sentido, la investigación pretende establecer y delimitar claramente las diferencias que existen entre los efectos jurídico - obligacionales que se generan a raíz de la construcción en suelo ajeno, estableciendo su naturaleza, fundamento y exigibilidad.

Consideramos conveniente desarrollar la investigación, puesto que con ella, se coadyuvara a explorar fructíferamente un problema práctico, estableciendo y delimitando correctamente los efectos que este genera, pretendiendo dar fin de esta manera al tratamiento superficial y poco claro que ha merecido la jurisprudencia y doctrina nacionales. En efecto, es pertinente mencionar que en el ámbito nacional existen pocas investigaciones efectuadas en torno a los efectos jurídico obligacionales de la construcción en suelo ajeno. Paralelamente, esperamos contribuir con la teoría que viene estableciendo la diferenciación entre ambos términos, con lo cual a su vez, se permitirá generalizar los resultados a principios más amplios, que pueden dar pie a otras investigaciones.

Para ello a fin de analizar el contexto y las circunstancias que han gestado los fenómenos descritos, hemos visto por conveniente, en una primera parte, realizar un estudio histórico comenzando por el Derecho Romano. En este apartado, existe un acápite destinado a realizar un breve análisis del negocio superficiario romano en relación al principio *superficie solo cedit*, necesario para advertir que estos no se contraponen, sino que muy por el contrario, se complementan.

Seguidamente procederemos a realizar un análisis de las Partidas, en donde se advierte que se mantiene la solución romana del principio *accessorius sequitur principale*, de donde nace el fundamento del principio *superficies solo cedit*: la superficie cede al suelo, estableciéndose matices distintos para los efectos obligacionales.

En esa línea del tiempo, llegaremos al iusnaturalismo, en donde para Hugo Grotius, la construcción cede al suelo, en virtud a un principio de derecho natural; obviando por completo cualquier consideración en torno a los efectos jurídico – obligacionales que esta genera.³

Posteriormente en el Derecho Francés anterior al Code Napoleón, el jurista Robert Joseph Pothier, en su famoso “Tratado de Derecho de Dominio de la Propiedad (1772) desarrolla un esquema de los supuestos que contemplan a la accesión, dentro de los cuales se encuentra la construcción en suelo ajeno y frente a este supuesto, manifiesta que el propietario del terreno debe reembolsar el coste de lo edificado.⁴

Así, se tiene que los planteamientos de Pothier, son el punto de partida de toda doctrina posterior; así como de las legislaciones venideras que regulan de una u otra manera la edificación en terreno ajeno, dentro de las cuales no estamos exentos.

En el ámbito nacional, si bien es cierto, se dice que el Código Civil Peruano de 1852, constituye el primer cuerpo legal americano que se independizó del modelo del *Code Napoleón*, el que hasta ese entonces, continuaba siendo “copiado” de manera invariable en todo el continente. Esta “independencia” no se dio, en lo que respecta a la regulación de la construcción en suelo ajeno y sus efectos, ya que la esencia francesa se mantiene.

³ GROTIUS, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. directa del original latino por Jaime Rorrubiano Ripoll. Tomo II. Madrid: Reus, 1925, p. 139.

⁴ POTHIER, Robert-Joseph, *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, trad. de Manuel Deó, anotado y concordado con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República de Argentina, Guatemala, México y Uruguay por Antonio Elías de Molins. Barcelona, 1882, pp. 7 y ss.

Este cuerpo legal, de manera genérica trata de la accesión en su libro II, titulado, *De las Cosas: del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ella*; y de manera específica en la sección segunda denominada: *De los modos naturales de adquirir el dominio*, regula el problema de la construcción en suelo ajeno y sus consecuencias.

Esta posición fue trasladada al Código Civil de 1936, con algunas modificaciones que desnaturalizaron la esencia y finalidad de las soluciones que ya el Código de 1852 había propuesto. Frente a ello, la crítica de la profesora Lucrecia Maisch Von Humboldt no se hizo esperar, quien anotaba que en este código además de haberse reducido cuantitativamente sus artículos, también existía una reducción cualitativa en comparación a su antecesor.⁵

Así, llegaremos al Código Civil de 1984, en donde se trata de enmendar los errores de su predecesor, no obstante consideramos se mantienen algunos yerros, frente a las cuales la doctrina, la jurisprudencia y la comunidad académica en general, debemos intentar solucionar, o por lo menos intentarlo.

Seguidamente, procederemos a realizar un análisis dogmático de la construcción en suelo ajeno como fenómeno jurídico, generador de distintos efectos.

Un aspecto relevante que merece un análisis profundo, es el de la buena o mala fe del edificante, la cual resulta trascendental, en la medida que en virtud a esta condición, se otorgan diferentes remedios a los sujetos de derecho.

⁵ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *De los derechos reales, proyecto para un nuevo libro cuarto del Código Civil y exposición de motivos*. Lima: Editorial Desarrollo S.A., 1982, p. 15.

Los argumentos esgrimidos en esta parte de la investigación, nos servirán de respuesta a la interrogante que motiva la investigación: ¿Los efectos jurídico obligacionales que genera la construcción en suelo ajeno: indemnización o resarcimiento, responden a naturalezas distintas?

En el afán denotado, se recurrirá a los clásicos de la doctrina civilista, dentro de los cuales destaca el celebre profesor de la Universidad de Perugia - Italia, Adriano De Cupis, quien en el año 1946, fecha en que vio por primera vez la luz la *Teoría general del daño*, se preguntaba si dentro de la responsabilidad era oportuno distinguir la indemnización, del resarcimiento⁶.

De igual forma, superando la dificultad que nos plantea la lectura de textos escritos en italiano, procederemos a realizar un estudio de la doctrina italiana contemporánea que auspicia el debate en torno a la diferenciación entre “indemnización” y “resarcimiento”.

En el ámbito local, los profesores Leysser León y Rómulo Morales, en diversos artículos publicados en el medio, así como en el libro “*La responsabilidad civil, líneas fundamentales y nuevas perspectivas*” del primero, ya han delimitado las directrices por las cuales deben discurrir los razonamientos en torno a la citada diferencia, estableciendo que existen diversos supuestos como la expropiación, los contratos de seguros, la disolución del vínculo matrimonial en detrimento de uno de los cónyuges, entre otros, que generan obligaciones de naturaleza meramente indemnizatoria y no resarcitoria, como se pensaba y se sigue pensando algunas veces, de manera errónea.⁷

⁶ DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducción de la segunda edición italiana a cargo de Ángel Martínez Sarrión*, Barcelona: Bosch. 1970, pp. 759-762.

⁷ Así, en el plano nacional, explican la distinción LEON, Leysser, *La responsabilidad civil, Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit. op., pp. 409 y ss., y MORALES, Rómulo, *Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del conyuge débil*

Resulta interesante precisar que, con motivo de la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación Nro. 4664-2010-Puno del 18 de Marzo del 2011), en un intento de eliminar en nuestro medio, las inexactitudes conceptuales producto de la sinonimia legislativa, el profesor Leysser León, llamado a informar en calidad de “*Amicus Curiae*”, esgrimió las consideraciones por las cuales, en el sistema peruano, se debe realizar una clara diferenciación entre estos dos conceptos. Sin embargo, pese a ello, la jurisprudencia emanada de nuestra Corte Suprema, una vez más, incurrió en graves inexactitudes conceptuales.

Bajo esas consideraciones, como hipótesis de la investigación se propone que los efectos jurídico – obligacionales, generados por la construcción en suelo ajeno, obedecen a naturalezas distintas. Tal es así que cuando existe buena fe, se genera una obligación de naturaleza indemnizatoria destinada a compensar el valor de la construcción accedida y/o en su defecto a compensar el valor del inmueble accedido vía la figura de la accesión invertida. Mientras que, cuando existe mala fe, el efecto jurídico obligatorio que genera la conducta ilícita del constructor, obedece al resarcimiento del daño como función de la responsabilidad civil, pudiendo también generarse un resarcimiento *in natura* mediante la demolición de lo construido.

en el tercer pleno casatorio, en Dialogo con la Jurisprudencia, Nro. 153, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 47 y ss.

CAPÍTULO I. PERSPECTIVA HISTÓRICA

No podríamos iniciar el desarrollo de la presente tesis, sin previamente citar al ilustre profesor Fernando De Trazegnies, quien señalaba: “... *Las instituciones jurídicas no son soluciones universales a determinados problemas sino intentos históricos de dar una respuesta jurídica a problemas cuya raíz es a veces – no siempre – universal*”⁸. De lo transcrito, podemos precisar que estos intentos circunstanciados, obedecen a la utilización variada de los conocimientos y técnicas de cada época determinada y todos se encuentran encauzados a otorgar cada vez una mejor solución a los problemas de relevancia jurídica que se presentan en nuestras sociedades. Por ello, como una premisa lógica preliminar, podemos afirmar que la construcción en suelo ajeno, como supuesto problemático de relevancia jurídica, ha existido en diversas épocas de nuestra historia; sin embargo, las soluciones que el derecho ha propuesto frente a este problema, han dependido históricamente de las ideas, medios y circunstancias de cada época.

En ese sentido, consientes de que uno de los grandes problemas del derecho civil tiene que ver con el estudio aislado de sus conceptos, la extrema abstracción y el alejamiento forzado de la realidad; intentaremos evitar estos errores y vislumbrar el sentido práctico de las soluciones jurídicas planteadas históricamente frente a la problemática que es materia de estudio. Por ello, coincidimos absolutamente con lo señalado por el profesor Martin Mejorada, quien razonablemente incide en el hecho de que apreciar la secuencia es indispensable para explicar el contenido y alcance de las figuras jurídicas.⁹

⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen IV, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 28.*

⁹ MEJORADA CHAUCA, Martin, “*La superficie a la luz de la accesión y los integrantes*” en *IUS ET VERITAS*, Nro. 44. Lima, p. 96.

Para lograr esta empresa, debemos remontarnos a las épocas del Derecho Romano, no sin antes, citar al maestro de la pandectista alemana Caspar Rudolf von Ihering, quien en referencia a la importancia histórica del mismo – con extremo acierto – señalaba:

“Tres veces Roma dicto leyes al mundo y sirvió de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado romano en la plenitud de su poderío; luego, por la unidad de la Iglesia a la caída del imperio; finalmente, por la unidad del derecho al ser adoptado el de Roma en la Edad Media. La importancia y misión de Roma en la historia se resumen en que representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades. Los males sufridos por los pueblos bajo las cadenas romanas se han trocado en ventajas para la historia y los pueblos. Gracias a Roma fue restaurada la unidad del antiguo mundo; por haberse reunido en Roma los hijos de la vieja civilización fue posible la nueva civilización cristiana. Sin el centralismo de la Roma pagana no habría nacido la Roma cristiana.”¹⁰

En esta línea, a la luz del derecho romano, consideramos pertinente realizar un análisis de las circunstancias, los principios y fundamentos que respaldan y dieron origen a lo que hoy conocemos como el instituto jurídico de la accesión, para posteriormente establecer la secuencia que explica los contenidos y alcances de esta figura jurídica, y finalmente entender el afán práctico de su creación.

A. URBANISMO Y EDIFICACION EN ROMA

Para poder entender la operatividad práctica del principio *superficie solo cedit* en el Derecho Romano como solución a la problemática de la construcción en suelo ajeno, es útil realizar un breve análisis histórico de las diversas

¹⁰ VON IHERING R. “El Espíritu del Derecho Romano”. Traducción por Fernando Vela, Revista de Occidente, Madrid 1962, Segunda Edición, p. 13.

circunstancias que permitieron el rápido desarrollo de la urbe romana y los problemas que esto generó.

Bajo este marco de ideas, debemos comenzar por entender que la civilización romana fue una civilización urbana, por ello, no es ajena a conceptos como: ciudadanos, ciudad y urbe. Estos son los pilares del nacimiento de una civilización por antonomasia netamente urbana. Todo este urbanismo, planificado, ordenado y meditado fue diseñado por dirigentes romanos, ingenieros y arquitectos.

Así, el desarrollo urbanístico de Roma, municipios y ciudades, auspiciados por razones políticas, demográficas, financieras, religiosas, etc, generó fenómenos migratorios y amplio desarrollo comercial. En la Roma imperial tal situación se ve agravada, producto de la migración de la población rural romana, hacia la urbe.

Este escenario motivó a que las autoridades romanas, procedan a desarrollar determinada vigilancia y control en cuando a la demarcación urbanística y calificación jurídica de los distintos tipos de suelos.¹¹ Así, se crea un poder para explotar fiscal, financiera y administrativamente el suelo romano. Por ello, con justa razón se precisa que a partir del siglo III a.c., diversos empresarios romanos, de forma privada promovieron distintos negocios urbanísticos, lo cual demandó suelo constructivo. Un ejemplo claro es el fenómeno de explotación de la *insulae*.¹²

¹¹ MENTXAKA, R. "Praedia Rustica, Praedia Urbana. Consideraciones sobre los criterios distintivos en Derecho Clásico", RIDA 33, 1986, p. 149.

¹² En referencia a las *insulas* romanas, se precisa que estos eran edificios de 3 a 5 plantas, construidos en un principio de adobe y madera, pero que luego fueron evolucionando a edificios de ladrillo cocido y concreto. Los departamentos se amontonaban unos con otros, eran de planta cuadrada y no poseían un patio interior lo que les otorgaba un complicado acceso. Poseían balcones y ventanas sin vidrio, que oportunamente eran tapiadas con madera durante el invierno para evitar el paso del frío. Simples, rústicos y monótonos hacían que, por la falta de regulación, muchas veces se convirtieran en laberintos de escaleras verticales. La gran mayoría de las *insulas* carecían de agua potable y baños, lo que obligaba a la gente a acudir a baños

El aumento desmesurado del número de población en las urbes y el flujo constante de inmigrantes a los grandes centros de gobierno, originaron la construcción de una multitud de edificios de 3 o 4 plantas aproximadamente¹³. Por ende, era vital la intervención del derecho para regular los dos tipos de construcciones existentes en ese momento. A saber: la edificación de murallas y obras públicas, y la obra de los particulares.

Sin embargo, durante el decaimiento del imperio romano la movilización a las urbes se ve afectada. Tal es así que en el año 539 d.C., el Emperador Justiniano, en el afán de mantener vivos los centros urbanos y fomentar la construcción privada, pretendió controlar los movimientos migratorios con una constitución dirigida al Cuestor, tratando de evitar la despoblación de las ciudades. De igual forma, incentivó la fortificación de las ciudades mediante el otorgamiento de licencias de obras privadas nuevas, construcción o reparación de casas, dándole a las hipotecas, para ello convenidas, el carácter de privilegiadas, tal y como se estableció en una constitución dirigida al Prefecto de los Pretorios de Oriente¹⁴.

públicos y fuentes en el mejor de los casos; o directamente las ventanas durante el invierno o las noches, muy al pesar de los peatones.

No todos los departamentos tenían la misma calidad, en comodidades. Como mencionamos los primeros, en el nivel del suelo, eran utilizados como negocios. Los del siguiente piso eran departamentos usualmente más costosos que los demás y se consideraban departamentos de lujo. La mayoría de los habitantes de las insulas pagaban un alquiler. Esto se daba por la característica en la construcción de estos edificios, los cuales eran levantados por un hombre de negocios que buscaba especular con este. Por esta razón era muy difícil encontrar un departamento a la venta o de dueño único. En las más amontonadas era significativamente difícil el acceso a los departamentos, generalmente una persona tendría que pasar por departamentos anteriores para llegar al suyo. Texto consultado el 10 de Abril del 2014 en la página web:

(<http://www.imperium.org/articulos/insula.html>)

¹³ RODRIGUEZ LOPEZ, Rosalía. "Urbanismo y Derecho en el Imperio de Justiniano (527 – 565 D.C.). Material de Enseñanza". Dykinson, 2012, p. 92. Consulta 23 de Junio de 2013. <http://vlex.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/vid/urbanismo-provincias-410514906#fne_241>

¹⁴ *Ibidem* p. 95

En suma, la información que los textos consultados nos proporcionan, nos advierten de un “afán constructivo romano” que, evidentemente generaba conflictos y por ende mereció una pronunciación del derecho romano¹⁵.

B. LA CONSTRUCCION EN SUELO AJENO EN EL DERECHO ROMANO JUSTINIANO: A PROPOSITO DEL PRINCIPIO *SUPERFICIE SOLO CEDIT*

Existe un principio elemental que data desde el imperio romano y que reza de la siguiente manera: “*Accesorium sequitur principale*”. En nuestro medio, este principio lógico general se traduce como: “Lo accesorio sigue a lo principal”.

Por el propio sentido común que lo inspira, el campo de aplicación de este principio en el Derecho Romano abarcaba el derecho de obligaciones, contratos, legados, etc.

En el campo que nos interesa, este principio a su vez inspiró otro de similar naturaleza, el cual fue conocido por los romanos como: “*superficie solo cedit*”.

A su vez, este principio sirvió de fundamento para solucionar diversos supuestos conflictivos. Así nos lo explica la Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, María Nuñez Boluda, quien señala que en el Derecho Romano se encuentran textos que:

“resuelven el conflicto de edificación en suelo ajeno con materiales propios, en forma similar a las que resuelven el de la edificación en suelo propio con materiales ajenos. Disponen la atribución de la propiedad del todo al propietario del suelo, con fundamento en el principio superficies solo cedit; la posibilidad del dueño de los materiales de percibir una indemnización, y la posibilidad

¹⁵ PARICIO SERRANO, J., “La denuncia de obra nueva en derecho justiniano”, *Sodalitas. Studi in onore Guarino 5 (Nápoli 1984) pp. 2087 ss, citado por RODRIGUEZ LOPEZ, Rosalia. cit. Op. P. 122.*

*también de recuperar los materiales si, no habiendo cobrado indemnización, persisten después de arruinado el edificio. Todo salvo algunas excepciones y la incidencia de mala fe en el edificante”.*¹⁶

Resolviendo con justicia y certeza un problema poco frecuente, los romanos dispusieron que la propiedad del suelo se extienda a la construcción realizada sobre él, convirtiendo en un todo la edificación y el suelo mediante la “adquisición por *inaedificatio*, en aplicación del inveterado principio “*superficies solo cedit*”.

Dentro de los textos que cobran relevancia para los efectos de la investigación, en el Digesto encontramos el fragmento de Gayo: “*Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est; et si scit, alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae competit. Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit esse solum, et tamquam in suo bona fide aedificavit; nam si scit, culpa eim obiici potest, quod temeré aedificavit in eo solo, quod intelligere alienum*”.

La traducción según A. D’ors es la que sigue: “*Por el contrario, si uno hubiera edificado con materiales suyos en un solar ajeno, el edificio se hace del propietario del suelo, y si sabe que no le pertenece el solar, se entiende que ha perdido la propiedad de los materiales, por que quiso, y así, ni siquiera al derribarse el edificio le compete la reivindicatoria de los materiales. En verdad, si el propietario del solar reclama el edificio y no abona el precio de los materiales y los jornales de los albañiles, podrá ser rechazado por la excepción de dolo malo, siempre que el constructor no sepa que el solar es ajeno y ha edificado de buena fe como si lo hiciera en solar propio; porque si lo sabe*

¹⁶ NUÑEZ BOLUDA, María. *cit. op.*, p. 109.

puede inculpársele de haber edificado en aquel solar que el sabía que no era suyo” (D. 41, 1, 7 12).¹⁷

Del fragmento citado, advertimos que en el Derecho Romano, se prevé la construcción en suelo ajeno como un supuesto de hecho claramente delimitado, cuyas consecuencias para el constructor, son diferentes en tanto este haya actuado de buena o mala fe. En el primer caso, se dice que el propietario del suelo deberá previamente abonar el precio de los materiales y los jornales de los albañiles, por cuanto de lo contrario, su acción deberá ser rechazada por dolo malo. En el segundo caso, el constructor pierde todo derecho sobre los materiales, operando únicamente la accesión industrial o inmobiliaria. Es de resaltar la importancia que desde tiempos pretéritos se le ha brindado a la buena fe. En este supuesto ligada al desconocimiento por parte del edificante respecto a la ajenidad del bien.

Esta resulta ser la única alusión directa del Digesto en torno a la edificación en suelo ajeno. Existen otras referencias respecto a la construcción en suelo propio con materiales ajenos, sin embargo, atendiendo a que los efectos resultan ser similares a los ya expuestos, no procederemos a realizar un análisis de este supuesto (D. 41, 1, 7, 10).

Existen otros fragmentos que también son ilustradores. A decir nuestro, contienen los principios claves y elementales que deberemos tener en cuenta durante el decurso de nuestra investigación. Estos son los siguientes: i) que toda cosa accesoria sigue el destino de la cosa principal (*accessio cedit principali*; D. 34,2,19,13) y ii) que la tierra es considerada siempre cosa principal y por lo tanto las otras cosas acceden a ella (*omne quod inaedificatur solo cedit*; D. 41,1,7,10).

¹⁷ Así lo traduce D`ORS, Alvaro. “El digesto de Justiniano”. Tomo II. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1975. p. 286

Existe en el digesto un fragmento de Paul esclarecedor y cuyo contenido textual se transcribe a continuación:

*“Respondió Paulo que el que hubiere construido un edificio en suelo ajeno solo puede conseguir que le paguen los gastos si se halla en posesión y el propietario del terreno vindica de él su propiedad; es decir: mediante la excepción de dolo malo que puede interponer” (D. 44, 4, 14)*¹⁸

Advertimos de este fragmento una tácita vigencia del principio *superficie solo cedit*, y una expresa mención a los derechos propios de la persona que construye en suelo ajeno, quien, encontrándose en posesión del bien, mediante la excepción de dolo malo, podía pedir que el propietario del suelo le pague los gastos incurridos en la construcción.

