

**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

---

**From the Selected Works of Marco Andrei Torres Maldonado**

---

December, 2016

# La edificación sobre terreno ajeno en los procesos de reivindicación

Marco Andrei Torres Maldonado, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

Enrique Varsi Rospigliosi, *Universidad de Lima*



Available at: <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/45/>

# *La edificación sobre terreno ajeno en los procesos de reivindicación*

*Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI*(\*)

*Marco Andrei TORRES MALDONADO*(\*\*)

## **I. PALABRAS LIMINARES**

En nuestro medio, no pocos son los temas relacionados con los derechos reales y el proceso civil que merecen atención debido a su trascendencia práctica. Precisamente, uno de ellos se encuentra referido a la denominada edificación sobre terreno ajeno en el marco de los procesos de reivindicación.

Así, en la ciudad de Lima, con ocasión del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil que se llevó a cabo los días 26 y 27 de marzo de 2010, se abordó la cuestión relativa al supuesto que dentro de los procesos de reivindicación la parte demandante no acredita la propiedad de la fábrica levantada sobre el terreno cuyo dominio ha probado tener (o no lo ha invocado) y la parte demandada tampoco alega ni acredita la propiedad de tal construcción sobre el terreno ajeno, ¿se deberá declarar fundada la demanda?

En el presente trabajo, analizaremos la conclusión a la que se arribó con ocasión del referido Pleno, y de la problemática de fondo que subyace a la misma.

---

(\*) Dr. iur., Dr. h.c., Mg., Prof. Hon. Mult. Profesor e investigador de la Universidad de Lima y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Representante del Perú ante el Comité Intergubernamental de Bioética de la Unesco. Socio Internacional del Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Miembro honorario del Instituto Peruano de Derecho Civil. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

(\*\*) Jefe de Prácticas de Derecho Civil, en los cursos de Derecho de las Personas, Acto Jurídico y Derecho de las Obligaciones en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad San Ignacio de Loyola. Asociado del Estudio Fernández, Heraud & Sánchez Abogados.

## II. SOBRE LA ACESIÓN EN GENERAL COMO MEDIO DE ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad sobre la tierra ha sido desde tiempo inmemorable, lo que ha distinguido económicamente a los hombres. Los romanos conocedores de esta situación, protegieron a la propiedad mediante el principio *superficies solo cedit*; es decir, lo que técnicamente conocemos con el nombre de accesión<sup>(1)</sup>.

La accesión consiste en que lo edificado, plantado o sembrado se presume realizado por el *dominus soli*, de tal manera que este hará suyo todo lo edificado, plantado o sembrado en el suelo de su propiedad, aunque haya sido realizado por otra persona.

La palabra accesión proviene de latín *accessio* que significa aumento o acrecentamiento. La idea contraria es la de *decessio* que significa disminución. El hecho natural de la accesión significa, en el sentido lato, toda agregación o fusión de una cosa con otra, ya se trate de bienes muebles o inmuebles<sup>(2)</sup>.

La accesión es un modo originario de adquirir la propiedad, tanto mueble como inmueble. En virtud de la accesión, el propietario de un bien adquiere lo que se une, adhiere o incorpora materialmente a él, sea natural o artificialmente. En consecuencia, la accesión es un modo de adquirir el dominio, basado en la adherencia o incorporación de elementos extraños a los bienes de nuestra propiedad<sup>(3)</sup>.

Para nosotros, la accesión es aquel modo originario de adquirir el dominio, según el cual el propietario de un bien hace suyo no solamente lo que ella produce, sino también lo que se le une o incorpora por obra de la naturaleza o por mano del hombre, o por ambos medios a la vez, siguiendo lo accesorio a lo principal. La accesión, como modo de adquirir el dominio, se

---

(1) ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles. “El derecho de superficie y el titular registral”. En: *Revista CT Catastro*. Nº 66, Dirección General del Catastro, Madrid, octubre de 2009, p. 26.

(2) PRUNELL, J. Antonio. “Dominio de las construcciones realizadas en suelo ajeno”. En: *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*. Año XL, Nº 1, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, enero - febrero de 2014, p. 447.

(3) RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo II, 3ª edición, Rodhas, Lima, 2007, p. 187.

encuentra prevista en el Sub-Capítulo III del Capítulo II del Título Segundo del Libro V del Código Civil vigente.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 938 del Código Civil, “el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él”. El presupuesto de la accesión, por tanto, según Gonzales Barrón<sup>(4)</sup>, es la existencia de dos bienes, uno de los cuales tendrá el carácter de “principal”, y el otro de “accesorio”. El conflicto requiere que los propietarios de ambos bienes, antes de la accesión, sean distintas personas. Por tanto, el presupuesto para que opere esta figura es la modificación objetiva del bien principal por virtud de la adhesión de un objeto accesorio perteneciente a otra persona.

La accesión es un modo de adquirir de todo lo que se junta a una cosa, sea natural, sea artificialmente. El hecho material que produce el efecto jurídico de operar la adquisición del dominio, es la unión de una cosa a otra, y como este fenómeno solo es posible en las cosas corporales, la accesión es un modo de adquirir que solo se aplica a estas cosas<sup>(5)</sup>.

La accesión significa el derecho del propietario a las cosas accesorias de su propiedad principal. Se dice que se es propietario a título de accesión cuando se es propietario simultáneamente de los accesorios que se encuentran unidos a la cosa principal<sup>(6)</sup>. Así, la accesión es el modo de adquirir la propiedad de una cosa ajena, que viene a incorporarse económicamente a la cosa principal.

En consecuencia, solo cuando una cosa distinta se adhiere, natural o artificialmente, a otra de nuestra propiedad, podemos decir que hemos adquirido

---

(4) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I, 3ª edición, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 988. Así, en la accesión existe adherencia o conjunción física de la cosa corporal accesorio con la principal; esto es, cuando una cosa con individualidad singular o distinta se une a la principal, y por tal unión pierde aquella su ser individual y toma la condición de esta por haberse confundido con ella. Para que haya accesión se precisa, además, que sean cosas ajenas, las que se juntan, ello determina una modificación o cambio jurídico sustancial en el estado e índole de la accesorio. RIVAS CADENA, Leonardo. *Derecho Civil. Estudios de libro II del Código Civil*. Casa de la Cultura, Quito, 1990, p. 227.

(5) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales*. 3ª edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1974, p. 295.

(6) En similar sentido, se afirma que se adquiere el dominio por accesión cuando la cosa va a unirse, natural o artificialmente, a otra (principal) aumentándola o acrecentándola. En este caso, la persona viene a ser propietaria por efecto de la accesión. MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos Reales*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 458.

algo nuevo “a título de accesión”, que algo nuevo se ha agregado a lo que ya se tenía<sup>(7)</sup>.

Cabe precisar que, aunque en el siguiente apartado abordaremos la denominada construcción con materiales propios en terreno ajeno, en tanto es lo que expresamente regula nuestro Código Civil, creemos que dicho tratamiento también se hace extensivo a los supuestos de siembra y plantación, hipótesis en las cuales, en sentido estricto, no estamos frente a un edificador, sino ante un sembrador y plantador, respectivamente. En tales casos los artículos 941, 942 y 943 del Código Civil, tratados a continuación, serán igualmente aplicables<sup>(8)</sup>.

### III. SOBRE LA DENOMINADA ACCESIÓN INMOBILIARIA ARTIFICIAL

Según una atenta doctrina italiana<sup>(9)</sup>, en la base del fenómeno de la accesión, como hemos visto, puede estar un evento natural (crecimiento espontáneo de un árbol) o una actividad humana (edificio). Pero, para los fines de la adquisición lo decisivo es el evento como tal, considerado en su materialidad.

Precisamente, en el presente apartado abordaremos la accesión inmobiliaria artificial, también denominada como accesión inmobiliaria industrial o accesión de edificaciones, la cual es aquella que resulta de la actividad humana.

En opinión de Ramírez Cruz<sup>(10)</sup>, aquí se regulan los conflictos que se originan entre el dueño del suelo o terreno y el propietario del edificio; es decir, de lo construido o edificado, sea porque se ha edificado ajeno o con materiales

---

(7) MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*. Tomo I, 7ª edición, Editorial Zavallía, Buenos Aires, 2004, p. 326.

(8) Curiosamente, nuestro Código Civil sí reconoce los supuestos de siembra y plantación en los casos de empleo de materiales ajenos en terreno propio. En dicha hipótesis el dueño del suelo se hace propietario vía accesión de los materiales, semillas o plantas ajenas. El artículo 945 del Código Civil establece que: “El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados. Si la edificación o siembra es hecha de mala fe se aplica el párrafo anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.

(9) BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*. Traducido por Fernando Hinestrosa. Tomo I, volumen 2, 2ª reimpresión, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 574.