De igual forma, en el Código de Justiniano, existe un rescripto de Antonino a Aristeneto, el cual es traducido por García Del Corral, de la siguiente manera:

*“Si puedes probar que te pertenece la parte inferior del edificio, que está unida al suelo, no hay duda de que acreció a tu dominio la que tu vecino construyó sobre ella. Pero también te pertenece de derecho la que se edificó en suelo tuyo, mientras permanece en el mismo estado. Más si hubiere sido demolido, los materiales vuelven al primitivo dueño, ya que haya sido levantado de buena, ya de mala fe, el edificio, sino se levantaron los edificios en suelo ajeno con ánimo de donación” (C. 3, 32, 2).*¹⁹

El rescripto transcrito literalmente, plantea soluciones a un supuesto bastante frecuente en nuestros tiempos, referido a la construcción parcial en suelo ajeno. Así, se dice que frente a una construcción parcial el vecino propietario del suelo podía hacer suya las construcciones, salvo que estas hubiesen sido

¹⁸ D`ORS, Alvaro. *Op. Cit.* p. 469. (cfr. *Dig. 12, 6, 33; Dig. 44, 4, 14; Dig. 6, 1, 59*).

¹⁹ La cita se encuentra en el libro de la profesora NUÑEZ BOLUDA, María. *La accesión en las edificaciones. Cit. Op.* p. 114.

demolidas, retornando los materiales al dueño primigenio. Económicamente, hoy en día esta solución no es la más viable, pero entendemos que por la naturaleza de algunas construcciones en Roma, reprimar el estado de cosas, hasta antes de la construcciones y remover los materiales, en algunas oportunidades era lo más factible.

En relación a los textos romanos y al supuesto de hecho tratado, Bonfante nos advierte que:

*“en el Derecho Clásico los criterios para la determinación de la cosa principal variaban, entre las dos escuelas; para los Sabinianos la cosa principal era la de mayor volumen, o por lo menos de mayor valor; para los Proculianos, cuya doctrina puede considerarse traspasada al Derecho Justiniano, la cosa principal era la que determina la esencia, o sea, como diríamos nosotros, la función social del todo; por lo cual, entre cosas homogéneas ellos no reconocen la accesión”.*²⁰

Anota dicho autor que a su parecer no existía tal controversia. Independientemente de ello, consideramos que hoy en día, este podría ser un buen punto de partida, para poder entender quien es el beneficiado por la accesión. Conscientes de que contemporáneamente, existen muchos edificios que superan el valor del suelo, la solución clásica que nos ofrece el principio “*superficie solo cedit*”, en algunos casos debe ser inaplicada y remplazada por una suerte de principio en donde el valor de la cosa, sea el que determine quien es el beneficiado con la accesión, salvo que se compruebe la mala fe del constructor.

En cuanto a las accesiones de muebles a inmueble – este autor señala – que se cuentan *la satio, la implantatio, la inaedificatio*.²¹

²⁰ BONFANTE, Pedro. “*Instituciones de Derecho Romano*” (traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andres Larrosa). Tercera Edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1965. p. 260.

²¹ *Ibidem*. Pág. 263.

Así, establece que para la *inaedificatio* accede el edificio al suelo, merced al principio romano: “*Natura o iure naturali superficies solo cedit, o aedificium solo cedit, omne quod inaedificatur solo cedit*”. Según resulta de los adagios expuestos, tal y conforme lo señalamos en la introducción de este acápite, éste es un principio absoluto y connatural a la esencia del dominio en el pensamiento de los romanos, no una mera presunción, como entre nosotros.²²

En cuanto a la posible separación de los bienes accedidos, BONFANTE enseña que:

*“a pesar de aquel principio, según el cual no se tolera propiedad separada del suelo y del edificio situado sobre el suelo mismo es preciso advertir que puede pedir la separación, cuando no solamente no hay más que mera conjunción mecánica, sino a veces, como en las tejas, cuando no hay más mera adhesión por contacto. La inseparabilidad fue sancionada por un precepto positivo de las XII Tablas”.*²³

Debemos precisar, en cuanto a la mera conjunción mecánica, que esta puede presentarse inusualmente en las edificaciones. Sin embargo, en definitiva, no resulta ser regla común.

En ese sentido, del reconocimiento realizado, podemos llegar a colegir en una primera instancia la utilidad práctica del principio *superficie solo cedit*, contenido en diversas fuentes romanas y merced al cual, toda superficie cede al suelo; y en segunda instancia que, en el Derecho Romano las consecuencias jurídico obligacionales derivadas de la construcción en suelo ajeno, no se encontraban debidamente diferenciadas y obedecían básicamente a soluciones prácticas que buscaban, de alguna u otra forma, otorgar equilibrio y solución a supuestos de hechos concretos. Ello podría responder a la

²² *Ibidem*. Pág. 264

²³ *Ibidem*. Pág. 264

pregunta de ¿por qué los romanos no concibieron a la accesión como una figura jurídica unitaria? tal y conforme lo desarrollaremos posteriormente.

Sin embargo, en el afán de posibilitar el desarrollo inmobiliario de la urbe romana, lo cual ya describimos anteriormente, este principio tuvo que flexibilizarse mediante la creación del negocio jurídico superficiario.

C. EL NEGOCIO SUPERFICIARIO PRIVADO COMO EJEMPLO DE VIGOR DEL PRINCIPIO *SUPERFICIE SOLO CEDIT*.

Para entender la vigencia en el derecho romano del principio *superficie solo cedit*, es necesario tener en cuenta que el concepto absoluto del *dominium*, fue la razón por la cual el Derecho Civil en Roma no pudo comprender como entidades jurídicas diferentes al solar y la superficie

Sin embargo, también se debe precisar que la propiedad vertical suelo-superficie, explica de manera clara la existencia del negocio superficiario en suelo ajeno como una institución originaria del Derecho Romano. Así, desde la óptica privada, los negocios superficiarios privados, permitieron disociar el suelo de la superficie a favor de diferentes personas.

En esta línea, SUÁREZ BLÁZQUEZ, sostiene que:

“En la historia jurídica civil de Roma, inicialmente superficiario es el promotor que edifica y disfruta del inmueble superficiario creado en superficie, es decir, un edificio superficiario en suelo ajeno, a cambio del pago de un tributo, o pensión, sin embargo, el desarrollo paulatino del negocio de la superficie en el comercio de los hombres creó la facultad de traspasar el derecho, inter-vivos y mortis-causa, y permitió que se considerase superficiario no sólo al conductor, promotor-constructor, sino también al adquirente, por algún título jurídico lícito,

*del edificio superficiario, público o privado.*²⁴ En esta línea, sostenemos que la superficie en el derecho romano es un derecho de naturaleza personal que se liga al *dominus soli* y al superficiario. Sin embargo, “*para otros, la superficie es un derecho real limitado en cosa ajena, autónomo, que se forma, paulatinamente por la actividad jurisdiccional de los pretores y de la jurisprudencia, a lo largo de la época clásica de Roma, y no faltan quienes sostienen que la institución constituye un supuesto de usufructo*”.²⁵

Por ello, se dice con bastante acierto que: La propiedad vertical suelo – superficie, es una manifestación clara del principio *superficie solo cedit*, y esta concepción jurídica vertical fue conocida y admitida por la jurisprudencia y los pretores.²⁶

En ese orden de ideas, se tiene que, la propiedad superficiaria no es una propiedad independiente del suelo, toda vez que la propiedad únicamente le corresponde al *dominus soli*, tanto si este construye en un solar de su propiedad como si un tercero promotor superficiario construye en él.²⁷

El negocio superficiario privado comienza a desarrollarse a partir de la protección real concedida por el pretor. Para entender la magnitud del problema y solución debemos interrogarnos ¿Cómo podían los promotores construir un edificio de 6 o 7 plantas (ínsulas superficiarias)²⁸, invirtiendo gran parte de su dinero, sabiendo que toda esta construcción, en aplicación del principio *superficie solo cedit*, se hacía de propiedad del *dominus soli*?

²⁴ SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, *Roma: edificación en altura. El negocio urbanístico inmobiliario de la superficie en el Derecho Clásico (Parte I)*, en *Revista de Derecho vLex*, Nro. 85, Octubre 2010, p. 13.

²⁵ SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, *Cit. Op.* p. 26.

²⁶ *Ibidem.* P. 67

²⁷ *Ibidem* p. 66.

²⁸ D. 43,16,1,5

Esta interrogante nos advierte de una serie de problemas en el negocio superficiario privado, los cuales se presentan, si y solo si, aplicamos e interpretamos rígidamente el principio general *superficie solo cedit*.

Frente a esta posibilidad errónea, el derecho romano a fin de regular las situaciones y relaciones jurídicas presentadas, posibilitó la creación del negocio superficiario privado, lo cual aunado a la tutela pretoria y a la evolución jurisprudencial, otorgó forma jurídica definitiva a la institución superficiaria.

Así, debido a la protección de los juristas y pretores romanos, el negocio superficiario privado constituido mediante un negocio sinalagmático privado, se convierte en una entidad jurídico – económica, objeto de un negocio entre diversas personas que integraban una relación jurídica. Algunos párrafos del Digesto, son ilustradores al respecto cuando señalan: SUPERFICIE EST NEGOTIO²⁹, IN RE ALIENA QUIA SUPERFICIE EST IN SOLO ALIENO³⁰.

Entonces, se tiene que el locador es el *dominus soli*, pero sin embargo producto del contrato y la clausula sinalagmática de superficie³¹, el superficiario es el conductor del suelo y lo construido sobre ella. Así este puede detentar del suelo para construir un edificio sobre él, usarlo, disfrutarlo y disponer del edificio, durante el plazo pactado, a cambio de pagar una pensión periódica. Según informan las fuentes, la compraventa de edificios colectivos era un negocio frecuente³². Y por demás esta decirlo, las inversiones que se realizaban eran cuantiosas.

La transmisión de predios y edificios superficiarios, generó la intervención de terceros, rompiendo así la relación civil interna entre dominus soli y superficiario.

²⁹ D. 19, 2, 35

³⁰ D. 6, 1, 74

³¹ D. 43, 18, 1

³² D. 6, 2, 11, 10

Esta situación generó el apoyo jurídico del magistrado romano para desarrollar el negocio de la superficie y con ello, generar crecimiento económico en el mercado inmobiliario romano. En ese orden de ideas, el profesor SUAREZ BLÁZQUEZ, anota que: “el superficario es titular de una posesión superficaria *uti/frui*, protegida en vía jurisdiccional útil, excluida de la *usucapio*; *possessio* que es diferente de la posesión civil del *dominus* sobre el suelo y su edificio, como lo pone de manifiesto, que frente a la protección del INTERDICTO UTI POSSIDETIS en favor del *dominus soli*, la creación de un interdicto propio y específico para el superficario, INTERDICTO DE SUPERFICIEBUS. Tutela que nació para hacer viable y para desarrollar el tráfico jurídico inmobiliario, es decir, el negocio especulativo inter-vivos, mediante compra y venta, de la posesión de edificios superficarios en altura, o superficie privada en suelo ajeno”.³³

En suma, podemos colegir que la superficie en el derecho romano, sigue la condición jurídica del suelo, en operancia del principio *superficie solo cedit*, pero el efecto de accesión que genera este principio, no alcanza al valor económico del mismo. Es decir, el principio de absorción no se extiende al valor económico resultante del uso privado de lo construido. En otras palabras, el superficario es quien vende el uso de lo construido y cobra por la transferencia al comprador de la superficie.

Entonces, al generar el negocio jurídico superficario romano únicamente derechos personales, no se contrapone al principio *superficie solo cedit*, sino que muy por el contrario le otorga vigencia. Si los romanos hubieran razonado de manera inversa, aplicando dicho principio de manera rígida, sin lugar a dudas podemos aseverar que esto hubiera generado un menoscabo en el desarrollo de los negocios inmobiliarios urbanísticos.

³³ *Ibidem* p. 111

D. LA ACCESION EN EL DERECHO ROMANO

La profesora de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, en un artículo extenso destinado a la investigación de la formación histórica del modo de adquirir denominado “accesión”, nos enseña que:

“... un modo de adquirir unitario semejante a nuestra accesión, no existió en el Derecho romano. El término accessio, aunque pertenece al lenguaje de los juristas, lo mismo que el verbo accedere, carece de sentido técnico. Aquellos conocen, por cierto, y estudian los tipos específicos antes señalados que ahora agrupamos bajo el manto común de la accesión, sólo que en sucesión ininterrumpida y a veces entremezclada con los tipos específicos de la ocupación”.³⁴

A este respecto, consideramos que es correcto sostener lo señalado, en la medida que, este razonamiento encuentra un sustento razonable si se tiene en cuenta que el Derecho Romano Justiniano, se caracterizó precisamente por la practicidad de su razonamiento, alejada de la construcción de dogmas y teorías abstractas. Bajo esa premisa lógica, se entiende diáfananamente el por qué no existió por parte de los juristas romanos, un intento por separar de manera clara las figuras que obedecen propiamente a la ocupación de aquellas que obedecen a lo que hoy conocemos como accesión. Y menos por esquematizarlas y contemplarlas bajo un concepto general.

En el Derecho Romano Justiniano, los tipos específicos que hoy los agrupamos bajo el nombre de accesión, fueron analizados en las diversas exposiciones relativas a los modos de adquirir el dominio. Sin embargo, como se ha precisado, no existió el afán de esquematizar los mismos, agrupándolos bajo un concepto general que caracterice al fenómeno y advierta de la generalidad del efecto que genera la accesión.

³⁴ LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca, “La formación histórica del modo de adquirir denominado “accesión”: Revista de Derecho Nro. XXIX, 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2o semestre, p.62.

En cuanto a las *Institutiones* de Justiniano, los diversos tipos específicos fueron articulados sobre la base de las *Res cottidianae*, con algunos fragmentos extraídos de las *Institutiones* de Gayo y de Florentino. Se inicia la exposición en I. 2, 1, 11, *De rerum divisione*, y se expresa: “*Singulorum autem hominum multis modis res fiunt*”³⁵ (“Las cosas se hacen de los particulares de muchas maneras”).³⁶

Así se tiene que desde el párrafo 12 hasta el 39, se analiza los diversos supuesto de ocupación de y de las llamadas accesiones en forma interrumpida. El análisis es realizado en el siguiente orden: La ocupación de animales salvajes³⁷, de *res hostiles*³⁸ y de las cosas halladas en la costa del mar³⁹; la adquisición de las crías de animales⁴⁰, el aluvión⁴¹, la avulsión⁴², la ocupación de la isla nacida en el mar y la adquisición de la isla nacida en un río público⁴³; el *alveus derelictus*⁴⁴, la especificación⁴⁵, la textura⁴⁶, la confusión y conmixtión de fungibles⁴⁷, la edificación⁴⁸, la plantación⁴⁹, la *scriptura*⁵⁰, la *tabula picta*⁵¹, la adquisición de frutos⁵² y el tesoro⁵³.

³⁵ I. 2, 1, 11 *pr.*

³⁶ LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca, *cit. op.* p. 64.

³⁷ I. 2, 1, 12-16.

³⁸ I. 2, 1, 17.

³⁹ I. 2, 1, 18.

⁴⁰ I. 2, 1, 19.

⁴¹ I. 2, 1, 20.

⁴² I. 2, 1, 21.

⁴³ I. 2, 1, 22.

⁴⁴ I. 2, 1, 23.

⁴⁵ I. 2, 1, 25.

⁴⁶ I. 2, 1, 26.

⁴⁷ I. 2, 1, 27 y 28.

⁴⁸ I. 2, 1, 29 y 30

⁴⁹ I. 2, 1, 31 y 32.

⁵⁰ I. 2, 1, 33.

⁵¹ I. 2, 1, 34.

⁵² I. 2, 1, 35-38.

⁵³ I. 2, 1, 39.

En suma, en el Derecho Romano, no solamente no se encuentra una formulación orgánica de adquisiciones de propiedad por accesión, a la manera contemporánea (naturales, artificiales, de muebles, de inmuebles) sino que tampoco hay una invocación de una causa unitaria que justifique esas adquisiciones. Eso sin contar que, en muchos casos, los juristas romanos se decantan por la «no adquisición».⁵⁴

La anhelada unificación, se produce después, con un primer paso de los Glosadores, quienes incluyen bajo el nombre de accesión, la adquisición de los frutos a favor del propietario de la cosa madre, la adquisición de los frutos a favor del propietario de la cosa madre, la adquisición por conjunción de cosas y los incrementos fluviabiles; sin embargo se obvia los supuestos de edificación, especificación, plantación y siembra⁵⁵.

E. EL IUSNATURALISMO DE LOS SIGLOS XVII y XVIII.

El profesor Leysser León, enseña que el estadio posterior al Derecho Romano es el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, al que se deben, igualmente la idea de la codificación, y la elaboración de los conceptos generales para tal efecto, que han sido determinantes para hacer de todo lo que constituye la materia jurídica un verdadero “sistema”⁵⁶.

En ese sentido, consideramos pertinente analizar la doctrina del Holandés Hugo Grotius (1584-1645), en su clásica obra jurídica: *Del derecho de la guerra y de la paz*, en cuyo capítulo VIII del libro II, denominado “*De las adquisiciones que se dicen vulgarmente del derecho de gentes*”, específicamente en el párrafo XXII, expone:

⁵⁴ NUÑEZ BOLUDA, María. J. M. Bosch Editor, 1994, p. 34

⁵⁵ GORLA, Gino, “L’ accensione nel Diritto civile italiano”, en “*Rivista Italiana pe le scienze giuridiche*”, 1931, pp. 87 a 162, citado por NUÑEZ BOLUDA, Maria. *op. cit.*, p. 16.

⁵⁶ LEON, Leysser, *La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano*, en “*Revista del Magister de Derecho Civil*”, Vol. 4-5, año 2000-2001, Lima, p. 78.

*“Que lo plantado y sembrado cedan al suelo es del mismo modo de derecho constituido, cuya razón es que todo ello aliméntase del suelo. Y por eso se hace distinción del árbol si hecho raíces. Mas el alimento hace sólo parte de la cosa ya previamente existente; y por eso, así como del alimento nácele al dueño del suelo algún derecho sobre la cosa, así el dueño de la simiente, de la planta o del árbol no pierde ciertamente su derecho por ello Por lo cual, en este caso, tendría lugar la comunidad. Y no menos en el edificio, cuyas partes son el suelo y la superficie. Pues, si es móvil, ningún derecho tendrá en él el dueño del solar, lo cual agrado también a Escévola”.*⁵⁷

Así, se tiene que para Grotius, la construcción cede al suelo, en virtud a un principio de derecho natural, similar al de la situación que configura lo sembrado en un suelo ajeno. No obstante, del análisis de su posición, no hemos podido evidenciar ni cotejar algún pronunciamiento en torno a los efectos jurídico obligacionales de este fenómeno, salvo el efecto real de la accesión, fundamentado por este autor en el derecho natural.

En ese sentido, resulta ilustrativa una cita de Lucano, mencionada por Grotius: *“Aquella tierra huye de los dueños; a estos colonos créceles los campos por regalo del Poo”*. El derecho natural en su máxima expresión.⁵⁸

F. LA DOCTRINA DE JEAN DOMAT:

El jurista francés, Jean Domat (1625-1696) en su obra *Las leyes civiles en su orden natural*, intenta sistematizar el Derecho Romano. En cuanto a la materia que nos interesa, este autor la comprende dentro de lo que el denomina: “De las maneras de adquirir la propiedad de las cosas”, en la sección 2da., del título VII, libro III, que titula *“De la posesión y de la prescripción”*.

⁵⁷ GROTIUS, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. directa del original latino por Jaime Rorrubiano Ripoll. Tomo II. Madrid: Reus, 1925, p. 139.

⁵⁸ *Ibíd.* p. 133.

Domat, aunque no menciona expresamente el principio romano *superficie solo cedit*, considera que “los edificios pertenecen al dueño de los lugares donde se han edificado, pues que son una accesión del solar cuya propiedad no puede quitarse al que es dueño de él”. Por eso – agrega – “cuando alguno edifica en el área de otro adquiere este el dominio del edificio. Pero cuando el propietario del solar edifica en él con materiales ajenos, se hace dueño de ellos, pues que no pudiendo separarse sino por medio de una demolición que si se permitiese afearía el público ornato, es de ahí que por contemplación al mismo se ha establecido que los retenga el dueño que los ha empleado, con la obligación de pagar su valor”.⁵⁹

Nótese que en estas primera conjeturas, Domat centra su análisis únicamente en el efecto real de la construcción en suelo ajeno, señalando que lo construido le pertenece al propietario del solar; adicionalmente, en la parte final, realiza un desarrollo del supuesto “construcción en suelo propio con materiales ajenos”, el cual trae como consecuencia la accesión de lo construido, negando la posibilidad de la demolición, a fin de no “afear” el ornato público; pero con la obligación de pagar su valor, a fin de compensar al dueño de los materiales.

Finalmente, concluye el autor señalando lo siguiente:

*“En caso de haber unido al edificio alguna cosa preciosa que fuese justo separar, como una estatua u otro adorno, deberá devolverse a su dueño, pues el derecho de impedir la separación de los materiales queda limitado a lo que es necesario para el edificio y que formando parte de él no puede fácilmente ser separado. Y si aquel que empleo materiales ajenos lo hizo con mala fe, quedará obligado a la indemnización de daños y perjuicios y a las demás penas de que la calidad del hecho podrá hacerle merecedor”.*⁶⁰

⁵⁹ DOMAT, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. del frances por Felio Vilarruelas, y D. Jose Sarda, Segunda edición, Tomo II, Barcelona: Imprenta de Jose Taulo, 1844, p. 236.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 236.

Resulta sumamente relevante, para los efectos del presente estudio, la última parte, en donde en atención a la existencia de mala fe, se sanciona con la obligación de “indemnizar” los daños y perjuicios, puesto que a decir de nuestra posición, en el caso exista mala fe por parte del constructor o del tercero, esta situación podría desencadenar una obligación de resarcir los daños ocasionados.

G. LA SISTEMATIZACIÓN DE JOSEPH POTHIER:

En ese orden de ideas, llegamos al jurisconsulto francés Robert – Joseph Pothier (1699 – 1772), quien une las corrientes doctrinales previas y – desde un plano general – crea una teoría de la accesión.