(10) RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Ob. cit., p. 199.

ajenos. Este modo de adquirir el dominio queda reducido, en esencia, a la regla general que preside esta cuestión y que se basa en el aforismo *superficies solo cedit*; lo que se adhiere o incorpora a un predio, como consecuencia del trabajo del hombre, pertenece al dueño del suelo. Sin embargo, como veremos luego, la legislación peruana presenta ciertos matices novedosos.

Entonces, *a priori*, las normas sobre accesión sí atribuyen la propiedad a un sujeto: al dueño de la cosa principal, entendida esta como la más valiosa y tratándose de accesión inmobiliaria al dueño del suelo. Así, el artículo 938 del Código Civil está ordenado para procurar una más clara atribución de las titularidades, en el sentido de que su efecto consiste en que sobre cada solar recaiga solamente una exclusiva propiedad<sup>(11)</sup>.

La regla *superficies solo cedit* procedente del Derecho Romano, trae a nuestro ordenamiento una máxima que impide, salvo en aquellos supuestos previstos en la ley, la disociación de la propiedad inmobiliaria: el dueño del suelo, titular del *ius aedificandi*, lo es también de lo construido, sembrado o plantado, tanto por él como por terceros, salvo que estos sean titulares de un derecho de superficie, de aprovechamiento separado o de propiedad horizontal; la construcción, si no está en alguno de estos casos no abre folio registral ni es inscribible, solo lo es la finca<sup>(12)</sup>.

La construcción en suelo ajeno es una modalidad de accesión, particularmente importante en nuestra realidad sociológica, por lo que el tema es de alta conflictividad en los Tribunales. En tal caso, lo que se busca es evitar la incertidumbre jurídica producida por la existencia de dos propietarios sobre un mismo bien inmueble (el del suelo y el del edificio), y como un régimen de copropiedad es considerado antieconómico, la solución legal pasa por atribuir la propiedad a uno solo de los sujetos, con la obligación de restituir lo que signifique un enriquecimiento sin causa<sup>(13)</sup>.

---

(11) ALONSO PÉREZ, María Teresa. *La construcción en finca ajena. Estudio sobre el derroco de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, p. 40 y ss.

(12) BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. “Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial. Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del 3 de diciembre de 2010”. En: *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Institución Fernando El Católico, N° XVIII, Zaragoza, 2012, p. 264.

(13) GONZALES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 995.

Dentro de tal orden de ideas, en principio, la propiedad del bien unido o adherido es adquirida por aquel propietario del bien al que se une o adhiere el primero, aunque, como analizaremos a continuación, existen diversos matices.

## 1. La edificación de buena fe en terreno ajeno

De conformidad con lo previsto en el artículo 941 del Código Civil, 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.

Según Fueyo Laneri<sup>(14)</sup>, buena fe significa rectitud y honradez que conducen naturalmente a la confianza. Esa rectitud y honradez en la conducta de la persona impone en las relaciones con otra la fe o confianza, que hace sentir y pensar en el comportamiento leal. La doctrina ha determinado que la buena fe ostenta un carácter objetivo y subjetivo.

La buena fe subjetiva, que es la que nos interesa, es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error<sup>(15)</sup>. La buena fe es aquella convicción que tiene un sujeto de que el acto realizado es lícito<sup>(16)</sup>. En esta faz subjetiva de la buena fe, el Derecho exculparía a quien de hecho se encontrase en una situación jurídica irregular, ya sea por ignorancia de un vicio propio o ajeno<sup>(17)</sup>.

---

(14) FUEYO LANERI, Fernando. “La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago”. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 55, N° 1, Universidad de Concepción, Santiago, 1958, p. 99.

(15) LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. Tomo II, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 398.

(16) SÁNCHEZ VERA, Wilbert. “Edificación de buena fe en terreno ajeno”. En: *Código Civil comentado*. Tomo V, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 203.

(17) VALLADARES BONET, Eugenio. *La inobservancia del deber de buena fe como causa de incumplimiento contractual*. Trabajo de fin de máster en Derecho Privado. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, p. 14. Se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; por lo tanto, se trata de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia,

La buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error. De ahí que el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el Derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba<sup>(18)</sup>.

Para nosotros la buena fe subjetiva es la situación psicológica de ignorancia en perjudicar el derecho de otros o dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho aun cuando de hecho sí se genere esa lesión. Esto es, como indicaba José Luis de Los Mozos<sup>(19)</sup>, se trata de una conducta que, de no mediar la buena fe, sería antijurídica o irregular.