Tal es así que, en su obra *Traité du droit de domaine de propriété* (1772), en la primera parte del capítulo 2do., titulado “*Que es lo que se entiende por dominio de propiedad; de las maneras como se adquiere y modo de perderse*”, en el párrafo 150 señala:

“... la accesión es un modo de adquirir el dominio que es del derecho natural, por lo cual el dominio de todo lo que es un accesorio y una dependencia de cierta cosa, corresponde de absoluto derecho a aquel a quien la cosa pertenece, *vi ac potestate rei sua*”.⁶¹

Decía que: “una cosa es accesoria de otra, o porque ha sido producida ó por que le ha sido unida, formándose esta unión o naturalmente y sin intervención del hombre, o bien por algún hecho de este”.

⁶¹ POTHIER, Robert-Joseph, *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, trad. de Manuel Deó, anotado y concordado con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República de Argentina, Guatemala, México y Uruguay por Antonio Elías de Molíns. Barcelona, 1882, pp. 7 y ss.

Así, Pothier divide el tratamiento de la accesión en 4 capítulos: en el primero, trata de la accesión que resulta de las cosas producidas de otra que nos pertenezca, en el segundo de aquella que resulta de las cosas que se unen a la misma naturalmente y sin que intervenga ningún hecho del hombre; en el tercero, de la que resulten de las cosas unidas por hechos del hombre; y en el cuarto, de la especificación y la confunción.

Es de interés nuestro, el análisis del artículo tercero que suscribe *“Del derecho de accesión que resulta cuando las cosas han sido unidas a la mía por algún hecho del hombre”*, en donde se precisa:

*“Cuando por un hecho mío ó por el de otra persona, una o varias cosas han sido unidas a la mía de manera que solo formen una sola y misma cosa y un solo y mismo todo, de los que mi cosa sea la parte principal, y de los que las demás formen las partes accesorias, adquiero por derecho de accesión, vía “ac potestate rei mea”, el dominio de las cosas accesorias”.*⁶²

A esta forma de accesión, la doctrina ha visto por conveniente llamarla industrial.

Continuando con el discurso de Pothier, este establece que frente a la unión de dos cosas que forman un todo, pertenecientes a diferentes personas, *“para saber cual de las cosas debe tenerse por principal, frente a las demás, es necesario distinguir cual es la parte principal del todo que las mismas componen, y cuales son las que vienen a formar las partes accesorias”.*⁶³

A juicio de Pothier, existen reglas para conocer cual es la cosa que, en un todo compuesto de muchas cosas, forma la parte principal, y las que son solamente accesorias del mismo.

⁶² *Ibíd.* p. 122.

⁶³ *Ibíd.* p. 122.

Como primera regla, se tiene que:

*“Cuando de dos cosas que componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesorio”.*⁶⁴

Para poner en práctica sus conjeturas, Pothier cita como ejemplo: el caso de que alguien construya un edificio sobre un solar que nos pertenece. Frente a este supuesto, precisa que al formar el edificio y el solar un todo, se tiene que nuestro solar resulta ser la parte principal, y el edificio la parte accesorio, en virtud a que el edificio no puede subsistir sin el solar, *contrario censu*: el solar si puede subsistir sin el edificio⁶⁵.

En este acápite debemos recordar las diferentes posiciones que en el Derecho Clásico Romano adoptaban las escuelas de los Sabinianos, para quienes la cosa principal era la de mayor volumen o valor, y la de los Proculyanos, quienes adoptaban como criterio la función social del todo. Sin embargo, advertimos que Pothier no se deja llevar por ninguna de estas posiciones, tomando como premisa fundamental la subsistencia o no de la cosa sin la otra.

Colin y Capitant coincidentemente, con relación a este punto, refieren que en caso de construcciones elevadas sobre el suelo, la propiedad corresponderá siempre al dueño del terreno, aun cuando el valor del suelo sea muy inferior al de los edificios; amparando tal razonamiento en el principio romano *Superficie solo cedit*.⁶⁶

⁶⁴ *Ibid.* p. 123.

⁶⁵ *Ibid.* p. 124.

⁶⁶ COLIN, Abrose y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de derecho civil, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre Derecho Civil español de Demófilo de Buen, segunda edición revisada por Juan Osorio Morales, Tomo II, Vol. II. Madrid, 1942, p. 872.*

La crítica que surge frente a la clásica concepción que tiene como principal al suelo y como accesoria a la construcción, considera que en la actualidad existe un gran porcentaje de inmuebles cuyo valor de construcción supera en demasía al valor del terreno sin edificar. En ese sentido, se dice que lo principal ya no vendría a ser el suelo, sino la construcción. Basta tener presente aquel edificio construido en pleno centro financiero del Distrito de San Isidro, el cual, se dice, es de mayor altura en todo el Perú, cuyo dominio lo ostenta una cadena transnacional de Hoteles.

Ahora bien, nosotros consideramos que el razonamiento arribado por la teoría clásica, se debe a que en tiempos pretéritos, usualmente –salvo determinadas excepciones– el valor de la construcción era inferior al valor del terreno donde esta era construida, en razón a la usual sencillez de las construcciones.

Retomando la doctrina de Pothier. Éste, citando al Digesto, precisa: “Y es regla general, que el dominio del edificio sigue siempre al del terreno sobre el cual esta edificado: *Omne quod inaedificatur solo cedit; D.1.7.10*”.⁶⁷

Sobre esta situación, acota una circunstancia sumamente relevante:

“Si el propietario del terreno que adquiere, por derecho de accesión, el dominio del edificio que en el mismo ha construido debe reembolsar el coste al que lo ha edificado, véase más abajo en la segunda parte de nuestro tratado las distinciones que sobre esta cuestión deben hacerse”.⁶⁸

Precisamente, es aquí donde Pothier, en un primer momento vislumbra –en atención a los antecedentes existentes en el Derecho Romano– la necesidad

⁶⁷POTHIER, *Robert-Joseph*, *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, *ob. cit.*, p. 124.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 124.

del reembolso del valor de lo edificado, por parte de la persona que ha sido beneficiada con la accesión.

Sin embargo, en el decurso de su tratado, no hemos podido advertir, una precisión en torno a la naturaleza jurídica de este reembolso. Si bien, nos remite a la segunda parte de su obra, de la lectura de la misma, no hemos podido encontrar una explicación relevante al respecto.

Así, haciendo mención a la Ley de las Doce Tablas, cuyos alcances ya han sido detallados, en atención a la obligación a cargo del beneficiado con la accesión, de restituir el doble del precio de los materiales a aquel a quien le pertenecieran, Pothier señalaba que en el derecho francés, se había visto por conveniente adoptar la decisión de la Ley de las Doce Tablas, salvo la pena de restitución del doble del precio de los materiales.

En ese sentido, el jurista francés precisa:

*“Según nuestro derecho se condena a aquel que ha empleado en su edificio materiales que no le pertenecían a pagar a aquel a quien pertenecían su precio, según la valuación que debe practicarse por peritos”.*⁶⁹

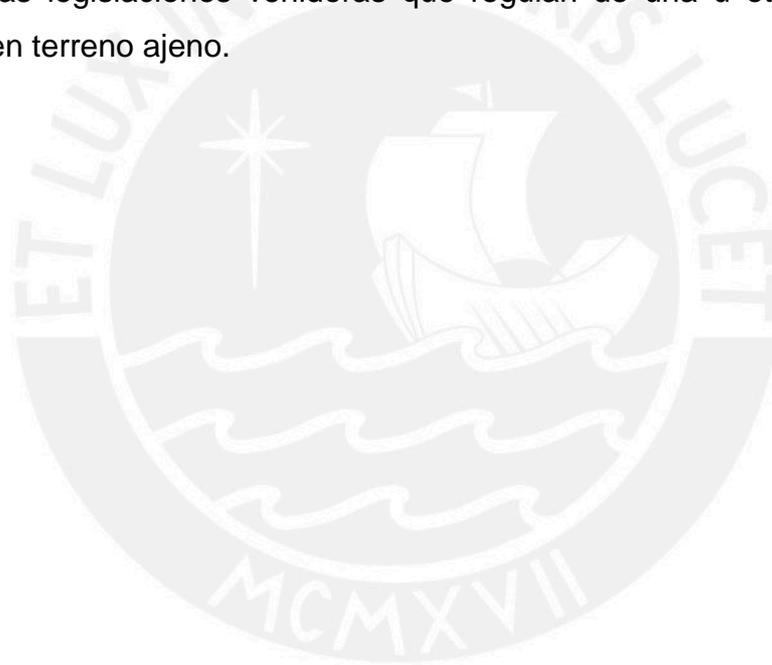
Nótese que esta “condena” regula una consecuencia de desventaja en perjuicio de aquel que ha empleado materiales que no le pertenecían, en la construcción de su propiedad; supuesto que no es materia de estudio en la presente tesis. No obstante, en sus líneas subsiguientes Pothier, nos aclara que esta “condena” también debe extenderse a todos los demás casos en los que la cosa accesoria ha sido unida a una principal y no puede ser separada sin menoscabarla en gran parte.

⁶⁹ *Ibíd.* p. 130.

Finalmente, apartándose de la abstracción y situándose en un hecho concreto, Pothier asevera:

“Cuando aquel que tiene la cosa transfiere la acción contra mí al objeto de que se me obligue a desunirla o devolverla, el juez, sobre todo cuando las cosas se han transferido de buena fe, debe admitir sobre esta demanda las promesas que hago de pagarle el precio y absolverme en consecuencia de la demanda.”⁷⁰

De lo expuesto, podemos colegir que los planteamientos de Pothier, constituyen el caldo de cultivo de toda doctrina posterior; así como, punto de partida de las legislaciones venideras que regulan de una u otra manera la edificación en terreno ajeno.



⁷⁰ *Ibíd.*, p. 131.

CAPÍTULO II. PERSPECTIVA EXEGETICA

El análisis exegético del supuesto de hecho: construcción en suelo ajeno, y las instituciones jurídicas llamadas a operar en busca de una solución al conflicto de intereses que este nos plantea, nos lleva obligatoriamente a recordar sobre el fenómeno codificador, expresión final de los propósitos el iusnaturalismo, fin de la existencia de un derecho disperso y el surgimiento de una nueva forma de entender el derecho.

A. El Código prusiano de 1794.

Durante el siglo XVIII se hicieron en diversos lugares de Europa, proyectos de códigos; sin embargo, la primera codificación auténtica ocurrió en Prusia en 1794. En este cuerpo de leyes, específicamente en el título 9no., sección 6ta., de la parte I, se reguló la adquisición, denominadas en terminología como *Anwüchse* y *Zuwüchse*, y que son traducidas por Francisca Leitaó como “accesiones” y “acrecimientos”, dentro de tal regulación, como un tipo individual regula el supuesto de construcción en suelo ajeno (§§ 327-333).⁷¹

Este Código, desconoce el modo de adquirir por accesión y se limita a enumerar los modos adquisitivos singulares del derecho romano, sin su inserción en un modo general y único.⁷²

B. El Código Civil francés.

El Código Civil francés de 1804, conocido como el Código de Napoleón, marca un hito en la codificación y en el derecho Civil, regulando a la edificación en suelo ajeno, en el Título II: De la propiedad, Capítulo segundo: Del derecho de

⁷¹ LEITAO ÁLVAREZ – SALAMANCA, Francisca, *La formación histórica del modo de adquirir denominado “accesión”*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, Valparaíso, 2007, p. 103.

⁷² *Ibid.*, p. 103.

accesión sobre lo que se une o incorpora a la cosa, Sección primer: Del derecho de accesión en la relación con las cosas inmobiliarias, específicamente en el Art. 555, bajo los siguientes términos:

“Art. 555.- Cuando las plantaciones, construcciones y obras se hayan hecho por un tercero y con sus materiales, el propietario del fundo tiene derecho a retenerlos o a obligar a este tercero a llevárselos.

Si el propietario del fundo pide la supresión de las plantaciones y construcciones, se hace a costa de éste, sin ninguna indemnización para él; puede ser condenado también al abono de los daños y perjuicios, si ha lugar por el menoscabo que pueda haber experimentado el propietario del fundo

*Si el propietario prefiere conservar esas plantaciones y construcciones, debe el reembolso del valor de los materiales y del precio de la mano de obra, sin mirar el mayor o menor aumento de valor que el fundo haya podido recibir. No obstante, si las plantaciones, construcciones y obras han sido hechas por un tercero que haya sufrido la evicción, y que no hubiera sido condenado a la restitución de los frutos atendiendo a su buena fe, el propietario no podrá pedir la supresión de dichas obras, plantaciones y construcciones; pero tendrá la elección o de reembolsar el valor de los materiales y el del precio de la mano de obra, o de reembolsar una suma igual a aquella en que hubiera aumentado de valor el fundo”.*⁷³

En torno a este artículo, podemos advertir que en el primer párrafo, el legislador francés optó por otorgar dos derechos diferentes al propietario del suelo: el de retener las construcciones, es decir optar por la accesión industrial, o el de obligar al que construye a llevárselos. En cuanto a este último derecho, advertimos serias deficiencias, pues a nuestro criterio, tratándose de construcciones, se entiende que estas son realizadas con materiales que

⁷³ MAZEAUD, Henry y León. *Código civil francés, en , Lecciones de Derecho Civil, Parte 4ª Volumen III, Buenos Aires: Jurídicas Europa – América, 1965, p. 394.*

tienen vocación de permanencia. En ese sentido, difícilmente el propietario del suelo podría obligar al tercero a “llevarse” la construcción, sin que previamente esta sea demolida, lo cual, conforme se anotara anteriormente, además de afear el ornato, resulta antieconómico, salvo supuestos excepcionales, donde por la naturaleza de la construcción esta solución podría ser la más viable.

En el segundo párrafo del Art. 555, el legislador francés se coloca en el supuesto de si el propietario del fundo, atendiendo a sus necesidades, opta por la salida más antieconómica: la supresión de la construcción. En ese sentido, se establece que la demolición se realiza a costa del que construye, sin que pueda reclamar “indemnización” alguna. Pudiendo además se condenado el que construye al abono de un resarcimiento por los daños que pudo haber experimentado el propietario del fundo.

A criterio nuestro, cuando en ese párrafo el Código Civil Francés de 1804 alude a que el que construye no puede reclamar indemnización alguna, se refiere de manera correcta a la indemnización propiamente dicha, como un remedio y/o efecto jurídico obligacional de la construcción en suelo ajeno, destinada a compensar el desequilibrio económico, en este caso sufrido por parte de quien construye.

Sin embargo, cuando en la parte in-fine del párrafo analizado, se alude a un abono por los daños y perjuicios que pudiera haber ocasionado al propietario del suelo, en este caso el legislador francés se refiere propiamente a un resarcimiento, confundiendo dicho término con el de indemnización. Claro está, el legislador francés, en este párrafo tácitamente pretende regular un supuesto en donde ha existido mala fe del constructor

Finalmente en el tercer y último párrafo, de manera más amplia se regula el supuesto aquel en donde el propietario del suelo decide conservar las construcciones. Así, se dice que éste tiene la obligación de reembolsar el valor de los materiales y el precio de la mano de obra, sin tomar en cuenta si el

predio se a revalorado o no. Nuevamente aquí nos topamos con una alusión directa al efecto jurídico obligatorio destinado a compensar el desequilibrio económico que sufre el que construye. En esta parte, aparentemente el legislador francés, también de manera tácita esta poniéndose en el caso de la existencia de mala fe.

No obstante, ya situándose en el supuesto exista buena fe del que construye, a criterio del legislador francés, el derecho del propietario de pedir la demolición de lo construido es recortado; restándole únicamente dos alternativas, para poder verse favorecido con la accesión: reembolsar el precio de los materiales utilizados en la construcción y el del precio de la mano de obra, o de reembolsar una suma similar a aquella en que refleje el aumento de valor de la propiedad.

Posteriormente el artículo in-comento, es modificado por la Ley 60-464, del 17 de Mayo de 1960, quedando como sigue:

“Art. 555.- Cuando las plantaciones, construcciones y obras se hayan hecho por un tercero y con materiales pertenecientes a este último, el propietario del fundo tiene el derecho, con reserva de las disposiciones del párrafo 4to. O bien de conservar la propiedad, o bien de obligar al tercero a llevárselos.

Si el propietario del fundo exige la supresión de las construcciones, plantaciones y obras, se ejecuta aquella a costa del tercero, sin ninguna indemnización para él; además, el tercero puede ser condenado al abono de los daños y perjuicios por el menoscabo sufrido eventualmente por el propietario del fundo.

Si el propietario del fundo prefiere conservar la propiedad de las construcciones, plantaciones y obras, a elección propia, o bien una suma igual a aquella en que haya aumentado el valor del fundo o bien el costo de

los materiales y el precio de la mano de obra, estimados en la fecha del reembolso, teniendo en cuenta el estado en que se encontraren dichas construcciones, plantaciones y obras.

Si las plantaciones, construcciones y obras se han hecho por un tercero que haya sufrido la evicción y que no hubiere sido condenado en razón de su buena fe, a la restitución de los frutos, el propietario podrá exigir la supresión de dichas obras, construcciones y plantaciones, pero tendrá la elección de reembolsarle al tercero una u otra de las sumas previstas en el párrafo anterior”.⁷⁴

Básicamente, en la modificatoria del Art. 555 del Código Civil francés, el legislador opta por desmembrar el último párrafo del Art. 555 primigenio en 2 párrafos, a fin de poder delimitar claramente las consecuencias de la buena y mala fe.

En ese sentido, colegimos que el Código de Napoleón siguió a Pothier y de allí, los criterios esenciales para regular los efectos de la construcción en suelo ajeno, fueron importados por los demás códigos, dentro de los cuales esta incluido el nuestro.

C. El Código Civil Peruano de 1852.

Conforme lo señaláramos en la introducción, si bien es cierto, el Código Civil Peruano de 1852, constituye el primer cuerpo legal americano que se independizó del modelo del *Code Napoleon*, el que hasta ese entonces, continuaba siendo “copiado” de manera invariable en todo el continente. Esto no sucedió en lo que respecta a la regulación de la construcción en suelo ajeno y sus efectos, en donde la esencia francesa se mantiene.

⁷⁴ *Ibíd.* p. 393.

EL Código de 1852 dedica un título amplio y detallado a normar lo concerniente a la accesión, de manera genérica trata de la accesión en su libro II, titulado, *De las Cosas: del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ella*; y de manera específica en la sección segunda denominada: *De los modos naturales de adquirir el dominio*. Así, en el título segundo: Del derecho de accesión, comienza a definir la accesión, específicamente en el Art. 490 y procede a distinguir tres clases de accesión, a saber, la natural, industrial y mixta⁷⁵. Dentro de la accesión industrial considera el caso de la edificación en terreno ajeno, regulando al respecto, de la siguiente forma:

“506. Los edificios, las oficinas, las fábricas, y en general, todas las obras construidas con adherencia al suelo, que se hayan hecho en terreno ajeno creyéndose propio, pertenecen al dueño de éste, con la obligación de pagar el valor actual de las obras construidas, o el de los materiales y jornales; salvo que elija cobrar el valor del terreno.

En referencia al articulado transcrito literalmente en el párrafo precedente, se debe precisar que en el mismo, el legislador peruano, opta por el principio *superficie solo cedit*, a favor del propietario del suelo; resaltando la obligación por parte de este, de pagar el valor actual de las obras realizadas, o el de los materiales y el pago a los trabajadores. A criterio nuestro, se debió optar por una sola alternativa, atendiendo a la diferencia económica que puede existir entre ambas formas de compensar al que construye.

Cuando el legislador peruano, en la parte final menciona que también el propietario del suelo puede optar por cobrar el valor del terreno, se refiere a la figura de la accesión invertida, en donde el principio que proclama la superficie cede al suelo, varía opuestamente; en ese sentido el suelo cede a lo

⁷⁵ GUEVARA PEZO, Victor, *Derecho Civil Peruano (visión histórica)*, Tomo II. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1996, p. 1485.

construido, y por lo tanto quien resultaría finalmente siendo propietario sería el que construye. Claro esta, previo pago del valor del terreno.

Esta “opción” que se le otorga al propietario del suelo, resulta ser el ejercicio del derecho potestativo que a este le otorga la ley. Siendo de resaltar que la misma, no se encuentra en el Art. 555 del Código Civil de Napoléon.

Seguidamente, nuestro Código Civil de 1852, en el Art. 506 reguló, lo siguiente:

506. Si las obras expresadas en el artículo anterior, se hubiesen construido en un terreno sabiéndose que era ajeno, el propietario de éste tendrá á su elección, el derecho de hacerlas destruir a costa del que las hizo, ó el de conservarlas para sí, pagando, en este caso, ó el valor actual de ellas ó el de los materiales y jornales.

El dueño de las obras mandadas destruir, indemnizara también al propietario de los perjuicios que le hubiesen ocasionado.

En este articulado, a diferencia de la técnica legislativa francesa, si existe una referencia directa a la posibilidad de que quien construye haya actuado a sabiendas de que no era su terreno, es decir con mala fe. Frente a esta situación el propietario del suelo puede hacerse de dichas construcciones o destruirlas. Si opta por esta última opción, la demolición y los gastos que esta genera, deben ser pagados por quien realizó las construcciones.

Sin embargo, curiosamente, a diferencia del Código Civil vigente –tal y conforme lo precisaremos ulteriormente – el legislador de 1852, prevé que si el propietario del suelo opta por hacer suyas las construcciones, pese a existir mala fe por parte quien las construye, aquel deberá pagar a este el valor actual de las construcciones, o el de los materiales y jornales. En ese sentido, podemos decir con absoluta certeza, que –en el extremo analizado – el

legislador del Código Civil de 1852, fue mucho más benigno con la persona que construye, pese a saber que el suelo no es de su propiedad.

No podemos decir lo mismo en caso el dueño del terreno opte por la destrucción de lo edificado, puesto que en este supuesto, el legislador implacablemente sanciona que además de pagar los gastos que irroguen la demolición, también deberá “indemnizar”, es decir resarcir al propietario del suelo sobre el cual se edificó. Esta situación no es regulada expresamente en el Código Civil Peruano vigente, sin embargo se sobreentiende.