El artículo 906 del Código Civil se refiere a la buena fe como un estado meramente psicológico del poseedor, una creencia<sup>(20)</sup>. Sin embargo, no es admisible la tutela de un poseedor cuya buena fe (creencia) se sustenta en su propio descuido o negligencia; esto es, un poseedor cuya opinión personal sobre la buena fe no se encuentra amparado en datos externos que hagan verosímil esa creencia<sup>(21)</sup>.

En nuestra opinión, el artículo 941 del Código Civil recoge una situación particular de la *bona fides* adaptada en función de la problemática posesoria. Así, la buena fe asume un contenido específicamente posesorio de convicción de haber construido o edificado sobre un terreno que cree pertenecerle o

---

o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno. MARTINS COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 410 y ss.

- (18) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia contractual*. Ediar, Buenos Aires, 1977, p. 152. Según Emilio Betti, las exigencias de la buena fe se presentan bajo un doble aspecto, a) bajo un aspecto puramente negativo, el cual se halla esculpido en la máxima romana del *alterum non laedere* y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera de interés ajeno; y, bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto, sino una activa colaboración con los demás, encaminada a promover su interés. BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 71.
- (19) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Bosch, Barcelona, 1965, pp. 57 y 58.
- (20) Sobre el particular, el artículo 832 del Código Civil de 1936 prescribía que la posesión es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título. De lo que se desprende que, según Lucrecia Maisch Von Humboldt, la buena fe es una noción subjetiva, es la creencia, equivocada o no, en la legitimidad de su título; no se exige que el título sea justo o legal, basta que sea título y la creencia del titular. Lógicamente, la presunción esta es *iuris tantum*, con la correspondiente inversión de la carga de la prueba. MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los derechos reales*. 2ª edición, Librería Studium, Lima, 1980, p. 28.
- (21) GONZÁLES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 1003.

asentada sobre los alcances de un título que cree facultarle para obrar como lo ha hecho; es decir, ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. En tales supuestos, el poseedor ostenta una creencia basada en un error excusable; en tanto se condujo de buena fe.

Ante tal eventualidad, el referido artículo plantea dos posibilidades en favor del *dominus soli*, quien podrá:

- i) Hacer suyo lo edificado, adquiriendo la construcción en vía de accesión industrial, para lo cual deberá pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra; u,
- ii) Obligar al poseedor a que le pague el valor del terreno, cuyo precio será fijado en función del valor comercial actual del mismo.

Así, la solución legal se entiende como un derecho de opción a favor del titular del suelo, quien puede elegir libremente entre hacerse de las edificaciones, con cargo al valor de lo edificado; u obligar a que el invasor compre el terreno al valor comercial<sup>(22)</sup>. En efecto, el artículo 931 del Código Civil reconoce un derecho potestativo del propietario del suelo consistente en optar por hacer suya la edificación u obligar al poseedor a pagar el terreno<sup>(23)</sup>.

El derecho potestativo es el poder de constituir modificar o extinguir, con una declaración propia, una relación jurídica. Es un poder que, como se suele precisar, opera en la esfera jurídica ajena (en nuestro caso, en la esfera del poseedor), sin que la contraparte tenga el deber o la carga de desenvolver ningún comportamiento. El derecho potestativo se corresponde con una mera sujeción<sup>(24)</sup>.

El comportamiento voluntario del *dominus soli* “es suficiente para que se verifique inmediatamente la modificación ideal de la realidad que satisfaga el interés del sujeto”<sup>(25)</sup>. El derecho potestativo que establece el artículo 941

---

(22) *Ibidem*, p. 996.

(23) En ese sentido, en nuestro medio, tenemos la Casación N° 1006-96 y la Casación N° 1174-2007-Lima.

(24) IRTI, Natalino. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Grijley, Lima, 2003, pp. 105 y 106.

(25) NICOLÒ, Rosario. “Las situaciones jurídicas subjetivas”. Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias. En: *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 12, Lima, 2005, p. 116.

del Código Civil trata de lograr una solución equitativa; suponiendo que el constructor obra de buena fe, debido a un error excusable en cuanto al dominio del suelo o de la extensión del título que ostenta, provee dos alternativas. Ello porque tampoco puede desconocerse que el propietario del suelo se perjudica, pues quizás se ve obligado a vender un terreno que no tenía programado<sup>(26)</sup>.

Ahora bien, en tanto el propietario del suelo no tiene la obligación de desenvolver ningún comportamiento a efectos de optar por hacer suya la edificación u obligar al poseedor a pagar el terreno, ¿qué sucede si el propietario del terreno no ejerce su derecho potestativo? Nos encontramos ante un vacío legal en el cual “el constructor no puede hacer nada, y solo le queda esperar en forma indefinida”<sup>(27)</sup>.

Estando a ello, en nuestro medio, no existe atribución automática sino hasta que el *dominus soli* ejerza su derecho potestativo entre hacer suya la edificación u obligar al poseedor a pagar el terreno, lo cual no podría ocurrir en los casos en que el propietario del suelo carece de recursos económicos para adquirir lo edificado o no desea vender el terreno; por lo cual “mientras no se produzca la elección, la suerte de las edificaciones queda sin resolverse”.

## 2. La mala fe del propietario del terreno

Por otro lado, 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, conforme lo indicado en el artículo 942 del Código Civil, puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno.

El artículo 942 del citado Código, de esta manera, contempla una situación verdaderamente singular y hasta insólita; esto es, que exista un propietario del suelo que obre de mala fe y que coexista un poseedor que construya de buena fe.

---

(26) RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Ob. cit., p. 203.

(27) GONZALES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 998.

Esta hipótesis inverosímil podría ser tal vez el caso de que exista un propietario que obre de mala fe, es en el sentido de que, a sabiendas de que el bien es de su propiedad, permita deliberadamente la posesión o la edificación en su terreno por tercera persona que actúa de buena fe, con la finalidad de apropiarse posteriormente de la edificación y tener así la posibilidad de elegir una de las opciones a que se refiere el artículo 941 del Código Civil, pero esta posibilidad resulta irreal e ilógica, puesto que de acuerdo con el artículo 942 y en razón de la mala fe del propietario del suelo, es al poseedor que construyó a quien le corresponde decidir<sup>(28)</sup>.

La mala fe del dueño del suelo reside en que no hay una tajante oposición a la construcción a pesar de que tiene conocimiento. En el fondo equivale a una autorización o aquiescencia. Se trataría de una conducta omisiva que es juzgada con aquiescencia, pues la obra, se ha ejecutado a su vista, ciencia y paciencia<sup>(29)</sup>.

Entonces, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 941 del Código Civil, el artículo 942 del mismo Código, que no tuvo antecedentes en nuestro anterior Código, considerando la mala fe con la que se condujo el *dominus soli*, traslada el ejercicio del derecho potestativo al poseedor que edificó de buena fe, quien podrá:

- i) Comprar el terreno al precio actual comercial; o,
- ii) Exigir al propietario del suelo el pago del valor actual de la edificación.

Naturalmente, en cualquiera de ambos casos el *dominus soli* resulta perjudicado, toda vez que en un caso se vería obligado a vender su terreno; o, en

---

(28) GODENZI MONTAÑEZ, Silvia. “Mala fe del propietario del suelo”. En: *Código Civil comentado*. Tomo V, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 207.

(29) RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Ob. cit., p. 205. Según Gunther Gonzales, la hipótesis se trataría de un propietario que conoce la ejecución de la obra llevada a cabo por el constructor, sin haber formulado oposición o reclamo alguno. En tal caso, la mala fe del dueño del suelo se identifica con su aquiescencia o tolerancia a la construcción. Esto significa que el titular conoce (o pudo conocer) que un tercero se encuentra en plena construcción, y no hace nada al respecto. Es una conducta que los penalistas llamaría de “comisión por omisión”, y en la cual el titular del suelo supone estratégicamente que la actividad ilícita lo terminará beneficiando, por lo que decide “no actuar”. Esa conducta, contraria a los cánones de un accionar serio, responsable y diligente, no puede ser protegida mediante la atribución de un lucro consistente en la adquisición del edificio sin resarcimiento alguno. GONZALES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 1001.

todo caso, tendría que pagar el valor actual de una edificación que no corresponde a sus gustos o necesidades<sup>(30)</sup>.

### 3. La edificación de mala fe en terreno ajeno

Por otro lado, cuando se edifica 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 será de cargo del poseedor que construyó. De esta manera, el artículo 943 del Código Civil regula lo relativo a la construcción de mala fe en terreno ajeno.

Es poseedor de mala fe aquel que entra a la posesión y construye sin título alguno para poseer; lo que el que conoce los vicios de su título que le impiden edificar con derecho. Al respecto, el artículo 693 del Código Civil uruguayo dispone que es “poseedor de mala fe, aquel a quien consta que le falta título para poseer o que el que tiene es vicioso o insuficiente”.