Finalmente, el Art. 508 del Código Civil de 1852, regula lo siguiente:

508. El que edifique con materiales ajenos creyendo que eran suyos, pagará su valor al dueño de ellos; más si supo que eran de otro, pagará el doble. El dueño de los materiales podrá elejir (sic) que se le pague en dinero, ó en la misma especie y calidad de aquellos”.

Debemos detener nuestro análisis, a fin de precisar, que artículo 508 del Código Civil de 1852, históricamente guarda suma relevancia, en la medida que, en este, por primera y última vez en nuestro país se reguló el supuesto construcción en suelo propio con materiales ajenos; causando extrañeza que los legisladores de los Códigos Civiles de 1936 y 1984, hayan optado por dejar de regular este supuesto.

En suma, fuera de las observaciones realizadas, consideramos aceptable la regulación que a la figura materia de estudio se le otorgó en el Código Civil de 1852.

D. El Código Civil Peruano de 1936.

En ese orden de ideas, llegamos al Código Civil de 1936, de donde se tiene que el legislador, en el Art. 868, reguló de manera resumida los conflictos que se presentan entre el propietario del suelo y el dueño del edificio:

“Art. 868.- Las obras de edificación en terreno ajeno, si son hechas de buena fe, corresponden al dueño del suelo con la obligación de pagar su valor; pero si son de mala fe, el dueño puede pedir la restitución de las cosas al estado anterior. En uno y otro caso, tendrá derecho a la indemnización de los perjuicios.

A simple vista, el carácter resumido del artículo en mención, obedece a una política legislativa que sirvió de directriz a los legisladores de 1936, a nuestro criterio poco convincente, puesto que a diferencia del Código Civil de 1852, en este último, únicamente se limitan a precisar que si las construcciones fueron realizadas de buen fe, el propietario debe pagar su valor, obviando por completo la posibilidad de que el propietario del suelo solicite el valor del terreno. Asimismo, en la segunda parte, en atención a la mala, el legislador se limita a regular que el propietario “puede” pedir la demolición de lo construido, dejando abierta otras posibilidades, dentro de las cuales debemos sobreentender que se encuentra la de hacer suyo lo construido, sin pagar indemnización alguna con tal fin.

Así, se tiene que el único artículo destinado a regular el tema objeto de estudio, resulta ser el ya mencionado artículo 868, puesto que los dos artículos siguientes (Arts. 869 y 870), están referidos a la construcción extralimitada y a la edificación con materiales ajenos, respectivamente.

El profesor Eleodoro Romero Romaña, anotaba que el legislador –al igual que el modelo francés – resolvía el conflicto atendiendo a la buena o mala fe. Así, en el primer caso, el efecto real se otorgaba en beneficio del propietario del suelo quien veía acrecentar su propiedad, con la obligación

de pagar el valor de lo construido, para lo cual acotaba se debía realizar una tasación de lo edificado.⁷⁶

Tal y conforme lo precisáramos anteriormente, a nuestro entender, los legisladores del Código de 1936, incurren en un error al obviar por completo el derecho potestativo del propietario, restringiendo así la posibilidad de que –en el supuesto que el propietario del terreno ya no manifieste el deseo de hacer suyo lo accedido – se suscite una accesión invertida en beneficio de ambas partes.

En cuanto al segundo supuesto, de existir mala fe, frente a la posibilidad de demoler lo construido, Romero Romaña se pronunciaba de manera crítica, argumentando que: “en el derecho moderno, no debe admitirse el derecho de destruir, que corresponde a la pasada concepción individualista de la propiedad”. Así, para este autor, se debe tomar en cuenta que “si bien estos casos se producen por mala fe del que construye, también contribuye la indiferencia del dueño del suelo, ya que este último puede a tiempo entablar un interdicto y paralizar las obras”.⁷⁷

Nos adherimos a la posición sostenida por este autor, sin embargo, consideramos que existen supuestos mínimos en donde si es justificable proceder a una demolición de lo construido, tal podría ser el caso en donde exista una obra ruinoso, construida de mala fe. Por lo que, de proceder a demolerse lo construido, a nuestro criterio, estamos frente a un resarcimiento en forma específica. Esta idea será desarrollada de manera más amplia en los párrafos subsiguientes.

En cuanto a la indemnización en dinero, a criterio de Romero Romaña, esto resulta lógico, ya que “en cualquiera de los dos casos debe indemnizarse al

⁷⁶ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro, *Derecho Civil, Los Derechos Reales*. Lima: Editorial PTCM, 1947, p. 123.

⁷⁷ *Ibíd.* p. 123.

damnificado por los daños y molestias que puede habersele ocasionado, los que deberán acreditarse”.

En este razonamiento, advertimos ya el uso inadecuado del término indemnización, cuando aparentemente el profesor Romero se refería a la existencia de daños, pues aquí lo único que cabe es un resarcimiento. La indemnización propiamente se encuentra en la primera parte del articulado, cuando se refiere a la obligación de pagar su valor.

Así, resulta para los fines de la investigación, sumamente interesante acotar que la llamada “indemnización por los daños y molestias”, no es trasladada al Código de 1984, por lo menos textualmente; sin embargo, consideramos esto no resulta óbice para que se proceda a utilizar las cláusulas normativas generales, a saber la regulada en el Art. 1969 de vigente código civil.

Estas y otras razones, probablemente llevaron a que la profesora Lucrecia Maisch Von Humboldt, manifieste que el Código Civil de 1936 significó un retroceso frente al Código de 1852, no solo cuantitativamente, pues se eliminaron 115 artículos, sino también cualitativamente, ya que –a su criterio– se omitieron las definiciones de instituciones tan importantes como la propiedad, posesión, hipoteca, etc. silenciándose asimismo las causales de extinción de dichas instituciones.⁷⁸

Nos llama curiosamente la atención, que la profesora Lucrecia Maish Von Humboldt, en su libro *Los Derechos Reales*, dentro del estudio de todos los supuestos que generan el efecto real: accesión, soslaye por completo el tratamiento de esta figura.⁷⁹

⁷⁸ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *De los derechos reales, proyecto para un nuevo libro cuarto del Código Civil y exposición de motivos*. Lima: Editorial Desarrollo S.A., 1982, p. 15.

⁷⁹ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *Los derechos reales, concordado con la Constitución de 1979*. Lima: Studium, 1984, p. 52-55.

Sin embargo, esta situación se ve compensada con la dedicación de dos articulados en el libro *De los derechos reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de motivos*. Así, la ilustre profesora sanmarquina, inspirada en el art. 935 del Código Civil Italiano de 1942, propone la modificación en los siguientes términos:⁸⁰

“ARTICULO 114. Obras hechas por el propietario del suelo con material ajeno.

El propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones u obras con materiales ajenos adquiere la propiedad de tales bienes, pagando su valor, salvo que el propietario de los materiales pida su separación y ésta no ocasione grave daño a la obra o el perecimiento de la plantación.

Si el propietario del suelo hubiere incurrido en culpa grave debe además resarcir los daños ocasionados, aún en el caso que el propietario de los materiales los hubiere separado.

La reivindicación de los materiales no se admite transcurrido seis meses, a contar desde el día en que su propietario ha tenido noticias de la incorporación”.

Ciertamente, este supuesto no fue regulado en el Código de 1984, y –como ya lo aclaráramos supra – tampoco es materia de nuestro análisis. No obstante por la riqueza de lo propuesto por la autora comentada, es necesario formular las siguientes precisiones:

Se propone que el propietario del suelo que ha construido con materiales ajenos, adquiera la propiedad de tales bienes, previamente pagando su valor, a

⁸⁰ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *De los derechos reales, proyecto para un nuevo libro cuarto del Código Civil y exposición de motivos*, cit. op. p. 95

menos que el propietario de estos pida su separación y esto no ocasione sustanciosos daños en la obra.

Para nosotros en este supuesto, se está delimitando claramente una obligación indemnizatoria, consistente en el pago del valor de los materiales, a fin de compensar un desequilibrio económico evidente.

Este razonamiento es respaldado con el segundo párrafo del artículo 114, de la propuesta de reforma, en donde frente a la existencia de culpa grave, se precisa que corresponde “resarcir los daños ocasionados”. Así, para nosotros, no es casual en este párrafo, la alusión directa al término “resarcimiento”, puesto que concretamente se pretende regular un resarcimiento de los daños, y no otorgar una compensación económica, como si se prevé en el primer párrafo.

No obstante la diferenciación señalada, aparentemente al desconocer la diferencia existente entre indemnización y resarcimiento, la profesora Lucrecia Maish Von Humboldt, solo se limita a precisar que:

“El Código italiano abandona el criterio de la buena fe como factor decisivo para determinar a quien pertenecen las obras efectuadas en terreno ajeno, en cambio establece que las obras pertenecen al señor del suelo pagando su valor, salvo que la separación sea pedida por el propietario de los materiales y que esto fuera posible sin originar grave daño a la obra construida. Se sanciona asimismo la culpa grave del edificador, aun en el caso de separación, condenándolo al resarcimiento de los daños ocasionados”.

Esta situación, se presenta, en atención a que la doctrina italiana que diferencia el “resarcimiento” del remedio “indemnización” resulta más bien contemporánea.

Seguidamente, en la siguiente propuesta modificatoria, podemos comprobar el desconocimiento de lo anotado, cuando la profesora sanmarquina denomina “obras hechas por un tercero en terreno ajeno”, que es lo que nosotros hemos venido llamando, construcción en suelo ajeno, en donde propone la modificación bajo los siguientes términos:

“ARTICULO 115. Obras hechas por un tercero en terreno ajeno

Cuando las plantaciones o construcciones han sido hechas por un tercero con sus materiales, el propietario del suelo tiene derecho a retenerlas pagando su valor o a exigir que todo se restituya a su estado anterior, a costa del que hizo las obras.

En cualquiera de los dos casos el propietario del suelo tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que se le hubiere podido irrogar”.⁸¹

Nótese el abandono del término “resarcimiento de los daños ocasionados” regulado en el artículo predecesor, por el de “indemnización de los perjuicios”, pretendiendo así darles un errado tratamiento idéntico. Esta situación se ha mantenido perenne en el tiempo, repitiéndose en el siguiente Código Civil y en el tratamiento que le merece la doctrina y la jurisprudencia peruanas.

E. El Código Civil Peruano de 1984.

El Código Civil peruano, regula en una primera instancia – de manera genérica – la edificación de buena fe en terreno ajeno, en los siguientes términos:

“Artículo 941.- Edificación de buena fe en terreno ajeno

⁸¹ *Ibíd.*, p. 95.

Quando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.

La profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Delia Revoredo de Debakey, nos advierte que este artículo dentro de sus antecedentes (además de lo ya regulado en el Art. 868 del Código Civil de 1936), fue objeto de la siguiente propuesta, formulada en el Proyecto de la Comisión Revisora (1984):⁸²

“Artículo 934.- Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno”.

Así también, en el Proyecto de la Comisión Reformadora (1981), se propuso una regulación idéntica a la propuesta en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, presidida por el profesor Jorge Avendaño Valdez (1980), de la siguiente manera:

“Artículo 987.- Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño, del suelo deberá pagar el importe de la edificación.

⁸²REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil, Antecedentes legislativos, Comparación con el Código de 1936. Volumen I, Segunda Edición. Lima, 1988, p. 903.*

En cuanto a la mala fe del propietario del suelo y sus efectos, en el Art. 942 del Código Civil de 1984, se estableció lo siguiente:

Artículo 942.- Mala fe del propietario del suelo

Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno.”

Delia Revoredo, señala que este articulado tiene como único antecedente, la propuesta del Proyecto de la Comisión Revisora (1984), en donde se precisaba lo siguiente:

“Artículo 935.- Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 934 corresponde al invasor de buena fe, quién en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno.”

Finalmente, el Art. 943, contempla la mala fe del edificante; regulando este supuesto de la siguiente forma:

“Artículo 943.- Edificación de mala fe en terreno ajeno

Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor.”

De manera similar a lo sucedido con el Art. 941, Delia Revoredo, nos advierte que este artículo dentro de sus antecedentes (además de lo ya regulado en el

Art. 868 del Código Civil de 1936), fue objeto de una propuesta formulada en el Proyecto de la Comisión Revisora (1984), de la siguiente manera:

“Artículo 936.- Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso, la demolición es a cargo del invasor.”.

Así también, en el Proyecto de la Comisión Reformadora (1981), se propuso una regulación idéntica a la propuesta en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, presidida por el profesor Jorge Avendaño Valdez (1980), de la siguiente manera:

“Artículo 988.- Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede exigir la demolición de lo edificado y el pago de los perjuicios correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso, la demolición será de cargo del invasor.”.

Es menester precisar que, lamentablemente – a diferencia de los artículos 939, 940 y otros del actual código civil – ninguno de los articulados analizados, tiene dentro de sus antecedentes, la ponencia de la profesora Lucrecia Maish von Humboldt, realizada frente la comisión reformadora el 16 de enero de 1981.

En ese sentido, podemos decir que el Código Civil de 1984, en cuanto a la regulación de los efectos jurídicos obligacionales, derivados de la construcción en suelo ajeno, mantiene una regulación parcialmente acertada, la cual debe ser complementada con una lectura sistemática del código y la utilización adecuada de las corrientes doctrinarias más autorizadas.

CAPITULO III. PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIAL

A. LA CONSTRUCCION EN SUELO AJENO EN EL DERECHO COMPARADO

El supuesto de la construcción o edificación en suelo ajeno se encuentra regulado en diversos ordenamientos jurídicos. En ese sentido a continuación, de manera resumida, expondremos lo que se regula en cada Código Civil:

A.1. Italia:

El código Civil Italiano contiene un capítulo denominado: “De la accesión, de la especificación, de la unión y de la conmixción”, dentro del cual en el Art. 936 se regula la figura de la obra hecha por un tercero con materiales propios⁸³.

Así, se establece que cuando las construcciones son realizadas por un tercero con materiales propios en un suelo que no le pertenece, el *dominus*

⁸³ Art. 936 *Opere fatte da un terzo con materiali propri*
Quando le piantagioni (956), costruzioni od opere sono state fatte da un terzo con suoi materiali, il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle.
Se il proprietario preferisce di ritenerle, deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo (1150).
Se il proprietario del fondo domanda che siano tolte, esse devono togliersi a spese di colui che le ha fatte (2933). Questi può inoltre essere condannato al risarcimento dei danni.
Il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni od opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede (1147).
La rimozione non può essere domandata trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell'incorporazione (2964 e seguenti). http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib3.htm
 (13.05.2014).

soli tendrá derecho a mantener tal edificación o forzar para que se retire tal construcción.

En el supuesto que el *dominus soli* prefiera mantener la construcción realizada, este debe pagar el valor de los materiales y el precio del trabajo, con el incremento de valor correspondiente.

En el supuesto que el *dominus soli* prefiera retirar la construcción, este retiro deberá realizarse a costa de la persona que realizó tal construcción. Pudiendo adicionalmente ser obligado a pagar un resarcimiento del daño.

Por otro lado, se establece que si las obras se realizaron con conocimiento del propietario y sin su oposición, o se hicieron de buena fe por el constructor, el propietario no podrá requerir el retiro y/o demolición de tales construcciones.

Finalmente se establece que el retiro no puede ser aplicado durante seis meses a partir del día en que el propietario recibe el aviso de la incorporación.

La jurisprudencia de dicho país es cuantiosa en cuanto a la aplicación del Art. 936 del Código Civil Italiano.

Así, tenemos la Cass. N. 1378/2012.⁸⁴

“... La disciplina dell'accessione di cui all'art. 936 c.c. è applicabile esclusivamente quando le opere siano state realizzate da un soggetto che non abbia con il proprietario del fondo nessun rapporto giuridico, di natura reale o personale, che gli conferisca la facoltà di costruire sul suolo, mirando la norma a regolare la ricaduta patrimoniale di un'attività di costruzione su suolo altrui che coinvolga soggetti fra loro terzi; tale requisito non sussiste, invece, quando l'attività costruttiva esprima non già l'esercizio di un diritto, bensì l'adempimento di un'obbligazione - nella specie, assunta dall'acquirente di un'area edificabile ceduta ad un prezzo simbolico, con il vincolo, però, di erigervi un impianto industriale - il cui mancato assolvimento, determinando la conseguente risoluzione, implica l'insorgenza di un obbligo restitutorio, ai sensi dell'art. 1458 c.c., da soddisfare in natura, ove possibile, o per equivalente monetario, così da attuare il ripristino delle posizioni economiche rispettive, che vanno ricondotte tendenzialmente alla situazione preesistente alla stipula del contratto”.

De la jurisprudencia transcrita podemos traducir que para los tribunales de justicia italianos, la figura jurídica de la accesión únicamente se aplica cuando las obras son hechas por una persona que no tenga ninguna relación jurídica que le confiera el derecho de construir. Por lo tanto esta figura no se aplicó al caso materia de controversia judicial, en donde se advirtió un incumplimiento contractual en relación a un contrato de compraventa de un terreno sobre el cual aparentemente se construyó una planta industrial. Por esta razón el tribunal de justicia italiano ordena que se

⁸⁴ Jurisprudencia extraída de <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-terzo/titolo-ii/capo-iii/sezione-ii/art936.html> (08.05.2014)

proceda de conformidad con el Art. 1458 del código civil italiano, con el fin de reprimir la posición económica de las partes.

Otra jurisprudencia, interesante a nuestro criterio, resulta ser la Cass. N. 29340/2008⁸⁵, en donde se precisa:

Deve escludersi il riconoscimento dell'indennizzo, richiesto ex art. 936 cod. civ nei confronti della P.A., da parte di chi abbia costruito illecitamente un'opera edilizia nel vigore della legge n. 47 del 1985 su suolo pubblico, senza, neanche, avere successivamente provveduto al versamento degli oneri dovuti al fine di ottenere la sanatoria, in quanto l'applicazione dell'art. 14 della legge n. 47 del 1985, che impone la demolizione dell'opera abusiva realizzata su suolo pubblico e il ripristino dello stato dei luoghi ad opera del sindaco, esclude che l'Amministrazione proprietaria possa esercitare la scelta della ritenzione dell'incorporazione, così come prevista, per le ipotesi di costruzioni non abusive, nell'art. 936 secondo comma cod. civ.

En este caso, un tribunal de justicia italiano, estableció que debe excluirse el reconocimiento de la indemnización (dell'indennizzo), regulada por el art. 936, de quienes han construido ilegalmente en terrenos públicos.

⁸⁵ Jurisprudencia extraída de <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-terzo/titolo-ii/capo-iii/sezione-ii/art936.html> (08.05.2014)

Es relevante para nosotros el correcto uso del termino *indennizzo*, para referirse en este caso a figura que se encuentra ajena al campo de la responsabilidad civil y que responde propiamente a un supuesto de restablecimiento de la posición económica de las partes.

A.2. Colombia:

El código Civil Colombiano, incluye dentro de la accesión con respecto a los bienes inmuebles la figura de la construcción en suelo ajeno. Así, se establece en el Art. 739 que si una persona construye en suelo ajeno, deberá someterse al derecho que ostenta el dueño del suelo, quien puede hacer suyo el edificio o sementera, previo pago de las indemnizaciones prescritas⁸⁶.

Adicionalmente se establece que si la edificación ha sido realizada a ciencia y paciencia del dueño del terreno, este puede ser obligado a recobrar el inmueble previo pago del valor de lo edificado.

⁸⁶ *Art. 739. CONSTRUCCION Y SIEMBRA EN SUELO AJENO. El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.*

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
(13.05.2014)

Nótese que este ordenamiento se habla de indemnizaciones tanto al supuesto en donde el *dominus soli* paga por hacer suyo lo construido y al supuesto en donde el que siembra paga una indemnización por los perjuicios causados. No existen ninguna referencia a un resarcimiento propiamente.

En relación a la problemática materia de estudio, los tribunales de justicia colombianos, se pronuncian de esta manera:

Sentencia C-810/12 de fecha 18 de Octubre del 2012, expedida por la Corte Constitucional⁸⁷. En dicha sentencia, este órgano supremo constitucional, estableció que:

“... el artículo 739 una norma sustantiva que se ocupa de la restitución. En efecto, al aludir a la accesión de las cosas muebles a un inmueble, prevé que el dueño del terreno en el que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo aquello que ha accedido, aplicando, para el efecto, las reglas que se prevén en el título de reivindicación en materia de prestaciones mutuas.

⁸⁷ Sentencia extraída de la siguiente página web:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-820-12.htm> (11.05-2014)

A decir de comunidad jurídica colombiana, la solución a los problemas de construcción en suelo ajeno, planteada por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales, es variada y contradictoria.

A continuación expondremos un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, que culminó con la sentencia del 03 de Mayo de 1961⁸⁸.

Los hechos del caso son referidos por dicho tribunal de la siguiente manera:

“... Hernández Góngora con sus recursos propios (edificio) en terreno ajeno, que se dice pertenecer a la sucesión de Domingo Triana, construyó aquella casa de inquilinato y durante el resto de su vida, hasta su muerte en una de las piezas de la misma casa, “fue reputado como único dueño de dichas mejoras y ejerció sobre ellas actos de dominio y posesión, arrendando las piezas que había construido, reparándolas, pagando los impuestos municipales de ellas, viviendo en una de dichas piezas, en su condición de dueño”; y a que el mismo día de la muerte de Hernández Góngora “en ausencia de sus familiares, se presentó el señor Alfonso Aldana y arbitrariamente se posesionó de las mejoras ya mencionadas anteriormente, y desde entonces ha venido poseyéndolas en forma abusiva y arbitraria, cobrando cánones de arrendamiento, alquilando las

⁸⁸ Sentencia extraída de la siguiente página web:

http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/lib/exe/fetch.php?media=cj-3-mayo-1961_retencion.pdf (13.05.2014)

habitaciones, en una palabra, ejerciendo actos de señorío, alegando que es hijo natural del causante José María Hernández Góngora, sin que éste le hubiera reconocido en ninguna forma y sin que la justicia le haya declarado como tal”.