Cabe precisar que, conforme lo ha señalado una atenta jurisprudencia, las edificaciones hechas a mérito de un título que después fue invalidado, no pueden ser consideradas como levantadas de mala fe. Asimismo, que las edificaciones hechas en terreno ajeno, después de haber sido citado el poseedor con la demanda del propietario, se considera de mala fe<sup>(31)</sup>. Evidentemente, el que edifica de mala fe en terreno ajeno carece de derecho para demandar el pago del valor de lo edificado<sup>(32)</sup>.

Para la materialización de la mala fe es necesaria la concurrencia del dolo o intención deliberada de causar perjuicio a otra persona, y obviamente esta mala fe del constructor debe probarse<sup>(33)</sup>. Por ende, cuando el poseedor construye de mala fe; es decir, con pleno conocimiento de que el terreno es ajeno, el artículo 943 del Código Civil señala que el *dominus soli* podrá<sup>(34)</sup>:

---

(30) GODENZI MONTAÑEZ, Silvia. Ob. cit., p. 207.

(31) GODENZI MONTAÑEZ, Silvia. “Edificación de mala fe en terreno ajeno”. En: *Código Civil comentado*. Tomo V, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 208.

(32) RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. Ob. cit., p. 204.

(33) GODENZI MONTAÑEZ, Silvia. Ob. cit., p. 209. La mala fe debe demostrarse, en tanto que “no habiéndose acreditado que se hubiera edificado de mala fe, o sea conociendo que el terreno era ajeno, el dueño del suelo deberá pagar el valor de lo edificado”. Ejecutoria del 31/10/1958.

(34) Según nuestra jurisprudencia, entonces, la accesión de propiedad por edificación de mala fe en terreno ajeno tiene dos elementos objetivos consistentes en que el propietario del bien puede optar

- i) Exigir la demolición de lo edificado si es que le causa perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente; o,
- ii) Hacer suyo lo construido sin tener que pagar suma alguna.

En ese entender, si el constructor obra de mala fe, se aplica con mayor razón la máxima *superficie solo cedit*, en consecuencia, el dueño del terreno se convierte automáticamente el titular de la edificación, sin obligación de pagar valor alguno. En forma alternativa, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado, más el pago de la indemnización correspondiente<sup>(35)</sup>.

#### **IV. ANÁLISIS DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL CIVIL DE 2010 DESDE UNA ÓPTICA SUSTANTIVA Y PROCESAL**

La propiedad es el derecho por excelencia y antonomasia<sup>(36)</sup>. El primer derecho patrimonial de la persona. Es el derecho civil patrimonial y real<sup>(37)</sup> más importante y completo que existe, y sobre él recae una serie de garantías relativas a su protección y transferencia. La propiedad es un poder jurídico pleno que contiene cuatro atributos que le son conferidos a su titular: usar, disfrutar disponer y reivindicar.

La Constitución Política reconoce el derecho a la propiedad privada en el inciso 16 del artículo 2, y lo cataloga como un derecho fundamental. De la misma manera, el artículo 70 consagra a la propiedad como un derecho

---

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, la norma exige que se pruebe la mala fe del invasor que ha edificado. Casación N° 1006-96, Callao. *El Peruano*, 02/05/98, p. 847.

(35) GONZALES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 1000. El citado autor considera que la demolición a costa del ejecutor procede especialmente en el caso de construcciones irregulares o que contravienen la legalidad urbanística, aun cuando estas fueran definitivas y de importancia. Lo propio puede ocurrir si se trata de construcciones provisionales o de poca monta. GONZALES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 1000.

(36) Así, “el derecho de propiedad es de naturaleza real por excelencia, pues establece la relación entre una persona, en este caso propietario, y la cosa; mientras que un crédito es un derecho personal, pues establece un vínculo entre personas, aun cuando tenga por objeto una obligación de dar”. Casación N° 1649-97-Lima.

(37) Según Borda, el derecho real es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella. BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 359 y ss.

inviolable, garantizado por el Estado, que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites que la ley establece.

Dentro de tal orden de ideas, el Código Civil define la propiedad, a través de su artículo 923, señalando que es: “El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”. Ventura Silva<sup>(38)</sup> señala que la propiedad es la facultad que corresponde a una persona de obtener directamente de una cosa determinada toda la utilidad jurídica que es susceptible de proporcionar; o como el señorío del hombre sobre la cosa, garantizado por el derecho objetivo, contra toda injerencia extraña.

Avendaño<sup>(39)</sup> comentando el referido artículo señala que la propiedad es un poder jurídico y que puede recaer sobre un conjunto de bienes corporales (cosas) o incorporeales (derechos). Naturalmente, una de las facultades que confiere el derecho propiedad es la de reivindicar el bien.

El *ius vindicandi* es el derecho que le asiste al propietario de recurrir a la justicia reclamando el bien de su propiedad, evitando la intromisión de un tercero ajeno. Para tal fin, nuestro sistema procesal reconoce la denominada acción reivindicatoria, a efectos de reclamar, recuperar, pedir y restituir el bien.

La acción reivindicatoria puede definirse como el instrumento típico de protección de la propiedad de todo tipo de bienes, muebles o inmuebles<sup>(40)</sup>, en cuya virtud se declara comprobada la propiedad a favor del actor y, en consecuencia, se le pone en posesión del bien para hacer efectivo el ejercicio del derecho. Esto es, mediante la acción reivindicatoria propietario no poseedor, hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario<sup>(41)</sup>.

Conforme al artículo 927 del Código Civil, “la acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”. El referido artículo consagra, como una característica propia de los

---

(38) VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano*. 17ª edición, Porrúa, México, 2005, p. 199.

(39) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Definición de propiedad”. En: *Código Civil comentado*. Tomo V, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 137.

(40) NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. Reus, Madrid, 1953, p. 13.

(41) Cfr. CASTÁN TOBENAS, José María. *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo II, 5ª edición, Reus, Madrid, 1941, p. 117.

derechos reales, la potestad inherente del propietario para restituir a su dominio un bien de su propiedad a través de la llamada acción reivindicatoria.

En tal sentido, y como lo entiende nuestra jurisprudencia, “la acción de reivindicación faculta al propietario de un bien determinado e identificado con sus respectivos linderos y medidas perimétricas a solicitar la entrega al poseedor no propietario”<sup>(42)</sup>.

Teniendo en cuenta lo mencionado, en principio, debemos preguntarnos, el propietario del terreno sobre el cual otro sujeto ha construido de buena fe ¿puede valerse de la acción reivindicatoria?

Sobre el particular, nuestra Corte Suprema ha señalado que la reivindicación es el ejercicio de la persecutoriedad que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real de perseguir el bien sobre el cual recae su derecho. Sin embargo, si de lo actuado en el proceso se acredita que el demandado por reivindicación ha construido de buena fe en el terreno de propiedad del actor, resulta de aplicación la norma que contiene el artículo 941 del Código Civil, debiendo el actor optar, en ejecución de sentencia, entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno<sup>(43)</sup>.

Ergo, el propietario del suelo sobre el cual ha sido levantada de buena fe una construcción puede valerse de la llamada acción reivindicatoria, dado que esta procede en los casos en que existe un propietario que ha sido privado de la posesión del bien contra el sujeto que posee sin ser propietario, para lo cual, además deberá acreditar la propiedad del bien, que el edificador se halle en posesión del bien, pues la acción reivindicatoria pretende que el derecho se torne efectivo, recuperando la posesión y que el demandado no ostente ningún derecho que le permita mantener la posesión del bien.

La práctica judicial demuestra que, usualmente, en los casos de construcción sobre terreno ajeno, el *dominus soli* demanda en forma directa la reivindicación, sin que antes se haya producido la declaración judicial sobre la accesión de edificaciones.

Aquí la jurisprudencia exige que se acumule las pretensiones de reivindicación (referidas a la situación dominical del predio) y de declaración

---

(42) Expediente N° 523-95-Arequipa.

(43) Casación N° 1783-2005-Ica.

de accesión (para concluir la incertidumbre sobre la edificación. Es más, la Corte Suprema sostiene, en forma reiterada, que dicha acumulación es imprescindible para emitir una decisión válida sobre fondo, pues en caso contrario la demanda de reivindicación es improcedente<sup>(44)</sup>.

Por otro lado, surge la duda si ¿en un proceso de reivindicación y accesión por mala fe para la demolición de lo construido en terreno ajeno, si no se prueba la mala fe, es factible disponer en la sentencia que el propietario del terreno opte en ejecución hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno conforme al artículo 941 del Código Civil?

En nuestra opinión, conforme a una de las propuestas de trabajo del Pleno Jurisdiccional Distrital Civil de Lima Norte, si resulta posible que el *dominus soli* acceda a las opciones legales previstas en el artículo 941 del Código Civil, en ejecución de sentencia, si de lo actuado en el proceso no se acredita que el demandado por la reivindicación haya construido de mala fe en el terreno de propiedad del actor; pues, de otro modo, la pretensión reivindicatoria devendría en inejecutable.