La *ratio decidendi* consideramos se encuentra en el siguiente párrafo de la resolución:

“... El fenómeno adquisitivo se consuma en tales hipótesis de edificación, plantación o sementera, cuando, entre otros eventos, alguien de su peculio las efectúa en terreno ajeno. Entonces por accesión el dueño del suelo adquiere automáticamente la propiedad de las mejoras. Pero se encuentra en el impedimento legal de recobrar el objeto, si no es mediante el abono del valor de las obras realizadas con su consentimiento expreso o tácito, estos es, cuando han sido puestas sobre el terreno “ a ciencia y paciencia del dueño”, en los términos del inciso 2 del artículo 739 del Código Civil”.

Así, finalmente la Corte Suprema resuelve lo siguiente:

“...1ª CONDENASE al demandado ALFONSO ALDANA, mayor y vecino de Flandes, a restituir seis días después de ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase, en manos de MARIA JESUS HERNANDEZ GONGORA y para la sucesión de Jose María Hernández Góngora, la casa

de inquilinato ubicada en el área urbana de Flandes, en la carretera 8, entre las calles 13 y 14...

2ª CONDENASE al demandado ALFONSO ALDANA a pagar en manos de MARIA JESUS HERNANDEZ GONGORA y para la sucesión de Jose María Hernández el valor de los frutos de la misma casas de inquilinato, dede el 1 de Enero de 1957 hasta la fecha de la restitución en calidad de poseedor de mala fe, y la cuantía liquidada en dinero se fijará por el procedimiento determinado por el Art. 553 del Código Judicial.

No prosperan las demás suplicas”

Advertimos aparentemente en caso transcrito un final feliz. Sin embargo, esta claro que no todas las causas en las que se embarcan los justiciables llegan a ese puerto.

A.3. Chile

En el ordenamiento jurídico chileno, el supuesto materia de análisis es regulado en el Art. 669 del Código Civil Chileno, en donde a decir de la doctrina chilena se regula el supuesto de la persona que construye en sitio ajeno sin previo contrato⁸⁹.

⁸⁹ Art. 669. *El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título De la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.*

Así, el Art. 669 del Código Civil Chileno se coloca en dos escenarios distintos. En el primero se regula acerca de la construcción en suelo ajeno, con desconocimiento del *dominus soli*. En este caso, se otorga al dueño del suelo un derecho de opción entre hacer suyo lo construido previo pago de las indemnizaciones prescritas. Es decir, lo mismo que se regula en el Art. 783 del Código Civil Colombiano.

En el segundo escenario, al igual que el Código Civil Colombiano, cuando se construye en suelo ajeno con conocimiento del *dominus soli*, este no tiene opción, sino que esta obligado para recobrar el terreno, pagando la edificación del valor de la edificación.

Un caso resuelto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Chile⁹⁰, es el recurso de casación signado con el Nro. 2550-2008, interpuesto por Don Jose Meneses Varela, quien sustentaba su acción en el Art. 669 del Código Civil Chileno, argumentando que esta norma le había otorgado como dueño, la titularidad de las edificaciones levantadas en su terreno, o el derecho de exigir el pago de justo precio del terreno con intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

Su demanda fue desestimada por la inexistencia del presupuesto más importante previsto en el Art. 669, es decir que quien demande acredite la titularidad del predio.

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Civil.pdf>
(12.05.2014)

⁹⁰ Sentencia extraída de la siguiente página web:

<http://www.cde.cl/web/aplicaciones/BF.nsf/0/C7D5AE136CA89CC6842578F5004AEA83?Op=Documento&volver=vmfrmFallJudTod> (13.05.2014)

Finalmente la Corte Suprema de Chile se pronunció desestimando su recurso de casación por las mismas consideraciones.

A.4. Brasil

El código civil brasileño regula el supuesto materia de estudio en la subsección V denominada “De las Construcciones y las plantaciones”.

Así, se inicia con una presunción, según la cual: toda construcción existente en un terreno se presume hecha por el propietario a su costa, hasta que se prueba lo contrario.⁹¹

Más adelante en el Art. 1255, se regula el supuesto de construcción en suelo ajeno, estableciéndose que aquella persona que edifica en un terreno ajeno, pierde en provecho del propietario, las construcciones. No obstante, si ha procedido de buena fe, tendrá derecho a una indemnización.

Como párrafo único de dicho artículo, se establece que si la construcción excede considerablemente el valor del terreno, aquel que edifique de buena fe, adquirirá la propiedad del suelo, mediante el pago de una indemnización fijada judicialmente, si no hay acuerdo entre las partes.⁹²

⁹¹ Art. 1.253. *Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.*

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm (13.05.2014)

⁹² Art. 1.255. *Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.*

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm (13.05.2014)

En una causa seguida ante el Tribunal de Justicia de Sao Paulo (Registro: 2013.0000475551⁹³, de fecha 14 de Agosto del 2013, seguida por Manoel Lino da Silva, en contra de Petrobras Transporte S/A – TRANSPETRO, se discutió el pedido del demandante quien solicitaba: “*reintegração a indenização pelas benfeitorias e acessões, no valor de R\$ 80.000,00*”.

Sucede que el demandante había construido de manera pacífica sobre una tuberías de TRANSPETRO, que si bien conocía que existían tuberías por ese lugar no se distinguían pues se encuentran debajo de la tierra. No existiendo señas ni demarcación que permita identificarlas.

Por su parte TRANSPETRO alegaba que no debería proceder una indemnización pues era de conocimiento público la existencia de dicha tubería.

Finalmente, el citado tribunal de justicia de Sao Paulo, razonó que los hechos permitían concluir que la ocupación de la zona por el demandante fue realizada de buena fe. Por lo tanto correspondía aplicarse el Art. 1255 del Código Civil, debiendo ser compensadas las construcciones realizadas.

Es de rescatar la posición de los tribunales de justicia brasileños, puesto que claramente hacen referencia al otorgamiento de una compensación, en donde claramente no se hace ningún análisis de responsabilidad civil.

Otra causa brasileña en donde claramente se hace referencia a una compensación como una reintegración de una situación de derecho, es la

⁹³ Sentencia extraída de la siguiente página web: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_APL_00015142020088260224_df43f.pdf?Signature=GkWYoOfV%2B4Wafj6yFo6%2F7I0LzSg%3D&Expires=1431541878&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=936cfa74be7059de5d37a553c056a9dc (12.05.2014)

Nro. ° 70046438172 (N° CNJ: 0576611-44.2011.8.21.7000)⁹⁴, en donde el Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado de Rio Grande So Soul, con fecha 26 de Setiembre del 2013, resolvió la demanda seguida por Doña Ivone Catarina Da Silva, Gerson Luis Da Silva, Marilia Cristina Da Silva y Junior Luiz Da Silva, desestimando su pretensión de obtener una compensación por haber construido en un terreno que le pertenecía al Municipio de Novo Hamburgo.

Exponen los jueces brasileños que, la posición jurídica del Municipio se encuentra ampliamente protegida por la Constitución y no contraviene el “*direito social à moradia*” que proviene del principio a la dignidad de la persona humana.

En ese sentido, el tribunal de justicia brasileño estableció que la compensación solicitada prevista por el Art. 1255 no corresponde otorgarse en dicha causa. Tanto más – así lo establecieron – si la casa al ser construida de manera, esta podía ser levantada y llevada a otro lugar.

A.5. España

En España, la discusión en torno a la problemática materia de análisis, se inicia a raíz de lo regulado en el Art. 361 del Código Civil Español, en donde se precisa que el dueño del suelo “*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*”.

⁹⁴ Sentencia extraída de la siguiente página web:

<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113359710/apelacao-civel-ac-70046438172-rs>
(13.05.2014)

Sin embargo, por contener dicho ordenamiento jurídico diversos planteamientos y controversias jurídicas relevantes para el presente trabajo, procederemos a desarrollar este tema en los párrafos subsiguientes.



CAPITULO IV. JURISPRUDENCIA PERUANA

A continuación transcribiremos diversas casaciones emitidas por la Sala Civil Permanente y Transitoria de la Corte Suprema:

A. CAS. N° 228-2010 CALLAO

“...De la lectura de las sentencias de mérito se evidencia que las pruebas acotadas en el considerando precedente, no fueron analizadas, meritadas y cotejadas con los fundamentos de hecho y de derecho de la pretensión accesoria de accesión, puesto que, sólo después de realizar dicho ejercicio lógico jurídico, el Magistrado se encontrará en condiciones de determinar si existe o no la necesidad de que se instaure previamente un proceso de accesión de la edificación a fin de probar la mala fe o si por el contrario, con las pruebas existentes en autos, la mala fe ha quedado suficientemente acreditada, y consecuentemente sería perfectamente posible demandarla en forma acumulativa accesoria...”

“...El A quo en su sentencia afirma que existe una indebida acumulación en base a los siguientes fundamentos: La pretensión accesoria se concede si se otorga la principal, porque la accesoria es un derivado lógico de la propuesta como principal, y existe una dependencia cada vez mayor respecto de la propuesta como principal, siendo la accesoria un derivado lógico de la propuesta como principal, lo que no ocurre en lo referente a la accesión de la edificación o declaración de propietario de lo edificado en terreno ajeno de mala fe y en el caso de accesión se debe probar que el demandado construyó y que lo hizo de mala fe, por ello debió demandarse la accesión como principal para procederse luego a reivindicar el predio en su integridad; en consecuencia, la reivindicación deriva en un imposible jurídico dado que no se ha llevado a cabo en forma autónoma un proceso de accesión, en el que se haya probado la construcción efectuada por la demandada y de mala fe con que haya actuado después y así dejar

expedito el derecho para reivindicar el predio en su totalidad, incurriendo en causal de improcedencia al haberse interpuesto como pretensión principal sólo la reivindicación y la accesión como pretensión accesoria ...”

B. CAS. N° 311-2005 EL SANTA⁹⁵

“... se cumple con los requisitos para la procedencia de la acción reivindicatoria; de la misma manera, la Sala revisora confirma la apelada, pronunciándose respecto a las edificaciones, que la demandada construyó de buena fe por lo que resulta de aplicación el artículo 941 del Código Civil, es decir, la demandante puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar a la demandada a que le pague el terreno...”

“...se aprecia del acta de audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos obrante a fojas setenta y dos, que se fijó como tercer punto controvertido el determinar si a la demandante le asiste el derecho de reivindicación frente al título de propiedad de la demandada de las mejoras del inmueble subjudice; para tal efecto, se llevó a cabo el dictamen pericial de fojas ciento treinta y dos, según el cual se concluye que existen dos áreas construidas y separadas con total independencia por muros de albañilería, sobre los cuales existen edificaciones: por tal razón, se concluye que la resolución cuestionada no contiene un fallo extrapetita al pronunciarse sobre las edificaciones existentes toda vez que lo hizo en virtud de los puntos controvertidos fijados en la respectiva audiencia...”

C. CAS. N° 583-2004 ICA⁹⁶

⁹⁵ Sentencia extraída y transcrita de la siguiente página web: <http://www.juriscivil.com/>

⁹⁶ Sentencia extraída y transcrita de la siguiente página web: <http://www.juriscivil.com/>

"... no tiene la calidad de poseedor precario quien es dueño de la edificación construida sobre terreno ajeno, concluyendo además que la accionante no acreditó haber realizado la construcción levantada sobre el terreno materia de restitución, así como tampoco se había podido determinar de manera fehaciente la linderación y ubicación del predio, no configurándose el supuesto previsto en el artículo 911 del Código Civil..."

"...la recurrida se ha sustentado en los argumentos alegados por las partes en los actos postulatorios, limitando su pronunciamiento a la restitución del predio rústico precisado en el escrito de fojas diez, no evidenciándose por tanto que esta haya contravenido el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil..."

D. CAS. N° 751-2004 LIMA⁹⁷

"... Casación contra la sentencia que declara Improcedente la demanda de obligación de dar suma de dinero..."

"...conforme se desprende de la demanda el recurrente solicita que los demandados cumplan con pagar US 75137.74 correspondientes al valor actual de las edificaciones construidas por el demandante en el terreno ubicado en el lote dieciséis de la Manzana C Urbanización La Campiña de Chorrillos, amparando su pretensión en lo dispuesto en el artículo 942 del Código Civil argumentando que hizo las construcciones de buena fe y que son los demandados los que han actuado de mala fe apoderándose de lo construido para luego destruirlo sin reembolsar sus gastos ..."

"...la norma invocada por el recurrente para sustentar su pretensión está referida al derecho de accesión, por el cual el propietario de un bien adquiere por accesión lo que le permite optar por las alternativas señaladas en el artículo 941 del Código Procesal Civil, en tanto no se haya probado

⁹⁷ Sentencia extraída y transcrita de la siguiente página web: <http://www.juriscivil.com/>

su mala fe, mas no para quien habiéndose irrogado dicha calidad pretenda obtener este beneficio ..."

"...En el caso de autos, se advierte que la propiedad del terreno antes mencionado fue materia controvertida dentro de un proceso judicial, al haberse presentado varios acreedores respecto del citado bien, proceso en el cual el órgano jurisdiccional declaró el mejor derecho de propiedad de los ahora demandados; por consiguiente en el presente caso no corresponde al recurrente alegar el beneficio mas aun si no se ha acreditado la mala fe de los demandados ..."

E. CAS. N° 871-2009 LIMA⁹⁸.

"...se alega que existe innumerable jurisprudencia que establece la improcedencia de la acción de desalojo basada en la causal de ocupación precaria, cuando el demandante no ha probado que tanto el terreno como lo edificado le pertenece..."

"...resulta física y jurídicamente imposible pretender la restitución solo del terreno o también de la edificación ajena calificándola de accesoria; toda vez que en el primer caso, no puede separarse de éste la construcción levantada sobre el mismo; y en el segundo, a quien se entregue el terreno implícitamente se está haciendo entrega también de la construcción, lo que no resulta ajustado a derecho si solo se ha acreditado el derecho de propiedad sobre el terreno, como ocurre en autos; siendo que los atributos previstos en el artículo 923 del Código Civil y con efecto erga omnes conforme al artículo 2013 del citado, solo pueden ser ejercidos sobre lo que recae el derecho de propiedad y no sobre lo ajeno..."

"...esta Sala de Casación ya se ha señalado en forma reiterada y uniforme

⁹⁸ Sentencia extraída y transcrita de la siguiente página web: <http://www.juriscivil.com/>

que tratándose de una restitución de inmuebles compuestos por terreno y edificación debe tenerse presente que de acuerdo al artículo 885 y 954 del Código Civil son bienes inmuebles de modo independiente tanto, el suelo, como el subsuelo y el sobresuelo; y el artículo 955 del Código Civil establece que el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo; lo que significa que al ser bienes inmuebles independientes cada uno de ellos, a lo edificado sobre el suelo, esto es, el sobresuelo, no puede atribuírsele la calidad de accesorio a que se refiere el artículo 913 del Código Civil, sino la de principal, tal igual que el suelo o terreno; por ende, inaplicable el referido artículo...”

“...precisamente ante dicha imposibilidad física y jurídica es que nuestro Ordenamiento Legal ha contemplado el instituto jurídico de accesión, regulado en el Subcapítulo III Capítulo Segundo, Título II, Sección Tercera, Libro Quinto del Código Civil, estableciéndose en su artículo 938 que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él; sin embargo, cualquiera de las modalidades de accesión, en especial las reguladas en los artículos 941, 942, 943 del referido Código, ante la negativa de la otra parte, debe ser peticionada en vía judicial, ejerciendo el justiciable su derecho de acción...”

189,194CPC“...el demandado, no contradijo la demanda de desalojo por ocupación precaria en base a la no acreditación por parte de demandante del derecho de propiedad sobre la edificación levantada sobre el terreno que reclama, ..., no obstante la extemporaneidad en la formulación de dicha argumentación y en el ofrecimiento de medios probatorios, se estima que debe relevarse los fines del proceso y así resolver el conflicto de intereses; de tal modo que correspondía que el Juez de la causa, sin caer tampoco en dilataciones innecesarias ni en pedidos evidentemente dilatorios, incorporara al proceso los medios probatorios ofrecidos a posteriori por la parte demandada y luego del traslado respectivo a la parte

actora y la realización de una Audiencia Especial, de ser el caso, los valorara en la sentencia, nada de lo cual ha ocurrido; configurándose así la causal de contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso denunciada..."

F. CAS. No 1172-2006 CAJAMARCA. Reivindicación.

"... se ha determinado técnicamente que la demandada ha edificado en un área de propiedad de la demandante en el segundo piso en un área de cero punto trescientos doce metros cuadrados y en la azotea en un área de uno punto cero treintitrés metros cuadrados, por lo que al haber procedido así la demandada se determina la mala fe en obrar de ésta..."

"...el Juez de primera instancia ha declarado fundada la demanda y ordena que la demandada restituya la extensión de terreno de propiedad de la demandante en el segundo piso, en un área de cero punto trescientos doce metros cuadrados y en azotea en un área de uno punto treintitrés metros cuadrados, y la demolición de lo edificado en el terreno de propiedad de la demandante y la reposición de la pared que existía al estado anterior al daño causado a cargo de la demandada, bajo apercibimiento de ejecución forzada y el pago de quinientos nuevos soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios..."

"...el Colegiado Superior ha confirmado la sentencia apelada, considerando que con el informe pericial de fojas ciento tres se ha determinado que la emplazada ha edificado en un área de propiedad de la accionante, en el segundo piso en un área de cero punto trescientos doce metros cuadrados..."

G. CAS. N° 1458-2007 LIMA. Mejor Derecho de Propiedad.

"...la declaración del mejor derecho de propiedad importa el ejercicio de la atribución reivindicativa que consagra el artículo novecientos veintitrés del

Código Civil, la pretensión planteada por la Fundación ...resulta imprescriptible...”

“...la acción reivindicatoria (entendida como el derecho a reivindicar) no prescribe, debe entenderse que la presente demanda sobre declaración de mejor derecho de propiedad o pago alternativo del valor del inmueble se encuentra precisamente dentro de las excepciones al cómputo del plazo prescriptorio que establece el mencionado artículo dos mil uno del Código Civil...”

“...no obstante que el Código Civil señala expresamente como pretensiones imprescriptibles las reguladas en los artículos 664, 923 y 985, esto es, la acción petitoria de herencia, la acción reivindicatoria y la acción de partición, sin embargo dicha enumeración no es cerrada ni absoluta, en la medida que no impide que se puedan considerar que existan otras pretensiones que detentan el mismo carácter...”

“...en reiteradas ejecutorias supremas, esta Sala Civil Transitoria ha establecido que la declaración del mejor derecho de propiedad puede ser discutida inclusive dentro de un proceso de reivindicación, en vista de la necesidad de establecer la prioridad y preferencia de los derechos reales en contienda...”

H. CAS. N° 1529-2008 CAÑETE.

“...demanda de desalojo por ocupación precaria interpuesta por don Mauro Teodoro Chumpitaz Lara contra don Manuel De La Rosa Chumpitaz Lara, sosteniendo principalmente que con el demandado, quien es su hermano ha sostenido un proceso judicial de partición de bienes comunes, el que culminó con una sentencia favorable que le adjudica el inmueble sub- litis, el mismo que se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble de Cañete y es ocupado en forma precaria por este último...”

“...estableciendo que las partes del proceso aceptan que el demandante es propietario del inmueble sub- litis, lo cual se halla corroborado con la copia literal de la Partida número dos uno cero uno ocho ocho siete nueve de fojas tres, por lo que, el debate se centra en determinar si el demandado ha construido sobre el citado inmueble de buena fe, y si en cuyo supuesto le corresponde elegir entre destruir lo edificado o adjudicarse el terreno sobre el cual se ha edificado. Respecto a la vivienda a que se refiere...”

I. CAS. N° 2355-2008 APURÍMAC.

“...no cabe duda que la sentencia recaída en el proceso civil sustento de la demanda, es de condena, ya que al ampararse la acción entablada, se dispuso que el demandante pague el valor del terreno sub-litis o alternativamente que la demandada pague el valor de la construcción existente en dicho inmueble, conforme es de apreciarse a fojas cuarenta y tres; siendo evidente, asimismo, que dicho proceso aún no se ha ejecutado en tales términos...”

“...No obstante, debe tenerse en cuenta que el citado artículo 178 del Código Procesal. Civil, sólo establece un término final para la interposición de la demanda, al indicarse "hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuese ejecutable...", sin establecerse un término inicial del cómputo del plazo de caducidad. Por consiguiente, la interposición de la presente demanda, aún cuando no se ha ejecutado la decisión cuya nulidad se acciona, no resulta prematura como lo sostienen las instancias de mérito, ya que existe interés para obrar del demandante para que se deje sin efecto la sentencia recaída en el citado proceso. Es más, en la citada norma no se establece como requisito indispensable de la acción, que la decisión final de carácter ejecutable deba haberse ejecutado previamente para recurrir a la vía judicial...”

J. CAS. N° 2424-2010 CALLAO

“...se concluye que la posesión del demandado es de buena fe, creyendo que compraba un lote independizado y en tal calidad edificó el inmueble que le sirve de morada...”

“...Se trata del recurso de casación, contra la resolución de vista que confirma la sentencia apelada, que declara infundada la pretensión principal de accesión de propiedad por edificación de mala fe; infundada la pretensión accesorio de desalojo; y fundada en parte la pretensión subordinada de obligación de la parte demandada de pagar el valor comercial actualizado a la fecha de pago del terreno sub litis, y se ordenó que el demandado y la denunciada civil cumplan con pagar al demandante el valor comercial actualizado a la fecha de pago del terreno sub litis, el cual cuenta con un área de ciento cuarenta punto veinticinco metros cuadrados, monto que será fijado en ejecución de sentencia, previa pericia judicial que deberán realizar dos peritos, con el pago de costos y costas del proceso...”

K. CAS. N° 2981-2009 CALLAO.

“... en el presente caso, la sentencia recurrida confirma la apelada que declaró infundada la demanda de accesión, fundamentando principalmente su decisión en que el demandante estuvo en posesión del inmueble en virtud al contrato de arrendamiento celebrado con CORPAC Sociedad Anónima, el mismo que contenía determinadas obligaciones para los contratantes, dentro de las cuales se estableció que las mejoras quedaban a favor del arrendador, acotando que si bien se ha edificado de buena fe, sin embargo no ha quedado demostrada la mala fe del propietario del terreno...”

“... que para que se configure la buena fe de quien edifica, es necesario que el poseedor del inmueble ignore que el terreno sobre el cual construye

no es de su propiedad, situación que no se condice con el caso de autos, por cuanto el recurrente conocía al propietario del terreno con quien además suscribió el contrato de arrendamiento GCAP —OCF-001-2001-CONT, estableciéndose en la cláusula décimo primera las condiciones para las mejoras y modificaciones, por consiguiente no resulta arreglado a ley pretender que en sede casatoria se desconozcan los acuerdos y condiciones descritas y aceptadas en el referido contrato; ii). El artículo 942 del Código Civil, regula "La Mala Fe del propietario del suelo", aquí es menester indicar que durante el desarrollo del proceso no se acreditó la mala fe que se invoca, por cuanto como a lo ya expresado, el demandado tenía conocimiento de la edificación por haberse estipulado así en el contrato de arrendamiento; en consecuencia, no corresponde al caso de autos la aplicación de las normas denunciadas por el actor..."

L. CAS. N° 3355-2009 CALLAO.

"...Se trata del recurso de casación contra la sentencia de vista que declara infundada la demanda respecto a la pretensión principal de accesión de propiedad por edificación de mala fe en terreno ajeno y declaración al demandante de ser declarado propietario por accesión sin obligación de pagar el valor de la edificación existente sobre ella; infundada la pretensión accesoria de desalojo del bien sub litis; y, fundada la pretensión subordinada de obligación de los demandados a pagar el valor comercial actualizado a la fecha de pago del terreno sub materia; ordena que los demandados cumplan con pagar a la parte demandante el valor actualizado a la fecha de pago del terreno sub materia, monto que será fijado en ejecución de sentencia, previa pericia judicial que deberá realizarse por dos peritos del Registro de Peritos Judiciales de la Corte Superior de Justicia del Callao; y, exonera a los demandados del pago de costas y costos..."

"...el recurrente sostiene que la Sala Superior omitió pronunciarse sobre

sus alegaciones vertidas en la contestación de demanda, referidas a que por el transcurso del tiempo habría operado la prescripción adquisitiva ...”

“..., la cuestión controvertida del proceso consiste en determinar si la propiedad por accesión del demandante sobre el predio sub litis -ante la cual el demandado manifestó ser el propietario por haber operado la prescripción adquisitiva de dominio- pues lo había comprado hacía más de diez años a la Inmobiliaria Monterosa S.A, quienes además lo habían adquirido de su anterior propietaria Julia Noborikawa Noborikawa, por lo, que por un lado, la afirmación de la propiedad por accesión del demandante y la afirmación de propiedad del demandado por el otro, constituían la cuestión controvertida principal del proceso.

“...no se han pronunciado, sobre su pedido de tutela jurisdiccional de los derechos adquiridos de prescripción adquisitiva de dominio (usucapión) sobre el terreno sub litis, agrega que no obstante ello, cuidó que se emita resolución meramente declarativa de la prescripción adquisitiva ganada, la misma que por imperio de la Ley 28687 y Decreto Supremo 006-2006 Vivienda, tratándose de Centros Urbanos Informales que es de exclusiva competencia de la Municipalidad Provincial del Callao, obtuvo la Resolución de Gerencia 321-2006-MPC/GGDU del catorce de agosto de dos mil seis, por la cual se emitió la resolución declarativa de prescripción adquisitiva del inmueble sub litis a favor de la recurrente y su cónyuge. ...”

“...que las transferencias efectuadas por los poseionados del predio de litis no resultan oponibles a la parte demandante”. Con lo cual, en la sentencia de primera instancia se precisó que los demandados no podían oponer a la parte demandante la transferencia del predio hecho por Inmobiliaria Monterosa S.A, quienes a su vez adquirieron de Julia Noborikawa Noborikawa, porque estas personas no ostentaban derechos para tal efecto. ...

M. CAS. No 3794-06 CALLAO. Accesión.

“... no es objeto de los presentes actuados establecer si el inmueble sub litis ha sido afectado o no para fines de reforma agraria, sino establecer si el demandante es propietario del terreno sobre el cual los demandados han levantado su vivienda, y si éstos han edificado de buena fe o si, por el contrario, lo hicieron de mala fe...”

“...como quiera que los demandados adquirieron un inmueble que no contaba con habilitación urbana, resultaba razonable exigir que con una diligencia ordinaria éstos pudieron tomar conocimiento que el terreno que adquirieron se encontraba comprendido dentro del área inscrita en la ficha dos mil trescientos setentinueve del Registro de la Propiedad Inmueble del Callao; v) por tanto, concluyen que los demandados han construido de buena fe sobre terreno ajeno, por lo que deben pagar a su propietario el valor del terreno, conforme lo dispone el artículo novecientos cuarentiuno del Código Civil...”

N. CAS. N° 4136-2008 LIMA.

“... amparada la resolución de un contrato de compraventa que sobre el terreno materia de enajenación existan edificaciones construidas sobre el mismo de propiedad de terceros, la restitución del terreno no puede producirse toda vez que sobre el mismo existen dichas edificaciones ajenas a la parte vendedora, siendo irrelevante si dichas construcciones han sido de mala fe o de buena fe, dado que la restitución en modo alguno puede comprender bienes ajenos a las partes; empero, diferente sería sí a la pretensión de resolución de contrato se le hubiere acompañado la pretensión de accesión de lo edificado, allí sí resulta trascendente la determinación sobre el tipo de fe con el que obraron los propietarios de las edificaciones; sin embargo, dicha pretensión no ha sido peticiona en la presente demanda; por tanto, la declaración de improcedencia de la

segunda pretensión accesoria formulada en la demanda, consistente en el desalojo y entrega de posesión del inmueble sub-judice a favor de los actores, dictada en la sentencia de vista no comporta la interpretación errónea del artículo 1372 del Código Civil...”

“...ante dicha imposibilidad física y jurídica es que nuestro Ordenamiento Legal ha contemplado el instituto jurídico de accesión, regulado en el Subcapítulo III, Capítulo Segundo, Título II, Sección Tercera, Libro Quinto, del Código Civil, estableciéndose en su artículo 938 que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él; sin embargo, cualquiera de las modalidades de accesión, en especial las reguladas en los artículos 941, 942, 943 del referido Código, ante la negativa de la otra parte, debe ser peticionada en vía judicial, ejerciendo el justiciable su derecho de acción, esto es, debe ser expresamente planteada dentro de una demanda...”

“... resulta física y jurídicamente imposible pretender la restitución sólo del terreno o también de la edificación ajena calificándola de accesoria; toda vez que en el primer caso, no puede separarse de éste la construcción levantada sobre el mismo; y en el segundo, a quien se entregue el terreno implícitamente se está haciendo entrega también de la construcción, lo que no resulta ajustado a derecho si sólo se ha acreditado el derecho de propiedad sobre el terreno; siendo que los atributos previstos en el artículo 923 del Código Civil y con efecto erga omnes conforme al artículo 2013 del citado, sólo pueden ser ejercidos sobre lo que recae el derecho de propiedad y no sobre lo ajeno...”

“...abordando el tema sobre la naturaleza jurídica de las construcciones; que en efecto, de acuerdo a los artículos 885 y 954 del Código Civil son bienes inmuebles de modo independiente tanto, el suelo, como el subsuelo y el sobresuelo; y el artículo 955 del Código Civil establece que el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario

distinto que el dueño del suelo; lo que significa que al ser bienes inmuebles independientes cada uno de ellos, a lo edificado sobre el suelo, esto es, el sobresuelo o fábrica, no puede atribuírsele la calidad de accesorio a que se refiere el artículo 913 del Código Civil, sino la de principal, tan igual que el suelo o terreno.

O. CAS. N° 4156-2007 LA LIBERTAD.

“... que la pretensión de reivindicación y la de accesión pueden concurrir de modo accesorio, ya que en el supuesto de ampararse la pretensión principal, por el cual el propietario tiene derecho a poseer el bien (terreno), podrá adquirir por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él, dicho esto queda claro que las pretensiones planteadas no podrían concurrir de modo subordinado conforme se precisa en la sentencia de vista, más aún si dicha acumulación no ha sido formulada por el recurrente...”

“...El Colegiado Superior ha confirmado la apelada, alegando que si bien ha quedado plenamente establecida la propiedad del lote de terreno a favor de la demandante, pues al incumplir el demandado con el pago del precio en las armadas pactadas opera la reserva de la propiedad pactada a su favor, también es cierto que el fundamento esgrimido por el actor de la mala fe en la construcción del inmueble de dos plantas edificado sobre el terreno, no se encuentra acreditado en autos, ya que el demandado en su condición de comprador de un terreno, aun cuando sea en armadas y tenga limitado el atributo de la propiedad referente a la disposición del bien, tiene facultades propias a la de propietario, entre ellas la de edificar sobre él, siendo así no puede decirse que la construcción realizada ha sido de mala fe, por el solo hecho de no haber cumplido con el pago puntual de las letras de cambio a que quedó obligado. En dicho orden de ideas resulta que los hechos que sustentan la pretensión subordinada no han sido acreditados con medio probatorios idóneos...”

“...al configurarse la causal prevista en el inciso tercero del artículo ochenta y seis del Código Procesal Civil, corresponde declarar nula la sentencia impugnada, a fin de que se emite nuevo fallo, pronunciándose la impugnada respecto a las pretensiones de reivindicación y accesión...”

P. CAS. N° 5176-2007 AREQUIPA

“... que el ad quem ha establecido que la parte demandada sustenta su derecho en una escritura pública (no inscrita en los Registros Públicos), mientras que la parte demandante sí tiene inscrito su derecho en los Registros Públicos, por lo cual le corresponde el mejor derecho, siendo la escritura pública inoponible al derecho inscrito de su contraparte, en atención a lo prescrito por el artículo dos mil veintidós, primer párrafo, del Código Civil...”

“...el ad quem ha determinado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo novecientos cuarenta y uno del Código Civil, que los demandantes deben optar en ejecución de sentencia entre hacer suyo lo edificado y pagar su valor u obligar a los demandados a pagar el valor del terreno. En tal sentido, el ad quem parte del supuesto que los demandados han edificado en un terreno ajeno (a que tal como se ha expuesto resulta ser de propiedad de los demandantes); sin embargo, establece que la edificación existente ha sido efectuada de buena fe (en la creencia de ser propietarios). Es decir, se dan los supuestos de hecho de la norma contenida en el artículo novecientos cuarenta y uno del Código Civil...”

Una lectura de las diversas sentencias emitidas por la Corte Suprema, cuyos considerandos más importantes han sido transcritos en los párrafos anteriores, nos permiten advertir que nuestros colegiados supremos de justicia civil, desconocen la diferencia conceptual entre el resarcimiento y la indemnización

propiamente, aplicando indistintamente ambos términos de manera sinonímica en el supuesto de construcción en suelo ajeno y los efectos que este genera.

Así, hemos podido corroborar que, en el marco de los diversos procesos judiciales de reivindicación, desalojo por ocupante precario, accesión, etc. Los magistrados peruanos aplican e interpretan literalmente la norma civil, utilizando la regla de la buena fe para determinar si procede o no, el pago de una “indemnización” a favor de la persona que construye sobre un terreno que no le pertenece.

De igual manera, en muchas jurisprudencias se hace presente el criterio según el cual no procede una demanda de desalojo por ocupante precario, si el demandado acredita tener derechos de propiedad sobre la construcción. Este, razonamiento a nuestro criterio, resulta como consecuencia de una errada aplicación e interpretación de la norma. Esta problemática evidentemente no puede ser tratada en la presente investigación por la extensión de la misma.

CAPITULO V. ANÁLISIS DOGMÁTICO

A. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO *ACCESORIUM SEQUITUR PRINCIPALE*.

Cuando dos bienes de diverso dueño se incorporan el uno al otro o se acoplan entre sí, formando una unión indisoluble, sin que sea posible, por razones de índole económica o material la separación de estos ¿a cual de los anteriores dueños se le atribuye la propiedad del nuevo bien?

El derecho en relación a la interrogante planteada, históricamente ha otorgado una solución, aplicando para ello el principio “*accessorium sequitur principale*”. La aplicación de este principio obedece a razones de justicia, economía, seguridad y tráfico jurídico de bienes.

Prueba de ello es que la copropiedad en diversas situaciones determinadas, por estar siempre sometida a la decisión mayoritaria o unánime de los demás copropietarios, no es una alternativa viable. A manera de ejemplo, funcionalmente, no podemos concebir la idea de una persona cuya propiedad respecto de su auto se encuentra restringida por la propiedad que otra persona ostenta sobre las ruedas de ese mismo vehículo.

En ese orden de ideas, podemos señalar que aplicación de este razonamiento, cuando dos bienes se acoplen indisolublemente, el bien accesorio seguirá al principal. Por lo tanto el dueño del bien que tenga la calidad de principal se convertirá en nuevo dueño de la cosa accesorio. Admitida tal solución, resulta controvertido muchas veces resolver que bien resulta ser el principal y cual el accesorio.

Por ello, en este tipo de casos, para determinar que cosa es la principal y cual la accesoria, el derecho nos otorga diversos criterios y aspectos a tener en cuenta: la importancia, el valor y el volumen.⁹⁹

B. EL PRINCIPIO *SUPERFICIE SOLO CEDIT* COMO SOLUCIÓN HISTÓRICA AL PROBLEMA DE LA CONSTRUCCIÓN EN TERRENO AJENO.

El problema materia de estudio: construcción en suelo ajeno, constituye uno de los supuestos frente a los cuales opera la figura jurídica que hoy denominamos accesión. Como se ha visto anteriormente, históricamente la solución desde las épocas del derecho romano no ha variado; es y ha sido siempre la impuesta por el inveterado principio general de derecho romano: “*superficie solo cedit*”, “la superficie cede al suelo”.

Aunque nos sorprenda, el supuesto resulta producirse con bastante frecuencia en el ámbito de las construcciones urbanísticas, prueba de ello son los abundantes procesos que se ventilan en los claustros judiciales de nuestro país. La causa principal de tal situación, aparentemente suele ser la insuficiencia de terreno urbano; a ello, se suma la imprecisión de los linderos y a la poca ayuda que proporciona el catastro urbano.

Por ello, ha merecido un extenso tratamiento por la dogmática civilística. Así, para los juristas franceses Colin y Capitant, si dos cosas se encontraban reunidas y pertenecían anteriormente a propietarios distintos:

⁹⁹ Cabe recordar en este acápite la influencia del Jurista Francés POTHIER, J. Cit. Op. p. 123, cuando ese señalaba que “para conocer cual es la cosa que, en un todo compuesto de muchas cosas, forma la parte principal, y las que son solamente accesorias del mismo”, instauraba como “regla primera: Cuando de dos cosas se componen un todo, la una no puede subsistir sin la otra, y la otra puede subsistir separadamente, la que puede subsistir separadamente es considerada como parte principal, y la otra como accesoria”.

*“ambos en principio, deberían tener derecho a pedir su separación. Pero esta separación no es siempre posible, y, cuando lo es, lo mas frecuente es que no pueda realizarse sin deterioros, sin llevar consigo como consecuencia una pérdida de valor económico. La ley interviene, por lo tanto, y concede la propiedad de la cosa nueva, toda entera, al propietario de la cosa principal. Al mismo tiempo, y para que la equidad no sea sacrificada, concede al propietario de la cosa accesoria, en calidad de indemnización, una compensación pecuniaria, por lo menos cuando la incorporación no ha sido hecha por culpa suya y en condiciones que le hagan indigno de recibir esta indemnización”.*¹⁰⁰

Las didácticas expresiones transcritas literalmente, nos permiten colegir que a fin de resolver la problemática, la equidad resulta ser un punto de partida interesante, puesto que merced a ella, por imperio de la ley, se le concede al propietario de la cosa accesoria – en este caso el edificante – una compensación económica, que viene a ser propiamente una indemnización, mas no un resarcimiento, en tanto no existe propiamente un daño resarcible sino un desequilibrio económico.

Frente a este razonamiento de orden práctico, subsiste otro de orden racional, merced a la cual se dice que cuando la unión de dos cosas es completa, ambas desaparecen, pierden su individualidad, dando nacimiento a una cosa nueva, siendo de orden natural, atribuir esta nueva cosa al propietario de la anterior cosa más importante.¹⁰¹ Sin embargo, este último razonamiento se enfrenta a la interrogante ¿qué cosa debemos entender por más importante? La de mayor valor económico, moral, espiritual; la de mayor utilidad social, etc. Frente a estos cuestionamientos, será necesario analizar detenidamente cada

¹⁰⁰ COLIN, Ambrose, y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre Derecho civil español de Demófilo de Buen, segunda edición revisada por Juan Osorio Morales, tomo. II, vol. II, Madrid, 1942, p. 870*

¹⁰¹ *Ibidem.*

situación en particular, a fin de otorgar adecuadamente una solución, si no justa, por lo menos equitativa.

Nos dice Diez-Picazo, recordando el principio básico del cual derivan estos razonamientos: *accessorium sequitur principale*, que como regla general se tiene que el dueño de la cosa principal ostenta el papel rector.¹⁰²

Sin embargo, no aclara el profesor español que:

“lo que debería tenerse en cuenta no es tanto ese dogmático poder absorbente del dominio del suelo que corresponde a una ideología en trance de superación, cuando un criterio de utilidad social: el mantenimiento o la conservación de una obras que es socialmente útil y la búsqueda de una situación clara y segura, eludiendo la coexistencia de complicados derechos concurrentes”

Para este autor, la tierra no es otra cosa que un elemento más que se liga con otros en un ciclo productivo para que un bien de utilidad social aparezca.

Frente a estas conjeturas, en pleno apogeo del denominado “boom inmobiliario”, conviene precisar que en nuestro país, existen innumerables construcciones cuyo valor supera largamente el del terreno sobre las que fueron construidas. Por lo que, aplicando el criterio del profesor Diez-Picazo, podríamos señalar que no solo el valor económico de algunas construcciones supera el valor del suelo sobre las que fueron construidas; sino también, bajo un criterio de utilidad social, en definitiva, las construcciones resulta ser lo principal y el terreno lo accesorio.

Ayudados de este razonamiento, la doctrina y jurisprudencia española desde la STS de 31 mayo 1949 (RJ 1949, 721), planteó una solución a los problemas

¹⁰² DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario registral. Vol. III, Madrid, 1998, p. 177.*

derivados de la construcción extralimitada, creando una suerte de accesión invertida, en donde el suelo cede al edificio, por las razones antes expuestas. En nuestro país, a diferencia de España donde existía un vacío normativo, no hemos tenido ese tipo de problemas, en tanto se regula en nuestro Código civil, los efectos de la construcción extralimitada, (Art. 944.-invasión de suelo colindante), supuesto tan recurrente en las construcciones de condominios y/o edificios en donde –a fin de maximizar el lucro– las empresas constructoras e inmobiliarias, proceden excavar profundamente sus inmuebles, recurriendo a procedimientos de ingeniería estructural que por más avanzados, la mayoría resultan invasivos del subsuelo de la propiedad adyacente; ocurriendo que la mayoría de veces, estos actos, no precisamente se concretan de buena fe, imperando el abuso de quien ostenta un mayor poder económico.

Retomando el análisis dogmático del supuesto: construcción en suelo ajeno, en el derecho Alemán, el profesor emérito de la Universidad de Berlín Martin Wolff, nos enseña que, estos supuestos, resultan especialmente abundantes en los casos de insuficiencia de catastro¹⁰³; por lo que frente al derribo que da lugar a una desintegración o aniquilamiento de lo construido, lo cual tiende a destruir los valores económicos dignos de ser conservados, resulta una solución mucho más satisfactoria otorgar remedios que compensen la tolerancia de las construcciones.

Por su parte, Marcel Planiol y Georges Ripert, consideran que el estudio debe iniciarse por distinguir entre “los poseedores”. Para estos autores: *“cuando una persona construye con materiales de su propiedad, en un terreno que no le pertenece. La construcción no es del constructor; pertenece al propietario del terreno en virtud de la accesión”*.¹⁰⁴

¹⁰³ WOLFF Martin, *Derecho de Cosas, traducción de la Trigésima segunda edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencias españolas por Blas Perez Gonzales y Jose Alger. Vol. I. Barcelona, Bosch, 1936, p. 325.*

¹⁰⁴ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, *Derecho Civil, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 484.*

En ese sentido, los citados juristas franceses se formulan una serie de cuestionamientos, dentro de los cuales, destacan los siguientes: ¿qué derecho tiene este propietario de recuperar su terreno? ¿Puede obligar al constructor a demolerlo? ¿Puede conservar la construcción sin indemnizar al propietario? En caso contrario ¿cómo se calculará la suma que de pagar?

Así, para poder responder las interrogantes anotadas, en atención a las teorías clásicas que tienen su inicio en el Derecho Romano, Planiol y Ripert consideran que la buena o mala fe, es el factor fundamental frente al cual se debe optar por soluciones diversas.

C. EFECTO JURÍDICO REAL PRINCIPAL: A PROPÓSITO DEL ENFRENTAMIENTO ENTRE LA TEORÍA QUE PROPUGNA LA ATRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD DE MANERA DIFERIDA Y LA QUE PROMUEVE LA AUTOMATICIDAD DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA.

La atribución de la propiedad al propietario del suelo, respecto del todo resultante, resulta ser el efecto real principal que genera la construcción en suelo ajeno.

El hecho de que medie buena o mala fe, es decir que conozcan o no, de la no pertenencia de la cosa a la que estaban uniendo su bien, generará únicamente consecuencias jurídico – obligatorias de diversa naturaleza: compensatorias o indemnizatorias y resarcitorias propiamente, las cuales serán analizadas en el acápite subsiguiente.

En el supuesto exista mala fe, el criterio de la doctrina es uniforme, al señalar que la atribución de la propiedad se produce desde la unión indisoluble, a menos que el propietario del suelo prefiera rechazarla y optar por demoler lo construido a costa de quien construyó indebidamente. Consideramos lógica y coherente tal afirmación.

Sin embargo, en el caso del edificante en suelo ajeno de buena fe, la doctrina no es pacífica en cuanto al momento en que se produce tal atribución. Así nos lo plantea Sanchez Boluda, quien anota que en España la discusión ha generado sendos debates académicos.¹⁰⁵

Una primera posición representada por un gran número de estudiosos del derecho, opta por conjeturar que la adquisición de la propiedad no es automática¹⁰⁶. A esta posición vamos a denominar la teoría de la accesión diferida.

En España, esta discusión se realiza a raíz de una expresión contenida en el Art. 361 del Código Civil Español, en donde se precisa que el dueño del suelo *“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”*.

En ese sentido, el profesor de la Universidad de Sevilla, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, quien ha dedicado sendos artículos y ensayos al tema materia de estudio, los cuales destacan por su meticulosidad en el análisis y desmitificación de postulados que se pensaban vigentes, nos enseña que en apariencia, la letra de la norma española (Art. 361), puede hacer creer que, la accesión se torna en diferida, condicionada a la voluntad y decisión del *dominus soli*, quien dentro de la gama de opciones que le otorga el derecho, puede finalmente optar por pagar una compensación a favor de la persona que construyó indebidamente de buena fe.¹⁰⁷ Sin embargo, señala el mismo autor que esto no es tan cierto.

¹⁰⁵ NUÑEZ BOLUDA, Maria. *La accesión en las edificaciones*. Cit. Op. p. 117.

¹⁰⁶ Dentro de los autores que niegan la automaticidad, se encuentran juristas de la talla de Manresa, De Diego, Castan, Puig Brutau, Diez Picazo, La Cruz, Doral y Torres Lana.

¹⁰⁷ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA Guillermo, *El automatismo en la accesión inmobiliaria*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* Nro. 729, Sevilla: 2008, p. 52.

Efectivamente, la posición que opta por la teoría de la accesión diferida, entiende que cuando el Art. 361 del Código Civil Español, alude al derecho “a”, lo realiza como si aparentemente la adquisición de la propiedad por accesión aún no se hubiere producido.¹⁰⁸ Para este sector, la hipótesis del Art. 361 del Código Civil Español, no opera automáticamente tras la incorporación de la construcción al suelo; entiende esta posición que la accesión se encuentra diferida y/o condicionada: (i) primero, a la opción que adopte el propietario del terreno en el cual se levantaron las construcciones; y, (ii) segundo, al pago de lo accedido, sea el pago de la obra construida (primera opción, sea el pago del terreno (segunda opción), siendo por ende constitutiva la sentencia que se pronuncie al respecto.¹⁰⁹

Históricamente a esta posición se adhiere una sentencia del Tribunal Supremo Español expedida el 02 de Enero de 1928, en donde se realiza la siguiente reflexión:

“Considerando que con relación a estos últimos casos, cuando ha intervenido la buena fe, si bien en el artículo 361 se establece el derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, dispone que ha de ser previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, lo cual, interpretado, no solo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que lo informa, conduce a estimar que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado, y está en el caso de optar por adquirirlo mediante esa indemnización, o por obligar al que construyó o al que de él traiga causa a pagarle el precio del terreno ocupado, según dicho artículo”.

¹⁰⁸ SOTO NIEGO, F. “La construcción extralimitada”, en *Estudios jurídicos varios, volumen I*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 138.

¹⁰⁹ GARRIDO PALMA, Victor Manuel. “Superficies solo cedit” *El principio de accesión y el principio de superficie*, en *Revista de Derecho Notarial*, 1969, p. 132

Posteriormente, los tribunales españoles expidieron muchas otras sentencias en cuyo razonamiento lógico – jurídico, se repite el criterio ya mencionado, siendo una de las más recientes la STS dictada el pasado mes de Febrero del año 2006, en donde expresamente los jueces españoles concluyen su juicio, de la siguiente manera:

*“ha de mantenerse la doctrina uniforme sobre la materia con relación al artículo 361 del Código Civil y por ende ha de proclamarse que esta disposición legal no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno”.*¹¹⁰

Dicho de otra forma, para este sector de la doctrina española, la atribución de la propiedad a favor del *dominus soli*, no es automática, por lo cual sostienen que este último solo cuenta con un derecho potestativo que le otorga la posibilidad de adoptar dos diferentes soluciones: (i) pagar una compensación por lo construido (indemnizar y/o compensar propiamente al que construye y sufre el desequilibrio económico); o, (ii) vender el terreno a favor del que construyó¹¹¹.

La interpretación en que se apoya la doctrina española mayoritaria, a criterio de Cerdeira, peca de superficial y literal, y se limita a realizar un análisis parcial.¹¹²

En ese sentido, el profesor de la Universidad de Sevilla propone diversas objeciones a la teoría de la accesión diferida, dentro de las cuales destaca aquella que promueve la necesidad de una interpretación realmente sistemática de todos los artículos referidos a la accesión en el Código Civil Español, desde los fundamentos contenidos en el Art. 358 en donde se encuentra contenido el famoso principio: *superficie solo cedit*. Asimismo, considera que al condicionar esta teoría la operatividad de la accesión a la

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹¹¹ LLAVEIRO RODRIGUEZ – PORRERO, Marta. “Laguna legal: derecho de accesión inmobiliaria en el supuesto de mala fe en el propietario y buena fe en el edificante” en *La ley*, 1994, p. 967.

¹¹² *Ibidem*, p. 53.

voluntad del dueño del terreno y al pago del valor de lo edificado y accedido, se originan serios problemas, que pueden ser advertidos del planteamiento de las siguientes interrogantes: ¿qué sucede, mientras el dueño de suelo toma una decisión y luego, una vez esta tomada, finalmente se paga lo accedido? ¿Durante ese periodo a quien le corresponde la titularidad de la obra? Y una vez adoptada la decisión y pagada la compensación, ¿opera acaso la accesión de manera retroactiva hasta el momento de la incorporación de la edificación al terreno, u operará irretroactivamente desde el pago de la compensación?¹¹³

Surge de esta manera en contraposición a la que hemos denominado teoría de la accesión diferida o condicionada, otra que propugna la operatividad automática de la accesión inmobiliaria, la cual a criterio nuestro propone alternativas de solución más adecuadas, puesto que estas se encuentran respaldadas por gruesas razones pragmáticas y teóricas. A esta se la ha denominado la teoría de la accesión automática.¹¹⁴

En relación al debate suscitado en la comunidad jurídica española, debemos detener nuestro análisis, a fin de precisar que en el Perú, pese a la arraigada tradición jurídica en cuanto al supuesto analizado, un gran sector de la doctrina ha obviado por completo esta discusión, a lo cual le ha seguido los pasos la jurisprudencia. Prueba de ello es que no hemos podido encontrar muchos textos que hayan pretendido interpretar la norma cuando esta –regulando el derecho potestativo del propietario del suelo – se refiere a: “puede optar entre

¹¹³ El Art. 358 del Código Civil Español regula: “Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”.

¹¹⁴ Para profundizar el estudio de esta posición, puede leerse a GONZALES Y MARTINEZ, Jerónimo. “El derecho real de superficie”, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1948, p. 258; NUÑEZ BOLUDA, M.D. *Cit. Op. p. 120 y ss*; ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: “La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 del Código civil”, en *La Ley*, 1985-4º, p. 477.

hacer suyo”.¹¹⁵ En ese sentido nos preguntamos ¿en el Perú opera la accesión de manera automática, o por el contrario, su aplicación es diferida, condicionada al cumplimiento de los efectos jurídico – obligacionales que genera la construcción en suelo ajeno?

Referente al tema en discusión, en nuestro país, destaca la opinión del profesor Gunther Gonzales Barrón, quien al referirse a las soluciones que propone el Art. 941 del C.C., destaca que en ambas subyace el principio de mantener en una sola mano la propiedad del bien.¹¹⁶

Sin embargo, en contraposición a la doctrina tradicional y jurisprudencia mayoritaria que entiende que la norma citada configura un derecho de opción únicamente a favor del titular del suelo otorgándole¹¹⁷, el citado autor sostiene que el denominado “derecho de opción” no resulta ser el mejor mecanismo para concluir la incertidumbre entre el dueño del suelo y el constructor.

Al respecto, coincidimos plenamente con tal afirmación. Para ello nos basamos en dos pronunciamientos jurisdiccionales – a nuestro criterio erróneos – expedidos por nuestra Corte Suprema, en donde se precisa que las “opciones” descritas en el Art. 941 del C.C. están previstas únicamente para el dueño del terreno, mientras que el edificador, no está legitimado para obligar a que el propietario del suelo le pague el valor de lo construido y/o obligarlo a que le venda el terreno.¹¹⁸

¹¹⁵ **“Artículo 941.- Edificación de buena fe en terreno ajeno.**- Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede **optar** entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.

¹¹⁶ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales. Jurista. Editores. Lima, 2005, p. 643.*

¹¹⁷ SANCHEZ VERA, Wilbert, *Código Civil Comentado. Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima, p. 271.*

¹¹⁸ Así se puede advertir de diversas sentencias de la Corte Suprema, expedidas con motivo de los siguientes recursos de casación:

Esta interpretación errónea de la norma, que opta por atribuir de forma diferida la propiedad, genera graves incertidumbres para las partes en conflicto, pues basta cuestionarnos ¿qué sucedería si el dueño del suelo no ejerce su derecho de opción?, ¿acaso el constructor deberá esperar indefinidamente?

Por ello – realizando una interpretación funcional de la norma – sostiene el profesor Gonzales que:

“el Art. 941 C.C. debe entenderse en el siguiente sentido: una vez realizada la edificación de buena fe, esta en forma automática se atribuye al titular del suelo en virtud de la máxima “superficies solo cedit”, y por lo cual el propietario queda obligado “per se” a pagar el valor de la construcción, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En tal caso, el constructor podrá reclamar en forma inmediata el valor, por lo cual su titularidad sobre la

(i) Cas. Nro. 1006-96-CALLAO: “... la accesión de propiedad por edificación de mala fe en terreno ajeno, tiene 2 elementos objetivos consistentes en que, el propietario del bien puede optar alternativamente por exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor, por otro lado, exige que se pruebe la mala fe del invasor que ha edificado...”

“... las pretensiones antes descritas no están previstas para que el invasor haga valer el pago de lo edificado, sino que autoriza a que el dueño del terreno, por la vía de la accesión, opte por las alternativas señaladas en aquella norma; que en el caso de autos, el demandante no está legitimado al amparo de la edificación de buena fe, para obligar a que el propietario le pague el valor de lo edificado, aun cuando se haya procedido de buena fe...”

(ii) Cas. Nro. 751-2004-LIMA: “... conforme se desprende de la demanda el recurrente solicita que los demandados cumplan con pagar US 75137.74 correspondientes al valor actual de las edificaciones construidas por el demandante en el terreno ubicado en el lote dieciséis de la Manzana C Urbanización La Campiña de Chorrillos, amparando su pretensión en lo dispuesto en el artículo 942 del Código Civil argumentando que hizo las construcciones de buena fe y que son los demandados los que han actuado de mala fe apoderándose de lo construido para luego destruirlo sin reembolsar sus gastos ...”

“... la norma invocada por el recurrente para sustentar su pretensión está referida al derecho de accesión, por el cual el propietario de un bien adquiere por accesión lo que le permite optar por las alternativas señaladas en el artículo 941 del Código Procesal Civil, en tanto no se haya probado su mala fe, mas no para quien habiéndose irrogado dicha calidad pretenda obtener este beneficio ...”

*edificación se convierte (“se subroga”) en un derecho de crédito. Por el contrario, solo si el dueño del suelo ejerce el derecho potestativo de obligar a la compra del terreno, entonces automáticamente el constructor se hace dueño de este y más bien quien era titular del suelo se convierte en titular de un crédito, consistente en su valor comercial y actual”.*¹¹⁹

No obstante lo esgrimido en el plano nacional, consideramos que además de las razones detalladas por las cuales se advierte que resulta un error optar por la teoría de la accesión diferida, existen otras de igual calibre. Para analizarlas, debemos retomar el debate instaurado en España.

Así, retomando el planeamiento del profesor Cerdeira, este señala que toda interpretación sistemática debe partir desde un único fundamento: el principio *superficie solo cedit*.¹²⁰

Así, nos encontramos ,pues frente a pura ley natural o física, en donde resulta triunfadora la cosa que puede existir soberanamente, esa es la cosa principal, por que esta ejerce hacia la otra una fuerza atractiva, atrayente, o centrípeta que la hace dependiente de ella.¹²¹

Aplicando estos postulados genéricos al supuesto: construcción en suelo ajeno, podemos señalar que el efecto de atribución de la propiedad al propietario del suelo mediante la aplicación del principio “*superficie solo cedit*”, obedece a que el suelo ejerce la fuera atractiva en relación a la construcción realizada sobre él, no tanto por el valor económico mayor, sino por que si se comparan ambos, el suelo puede existir independientemente de la edificación;

¹¹⁹ GONZÁLES BARRÓN, *Gunther, cit. op. p. 644.*

¹²⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA *Guillermo, Cit. Op. 54.*

¹²¹ *Ibidem, p. 55.*

por el contrario este no podría existir por si solo, no tendría en donde sostenerse.¹²²

En ese sentido, la posición que adopta la teoría de la accesión automática, señala que desde una óptica global del sistema jurídico, la *ratio legis* de las normas que regulan el supuesto de construcción en suelo ajeno, es la de la accesión automática derivada de una razón natural: la unión indivisible de dos cosas. Por ende, pretender lo contrario, sería desnaturalizar la institución de la accesión, originar una fractura histórica en una institución inveterada, que a lo largo de toda su historia, siempre ha funcionado de forma automática.

Por otro lado, no son únicamente razones dogmáticas y hermenéuticas las que conllevan a considerar que la tesis de la accesión automática es la mas acertada. Existen razones prácticas que nos dan cuenta del origen de un problema fundamental, germen de muchos otros que derivan en secuelas: la inseguridad jurídica que se genera. Como ya lo anotáramos en los párrafos precedentes, si aplicamos la teoría de la accesión diferida ¿qué sucedería mientras el dueño del suelo no toma una decisión?, ¿a quien le corresponde la construcción, en el tiempo que transcurre entre la unión o incorporación de los bienes objetos de la accesión hasta el pago de la compensación por lo accedido?, ¿cuando acabaría la incertidumbre?.

Dentro del sector de la doctrina española que respalda la teoría de la accesión diferida, destacan los juristas Santos Briz, Puig Peña, Albaladejo, entre otros, quienes sostienen que desde la incorporación hasta que el dueño del terreno decide y se paga lo debido, nadie ostentaría la propiedad del edificio, ni nadie,

¹²² *Es ilustrativa la explicación de POTHIER J., cuando citaba como “primer ejemplo de esta regla, el caso de que alguno hubiese construido un edificio sobre un solar de mi propiedad. El edificio y mi solar forman un todo del que mi solar es la parte principal, y el edificio la parte accesoria; por que el solar puede subsistir sin el edificio, y al contrario el edificio no puede subsistir sin el solar sobre el que se ha levantado. Por cuya razón el dominio que yo tengo de mi solar me hace adquirir por derecho de accesión...”*

por tanto podría ejercitar unos de los derechos que emanan de esta derecho: la reivindicación.¹²³

En ese sentido, por un lado, el constructor únicamente ostentaría el derecho de posesión sobre la obra que ha ejecutado; y por el otro, el dueño del suelo solo contaría con un poder potestativo, una expectativa de adquisición del edificio levantado, condicionada a que adopte una de las 2 opciones.

En suma, frente a los diversos inconvenientes prácticos y teóricos que genera la teoría de la accesión diferida, consideramos que la tesis de la accesión automática, resulta ser más funcional y guarda mayor logicidad con el principio *superficie solo cedit*, merced al cual se tiene que la accesión opera automáticamente, desde la incorporación del edificio al suelo.

D. Efectos jurídico – obligacionales que genera la accesión .

Como bien hemos señalado, el problema neurálgico en este punto esta referido a la naturaleza jurídica de las obligaciones que generan la construcción en suelo ajeno. En ese sentido, es sumamente importante identificar la naturaleza jurídica de las obligaciones jurídico obligacionales contenidas en los Arts. 941, 942 y 943 del Código Civil Peruano; pues teniendo claramente definida tal situación, podremos aseverar sin temor a equivocarnos que nos encontramos ante deudas de carácter compensatorio y/o retributivo, o ante resarcimientos derivados de la responsabilidad civil. Por lo tanto, *prima facie* debemos cuestionarnos ¿existe una diferencia entre los términos resarcimiento e indemnización?

En este acápite, un aspecto a tomar en cuenta, es el de la buena o mala fe del edificante, la cual resulta trascendental, en la medida que en virtud a esta condición, se otorgan diferentes remedios a los sujetos de derecho. Son dos

¹²³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Cit. Op.* p. 68.

las concepciones jurídicas fundamentales sobre el concepto: la primera entiende a la buena fe como una honradez subjetiva originada en la creencia errónea de que la conducta que se realiza no es antijurídica; y una segunda que, estima la buena fe más objetivamente, como un conjunto de reglas de honradez existentes en el tráfico jurídico a las cuales debe atemperarse el sujeto agente.¹²⁴

D.1. La doctrina italiana que diferencia la *indennità* y el *risarcimento del danno*.

Como anotáramos en la introducción de la presente investigación, el célebre profesor de la Universidad de Perugia - Italia, Adriano De Cupis, en el año 1946, fecha en que vio por primera vez la luz la *Teoría general del daño*, se preguntaba si dentro de la responsabilidad era oportuno distinguir la indemnización, del resarcimiento¹²⁵.

Ya desde esa fecha, el egregio profesor de la Universidad de Perugia, anotaba que el legislador de su país, empleaba, casi siempre, la expresión “indemnización”, “indemnidad” en vez de “resarcimiento”, lo cual – a su criterio – tenía lugar en los supuestos de daño no antijurídico.

En Italia, el termino *indennità* no supone el resarcimiento de un perjuicio, por el contrario, se distingue nítidamente del *risarcimento del danno*¹²⁶. Así no lo enseña CICCARELLI, cuando señala que:

“In conclusione sembra lecito affermare che testì legislativi è dato ricavare una nozione tipica di indennità: in essa vanno ricomprese tutte le ipotesi in cui un

¹²⁴ NUÑEZ BOLUDA, María. *“La accesión en las edificaciones”*. Barcelona: Jose María Bosch Editor S.A., 1994, p. 134.

¹²⁵ DE CUPIS, Adriano. *Cit. Op.* 759.

¹²⁶ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. *El contrato de agencia comercial, análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano – germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia. En Revista e-Mercatoria, Volumen 7, número 2, 2008, p. 9.*

*soggetto è tenuto ad una prestazione in danaro, quale corrispettivo di un servizio da altri prestato, considerazione del sacrificio, consentito legge, dell'altrui interesse. Si tratta di una prestazione che mira alla reintegrazione tanto del patrimonio (nel suo complesso quanto piuttosto del singolo bene (autonomamente considerato). Elementi caratterizzanti la categoria descritta sono dunque: la corrispettiva mancanza dell'illecito ed il carattere pecuniario della prestazione. In altri casi, invece, nella previsione normativa si rinviene l'elemento dell'illecito quale però (con riguardo ad effetti determinati) si prescinde: e pertanto è giustificato il riferimento all'indennità, che sottolinea la funzione compensativa ed il contenuto pecuniario della obbligazione – e da questo punto di vista, si è detto, può accogliersi l'opinione di chi mette in evidenza che in tali hipótesis non è dato il risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c.”.*¹²⁷

Un ejemplo claro que nos permite advertir diáfananamente la distinción entre resarcimiento e indemnización, es el relativo al pago del justiprecio por motivos de expropiación como una indemnización que constituye un instrumento de justicia retributiva para lo expropiado y de justicia distributiva para la colectividad.¹²⁸

Por lo tanto, el termino *Indennità* o *indennizzo*, en Italia es definido de la siguiente manera:

“... somma di denaro dovuta per riparare parzialmente la diminuzione economica subita dalla parte in conseguenza di un atto non illecito. L'(--)

¹²⁷ CICCARELLI, Sebastiano. *Indennità*, Enciclopedia del diritto, Tomo XXI, Giuffrè Editore, 1988, pag. 105.

¹²⁸ PELINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo – comunitario de las fuentes, situaciones subjetivas y relación jurídica*. En *Vlex*. 2008. P. 803. Extraído de: www.vlex.com

*differisce dal risarcimento del danno he consiste nell'integrale riparazione della lesione subita in conseguenza di un'attività antigiuridica.*¹²⁹

Esta definición es realizada en relación al Art. 1660 del Código Civil Italiano, en donde se regula lo siguiente:

“Se per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo. Se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità. Se le variazioni sono di notevole entità, il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere un equo indennizzo.

En ese orden de ideas, consideramos oportuno citar la Ley italiana 210/92 (publicada en la Gaceta Oficial No. 55, del 6 de Marzo de 1992), modificada y complementada por la ley 238/1997, en donde se prevé la concesión de una indemnización para aquellos que tienen un daño irreversible en el hígado debido a las transfusiones de sangre , vacunas o productos sanguíneos contaminados.

Esta indemnización, entendida como una compensación, según la norma en mención, también comprende al hijo afectado durante la gestación. Así se establece que la indemnización se inicia a partir del mes siguiente a la presentación de una solicitud y consiste en una asignación mensual entre 550 y 620 euros, dependiendo de la gravedad de los daños sufridos. De igual

¹²⁹ Así lo define el diccionario jurídico italiano BROCARDI, consultado electrónicamente el 10 de Septiembre del 2013.

<http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-iii/capo-vii/art1660.html>

La traducción libre que realizamos del texto aludido, es la siguiente: suma de dinero que se debe, en parte, a la reparación de la disminución económica sufrida como consecuencia de un acto, no de un ilícito, se diferencia del resarcimiento del daño, que consiste propiamente en la reparación integral del daño causado como resultado de una actividad antijurídica.

forma, se establece que posibilidad de obtener una indemnización en virtud de la Ley 210 se reconoce sólo para aquellos que pueden demostrar que han adquirido la infección a través de transfusiones de sangre , y no a los infectados por otras razones.

Por otro lado, se enfatiza que si a causa de la enfermedad, se deriva la muerte, los herederos - dentro del término de 10 años desde la fecha de la muerte – serán beneficiados con un cheque por € 77,468 euros, o con una “asignación mensual para el período de 15 años”.

La norma en comento, nos ilustra claramente sobre la diferencia materia de estudio entre indemnización y resarcimiento. En este caso, nos encontramos evidentemente frente a un supuesto de indemnización, cuya fuente resulta ser la norma jurídica (Ley italiana 210/92). En ningún momento se habla de un análisis de responsabilidad civil, solo basta que se presente el daño irreversible en el hígado debido a las transfusiones de sangre, vacunas o productos sanguíneos contaminados, para que se el gobierno italiano otorgue una indemnización a los perjudicados. Entendemos que estos pueden posteriormente interponer una demanda en búsqueda del resarcimiento por los daños.

D.2. Recepción en el Perú de la doctrina italiana que diferencia la indemnización y el resarcimiento.

En nuestro país, con motivo de los casos de daños cometidos por incapaces de discernimiento, el profesor Leysser León ha sido claro en señalar que en este tipo de casos, el damnificado tendrá derecho a una “indemnización” (equitativa) cuando sea el patrimonio del incapaz el que responde por el daño, o a un “resarcimiento”, cuando el que responda sea su representante.¹³⁰

¹³⁰ LEÓN H., Leysser L. *cit. op.*, p. 499.

Así, citando al profesor Arcangelo Distaso, el profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nos hace caer en cuenta que, respecto de la “indemnización equitativa”, otorgada en el caso de los casos de daños cometidos por incapaces de discernimiento, es necesario utilizar el adjetivo “equitativa”, en sentido de cuantificación, porque el “resarcimiento”, en cambio, debe siempre cubrir el entero monto del daño¹³¹. Advertimos de esta conjetura una suerte de indemnización compensatoria, que nítidamente se diferencia del resarcimiento.

Con mayor profundidad – prosigue el autor citando al profesor Renato Scognamiglio – la doctrina que debemos seguir ha contrapuesto al “resarcimiento”, que es el instrumento típico de reparación de los daños, otro remedio que también es aplicable cuando se tiene que hacer frente al sacrificio, menoscabo o lesión de intereses.¹³²

El remedio al que se alude en el párrafo precedente, no sería otro que el de la “indemnización”, en la cual – precisa con acierto, citando al profesor Sebastiano Ciccarello – se comprende a “todas las hipótesis en las cuales un sujeto esta obligado a una prestación en dinero, como contrapartida de un servicio prestado por otro, o atendiendo al sacrificio, permitido por la ley, de un interes ajeno. Se trata de una prestación que apunta a la reintegración, no tanto del patrimonio (globalmente considerado), sino del bien específico (autónomamente considerado)”¹³³

Como ya lo habremos advertido, la indemnización como remedio civil, se presenta en diversos supuestos, como por ejemplo: la expropiación, en el

¹³¹ *Ibidem*, p. 500.

¹³² SCOGNAMIGLIO, Renato, “Indennità” (1962), ahora en ID. , *Scritti giuridici, cit.*, vol. I, p. 313.

¹³³ CICCARELLO, Sebastiano, voz “Indennità (diritto privato)”, en *f del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milàn, 1971, p. 105.

campo de los seguros privados, en los despidos arbitrarios, en las separaciones de hecho o los divorcios, entre otros.

En cuanto a este último supuesto, es relevante la opinión del profesor Rómulo Morales, quien con motivo de la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, escribió un artículo en donde cuestiona las inexactitudes incurridas por la Corte Suprema. De dichos cuestionamientos, destaca la distinción entre indemnización y resarcimiento, de donde se puede colegir que – a diferencia de los daños emergentes, de los lucros cesantes y de las pérdidas de oportunidades – la indemnización es un remedio civil que opera como una obligación pecuniaria que se otorga con la finalidad de componer los intereses y/o recrear el equilibrio.¹³⁴

Así, el citado autor – citando al profesor Cesare Salvi – precisa que: “Lo que caracteriza tales hipótesis [*obligaciones indemnizatorias*] no es la circunstancia que un daño es “lícitamente” producido (según los llamados actos lícitos dañosos), y ni siquiera los criterios para la determinación del *quantum* (que generalmente se refieren a un resultado inferior a la pérdida efectiva); sino al hecho que el ordenamiento jurídico no reacciona frente a un daño, para resarcir, sino para la modificación recíproca, y tendencialmente permanente, de la esfera jurídica de dos sujetos, con incremento de una sobre la otra. La obligación indemnizatoria deriva, por lo tanto, de la exigencia –conforme a un principio general en materia de desplazamientos patrimoniales– de garantizar una justa contrapartida al sujeto cuya esfera jurídica es afectada”¹³⁵.

Por lo tanto, quedando claro que las indemnizaciones son prestaciones dinerarias que no pueden calificarse como resarcimientos, el citado autor, en referencia al pleno casatorio en comentario, señala que la confusión en que

¹³⁴ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el Tercer Pleno Casatorio*, artículo consultado el 9 de Marzo de 2014, en la página web:

http://works.bepress.com/romulo_morales/12/

¹³⁵ SALVI, Cesare, *La responsabilità civile, Seconda edizione*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 261.

incurrir la Corte Suprema, no solo es de corte terminológico, sino de carácter teórico¹³⁶. Así lo podemos advertir fácilmente de la lectura de dicha sentencia, sin embargo, como la misma no es objeto de nuestro estudio, obviaremos su análisis; pero no sin antes destacar que, precisamente la presente tesis, también pretende contribuir a que se eviten errores como los que anota el profesor Rómulo Morales, todo ello, mediante el uso correcto de los remedios civiles, atendiendo a su fundamento y razón.

Para finalizar este acápite, consideramos analizar brevemente un supuesto en donde salta a la vista fácilmente, la diferenciación entre indemnización y resarcimiento propuesta.

Nos referimos al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, instaurado mediante el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo Nro. 024-2002-MTC y modificado por Decreto Supremo Nro. 001-2004-MTC. Precisamente en dicha norma, se regula la responsabilidad civil que deriva de los accidentes de tránsito, así como las características y régimen del seguro obligatorio contra accidentes de tránsito (SOAT). Así, con atinada razón la doctrina nacional ha señalado que tanto las normas que regulan la responsabilidad civil y el SOAT son de distinta naturaleza jurídica, y por eso, en un caso, el causante tendrá el deber de pagar el resarcimiento por los daños sufridos y en el otro caso existirá la obligación de pagar la indemnización¹³⁷.

De lo expuesto, podemos advertir que en el caso del seguro contra accidentes de tránsito, prevalece el remedio civil indemnizatorio. Sin embargo, debemos

¹³⁶ MORALES HERVILAS, Rómulo, *cit. op. p. p. 3*.

¹³⁷ MORALES HERVILAS, Rómulo, “¿Indemnización por la no realización del hecho del tercero o resarcimiento por incumplimiento de la promesa del hecho del tercero?, en *Revista de la PUCP, Facultad de Derecho*. Número 57, Año 2004, p. 331.

señalar enfáticamente que la “indemnización debida por el asegurador nunca puede superar el daño sufrido por el asegurado”.¹³⁸

Por ende, propugnamos que si podemos mejorar el lenguaje técnico entre nosotros, utilizando el término “resarcimiento” únicamente para la reparación de un daño en donde ingrese a tallar un análisis de responsabilidad civil, e indemnización para los montos que se entregan como compensación, no por la comisión de un hecho ilícito, sino en mérito a diversas circunstancias, como por ejemplo el caso del seguro contra accidentes, en donde la el origen de la suma a pagarse, no encuentra fundamento en la ley, ni en la imputabilidad del año al sujeto que paga (nos referimos a la compañía de seguros, sino en la voluntad de las partes).¹³⁹

D.2. La necesaria distinción entre la obligación de indemnizar el valor de lo accedido y la de resarcir los daños causados: A propósito de los distintos efectos jurídico - obligacionales regulados en los Arts. 941, 942 y 943 del C. C.

El Código Civil Peruano¹⁴⁰ regula el supuesto construcción en suelo ajeno en los Arts. 941 al 943.

Así, cuando en terreno ajeno, de buena fe, se construye sin derecho para hacerlo (ilegítimamente), conforme lo regular el Art. 941 de nuestro Código Civil¹⁴¹, ingresa a tallar la accesión como efecto jurídico real.

¹³⁸ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Milán:Giuffrè, 2003, p. 440.

¹³⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo, *cit. op. p.* 332.

¹⁴⁰ *El Código Civil fue promulgado por Decreto Legislativo 295, publicado el 25 de Julio de 1984 en el diario oficial El Peruano y entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.*

¹⁴¹ *Artículo 941 del Código Civil Peruano.- “Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.*

Pero por otro lado, también se regulan efectos jurídico – obligacionales de naturaleza meramente indemnizatorios. Así, se establece que el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno.

Para hacer suyo lo edificado, se establece que debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. Este monto aludido, a criterio nuestro, constituye una indemnización otorgada a favor del constructor, la cual, encuentra fundamento en la propia norma, por el menoscabo económico generado al perder el valor de lo construido.

Debemos precisar con énfasis que, no encontramos frente a una reintegración de lo que uno ha perdido y otro ha ganado por accesión.

Lo mismo sucede si el propietario del suelo opta por obligar al invasor a que le pague el terreno. No estamos frente al resarcimiento de un daño, sino frente a la compensación o la reintegración del valor del bien segregado y que su anterior dueño pierde.

A criterio del profesor Guillermo Cerdería, – con el cual coincidimos en parte – palpita en este supuesto la idea de compensación, la de evitar el enriquecimiento injustificado, consistente en obligar al constructor beneficiado, enriquecido involuntariamente, a que compense, o restituya al empobrecido, a quien por esa misma accesión pierde lo que con su dinero y esfuerzo adquirió en su momento.¹⁴²

¹⁴² CERDEIRA BRAVO DE MANCILLA, Guillermo, *Responsabilidad extracontractual por construcción en suelo total o parcialmente ajeno*, en “*Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*”, Murcia: Universidad de Murcia, 2011, p. 346.

Lo propio sucede en supuesto regulado en el Art. 942 del Código Civil¹⁴³. En dicho texto, si el propietario del suelo obra de mala fe, es al constructor a quien le corresponde optar por pagar el valor comercial del terreno, o exigir que se le pague el valor actual de la edificación. No obstante establecidos por norma, los valores a indemnizar, consideramos – frente a la mala fe del dueño del suelo – que, adicionalmente el constructor de buena fe, también puede solicitar el resarcimiento de los daños causados. Por lo tanto, en este supuesto si podrían generarse daños a resarcir, merced a la conducta ilícita del dueño del suelo. Para tal efecto, se deberá realizar un análisis de responsabilidad civil, en donde seguramente – adicionalmente a la indemnización otorgada por ley a favor del constructor de buena fe – se concederá un resarcimiento de los daños ocasionados, como por ejemplo, los gastos a los cuales ha debido incurrir el constructor de buena fe para el saneamiento físico legal de la propiedad, los daños morales generados, entre otros que puedan plantearse de acuerdo a las circunstancias propias de cada caso.

Somos de esta opinión, en la medida que encontramos una marcada ambivalencia entre el texto del Art. 942 y 943. Así, mientras que en el primer supuesto legal, no se establece mayor sanción para el dueño del terreno quien actúa de mala fe, pues si solo se genera las posibles obligaciones indemnizatorias establecidas por ley, en uno u otro caso, no se verá muy afectado; en el segundo supuesto, las sanciones para el que edifica de mala fe, resultan ser mucho más graves.

En efecto, el supuesto de hecho contenido en el Art. 943 de nuestro Código Civil¹⁴⁴, regula una situación en donde quien actúa de mala fe (con pleno

¹⁴³ Artículo 942 del Código Civil Peruano.- “Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno”.

¹⁴⁴ Artículo 942 del Código Civil Peruano.- “Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización

concimiento de la ajenidad), es el constructor. Así, frente a ello, la norma faculta al dueño del terreno a exigir la demolición de lo edificado, la cual será de cargo del invasor, más el pago de un resarcimiento; o en su defecto de hacer suyo lo edificado sin la obligación de pagar su valor.

Como se puede advertir, en este supuesto también encontramos efectos jurídico obligatorios de naturaleza distinta. A saber, en un primer momento, cuando la norma señala que el dueño del suelo puede exigir la demolición, nos encontramos frente a una reparación *in natura* del daño, de donde se advierte plenamente la función distributiva del resarcimiento.

A este respecto, el profesor Leysser León, nos enseña que:

“... Atendiendo a que el remedio del resarcimiento busca recrear, en lo posible, el equilibrio de las situaciones alteradas con el evento dañoso, se deducirá, por fuerza, una nueva alteración, con la cual se subsanará el estado de desequilibrio generado. La vía para conseguir este objetivo es la imposición del pago de una suma de dinero o, en otras experiencias, de la reparación in natura; imposición que incidirá, ineluctablemente, en la situación del afectado con dicha carga. Para anotarlo con otras palabras: habrá un sujeto cuyo patrimonio decrecerá con la ejecución del resarcimiento. Este “empobrecimiento” no coincidirá, necesariamente, con un enriquecimiento de la parte beneficiada, porque ésta, en un primer momento, vivió a su vez una situación de menoscabo.”¹⁴⁵

Por otro lado, cuando el Art. 943 del C.C. menciona el pago de una indemnización, en atención a los postulados que hemos precisado anteriormente, consideramos que en este caso, esta haciendo referencia a un resarcimiento propiamente; por ende, el dueño del suelo, luego de acreditar la

correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor”.

¹⁴⁵ LEON HILARIO, Leysser Luggi, *Derecho a la Intimidad y Responsabilidad Civil: El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*, Cuaderno, PUCP, Lima, p. 25.

mala fe del constructor invasor, tranquilamente podrá solicitar el pago de los daños generados, bajo las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

Y finalmente, cuando en la parte *in fine* del Art. 943, se hace alusión a que el dueño del suelo puede optar por hacer suyo lo construido sin necesidad de pagar el valor de lo construido, consideramos que simplemente la norma está regulando en estricto el inveterado principio *superficie solo cedit*, sancionando al constructor con la imposibilidad de cobrar la indemnización respectiva por lo construido, debido a su mala fe.

En este aspecto, coincidimos con lo expuesto por el profesor Gunther Gonzales, quien nos advierte que de la redacción de la norma, se infiere que la “indemnización” solo procede cuando el propietario opta por la demolición, más no en el caso contrario, pues ello significaría un auténtico enriquecimiento sin causa del dueño.¹⁴⁶ Sin embargo, discrepamos en cuanto a la utilización del término “indemnización”, pues como lo hemos desarrollado en los párrafos precedentes, en este caso nos encontraríamos frente a un supuesto de responsabilidad civil, el cual desencadenaría un análisis que concluirá con el otorgamiento de un resarcimiento.

¹⁴⁶ GONZALES BARRON, Gunther, *cit. op.* p. 645.

CONCLUSIONES FINALES

1. Cuando dos bienes se acoplan indisolublemente, históricamente, merced al principio *accessorium sequitur principale*, la solución ha sido que el bien accesorio persiga al principal. Por lo tanto el dueño del bien que tenga la calidad de principal se convertirá en nuevo dueño de la cosa accesoría.
2. Sorprendentemente, el supuesto problemático, materia de estudio, resulta producirse con bastante frecuencia en el ámbito de las construcciones urbanísticas, prueba de ello son los abundantes procesos que se ventilan en los claustros judiciales de nuestro país. La causa principal de tal situación, aparentemente suele ser escasez de terreno urbano; a ello, se suma la imprecisión de los linderos y a la insuficiencia del catastro urbano.
3. La atribución de la propiedad al propietario del suelo, respecto del todo resultante, resulta ser el efecto real principal que genera la construcción en suelo ajeno. Sin embargo, existen dos teorías que se contraponen. La primera propugna la operatividad diferida de la accesión inmobiliaria, auspiciando – a nuestro criterio – la incertidumbre entre las partes en conflicto y generando mayores problemas. La segunda que ha sido denominada como la teoría de la accesión automática, responde a una interpretación funcional de la norma y otorga soluciones más adecuadas; además, responde con mayor logicidad al principio histórico *superficie solo cedit*.
4. A nuestro criterio, es correcta la doctrina italiana que diferencia el termino *indennità* con el *risarcimento del danno*. El primero responde a un remedio de justicia retributiva y se presenta en diversos supuestos.

Mientras que el según es el resultado de un análisis de responsabilidad civil.

5. Aplicando esta teoría al caso materia de análisis, concluimos en que la existencia de buena o mala fe por parte de las partes, es fundamental para desencadenar efectos jurídico – obligacionales distintos en el caso de la construcción en suelo ajeno. Así, pueden generarse efectos indemnizatorios que responden a una compensación otorgada a fin de restablecer el equilibrio entre las partes; y efectos resarcitorios destinados a reparar los daños que podrían causarse, previo análisis de responsabilidad civil. Por lo cual, consideramos que nuestra hipótesis ha sido corroborada plenamente.



BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS IRAZOLA, Guillermo José, Diseñando titularidades: El caso de la accesión por construcción en terreno ajeno. Asesor: Alfredo Bullard Gonzales, Lima, 2013.
- BARRILE Massimo. *La nuova disciplina sul risarcimento del danno da occupazione acquisitiva contenuta nell'allegato alla L. Finanziaria 1997 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 369/96*
- CAMACHO LÓPEZ, Maria Elisa. El contrato de agencia comercial, análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano – germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia. En Revista e-Mercatoria, Volumen 7, número 2, 2008
- CCICCARELLO, Sebastiano, voz “*Indennità (diritto privato)*”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1971.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA Guillermo, *El automatismo en la accesión inmobiliaria*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Nro. 729, Sevilla: 2008.
- COLIN, Ambrose y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de derecho civil*, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre Derecho Civil español de Demófilo de Buen, segunda edición revisada por Juan Osorio Morales, Tomo II, Vol. II. Madrid, 1942.
- D`ORS, Alvaro. “*El digesto de Justiniano*” . Tomo II. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1975.

- DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la segunda edición italiana a cargo de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch. 1970.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario registral*. Vol. III, Madrid, 1998.
- DOMAT, Jean, *Las leyes civiles en su orden natural*, trad. del francés por Felio Vilarruelas, y D. Jose Sarda, Segunda edición, Tomo II, Barcelona: Imprenta de Jose Taulo, 1844.
- GAYO. “*Institutas*” (texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro), 3.^a edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1987.
- GORLA, Gino, “*L’ accesione nel Diritto civile italiano*”, en “*Rivista Italiana pe le scienze giuridiche*”, Milán: Roma, 1931.
- GROTIUS, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. directa del original latino por Jaime Rorrubiano Ripoll. Tomo II. Madrid: Reus, 1925.
- GUEVARA PEZO, Victor, *Derecho Civil Peruano (visión histórica)*, Tomo II. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1996.
- LEITAO ÁLVAREZ – SALAMANCA, Francisca, *La formación histórica del modo de adquirir denominado “accesión”*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, XXIX, Valparaiso, 2007.
- LEON, Leysser, *La responsabilidad civil, Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Segunda edición corregida y aumentada, Jurista editores, Lima, 2007.
- MEJORADA CHAUCA, Martin, “*La superficie a la luz de la accesión y los integrantes*” en *IUS ET VERITAS*, Nro. 44.
- MORALES, Rómulo, *Resarcimiento del daño moral y del daño a la persona vs. Indemnización del desequilibrio económico a favor del cónyuge débil en el tercer pleno casatorio*, en

- Dialogo con la Jurisprudencia*, Nro. 153, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- LEON, Leysser, *La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano*, en “*Revista del Magister de Derecho Civil*”, Vol. 4-5, año 2000-2001, Lima.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *De los derechos reales, proyecto para un nuevo libro cuarto del Código Civil y exposición de motivos*. Lima: Editorial Desarrollo S.A., 1982.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *Los derechos reales, concordado con la Constitución de 1979*. Lima: Studium, 1984.
- MAZEAUD, Henry y León. *Código civil francés*, en , *Lecciones de Derecho Civil*, Parte 4ª Volumen III, Buenos Aires: Jurídicas Europa – América, 1965.
- MENTXAKA, R. "Praedia Rustica, Praedia Urbana. Consideraciones sobre los criterios distintivos en Derecho Clásico", RIDA 33, 1986.
- NUÑEZ BOLUDA, María. “*La accesión en las edificaciones*”. Barcelona: Jose María Bosch Editor S.A. 1994.
- PARICIO SERRANO, J., “La denuncia de obra nueva en derecho justiniano”, Sodalitas. Studi in onore Guarino 5, Napoli, 1984.
- PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, *Derecho Civil*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- POTHIER, Robert-Joseph, *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, trad. de Manuel Deó, anotado y concordado con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República de Argentina, Guatemala, México y Uruguay por Antonio Elias de Molins. Barcelona, 1882.
- PELINGIERI, Pietro. El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo – comunitario de las fuentes, situaciones subjetivas y relación jurídica. En Vlex. 2008.

- REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil, Antecedentes legislativos, Comparación con el Código de 1936*. Volumen I, Segunda Edición. Lima, 1988.
- RODRIGUEZ LOPEZ, Rosalía. “*Urbanismo y Derecho en el Imperio de Justiniano (527 – 565 D.C.)*. Material de Enseñanza“. Dykinson, 2012.
- ROMERO ROMAÑA, Eleodoro, *Derecho Civil, Los Derechos Reales*. Lima: Editorial PTCM, 1947.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, “Indemnità”, ahora en ID. , Scritti giuridici, cit., vol. I., 1962.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo, *Roma: edificación en altura. El negocio urbanístico inmobiliario de la superficie en el Derecho Clásico (Partel)*, en Revista de Derecho vLex, Nro. 85, Octubre 2010
- VON IHERING R. “El Espíritu del Derecho Romano”. Traducción por Fernando Vela, Revista de Occidente, Madrid 1962