Como podemos apreciar, más allá de una cuestión de congruencia procesal (estrictamente, formal), se trata de la eficacia o efectividad de las sentencias judiciales; en efecto, de nada serviría al *dominus soli* una sentencia que no podría ejecutarla. Según el Tribunal Constitucional español<sup>(45)</sup>, el derecho a la tutela judicial efectiva exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellos comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones.

El derecho de ejecución de sentencias y resoluciones firmes, es de medular importancia como contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En ese entender, este derecho “se satisface cuando los jueces y tribunales a quienes corresponde hacer ejecutar lo juzgado, adoptan las

---

(44) Casación N° 2391-2005-Lambayeque. Cfr. GONZALES BARRÓN, Gunther. Ob. cit., p. 998. En otra jurisprudencia, se establece que la demanda es declarada improcedente hasta que se acumulen las pretensiones de reivindicación y accesión. Casación N° 4088-2011-Callao.

(45) Sentencia N° 32/1982, de fecha 7 de junio de 1982. Cfr. GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1989, p. 228.

medidas oportunas y necesarias para el estricto cumplimiento del fallo sin alterar el contenido y el sentido del mismo”<sup>(46)</sup>.

Todo ello obedece, según nuestro Tribunal Constitucional<sup>(47)</sup>, a que el ideal de justicia material consustancial al Estado Democrático y Social de Derecho que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales, requiere una concreción no solo con el pronunciamiento judicial que declara o constituye el derecho o impone la condena, sino mediante su efectivización o realización material, que se logra mediante el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos.

Finalmente, como corresponde, debemos tratar lo relativo al Pleno Jurisdiccional Nacional Civil de 2010, en aquella ocasión nuestros magistrados abordaron lo siguiente:

“En el supuesto que dentro de los procesos de reivindicación la parte demandante no acredita la propiedad de la fábrica levantada sobre el terreno cuyo dominio ha probado tener (o no lo ha invocado) y la parte demandada tampoco alega ni acredita la propiedad de tal construcción sobre el terreno ajeno, ¿se deberá declarar fundada la demanda?”

En el caso planteado, como podemos apreciar, existe discrepancia en cuanto a si debe ser estimada la demanda si solo se acredita la propiedad del terreno, pero no la de la construcción. Frente a ello, se plantearon dos tesis:

- i) No se puede declarar fundada la demanda, ya que el pretensor (reivindicante), debe acreditar la propiedad del terreno y de la construcción levantada sobre él, puesto que en este caso no sería factible disponer la entrega del terreno, y no la entrega de la construcción que se erige sobre dicho predio, al no haber acreditado el demandante ser de su propiedad.
- ii) Se deberá declarar fundada la demanda atendiendo a que la acreditación de la propiedad del terreno por parte del demandante, implica también que se le repute propietario de lo levantado sobre él, ello en

---

(46) FERNÁNDEZ PACHECO MARTÍNEZ, María Teresa. *La ejecución de las sentencias en sus propios términos y el cumplimiento equivalente*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 25.

(47) Sentencia recaída sobre el Expediente N° 03515-2010-PA/TC, fundamento jurídico 9.

virtud de la accesión, más aún si la parte demandada no ha alegado la propiedad de la construcción.

Luego de la correspondiente deliberación, el Pleno adoptó por mayoría la segunda ponencia, cuyo detalle fue de 94 votos a favor aquella, 4 a favor de la primera y 3 abstenciones.

Compartimos el criterio adoptado en tanto el mismo, en realidad, responde a la *ratio* misma de la accesión. Como hemos visto, el artículo 938 del Código Civil, estipula que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

El principio es que lo construido en suelo ajeno se incorpora o pertenece al propietario del suelo en el que se ha llevado a cabo dicha construcción; es decir, que el propietario de un terreno se convierte, por accesión, en propietario de todo lo que erija, levante o alce sobre ese terreno. Dicho principio, como hemos tratado en el primer ítem del presente artículo, es conocido como *superficies solo cedit*; la superficie cede al suelo, la cual presume, mientras no se demuestre lo contrario, que toda edificación realizada en un determinado terreno ha sido llevada a cabo por el propietario del suelo y a su costa.

Así, por ejemplo, el artículo 1982 del Código Civil paraguayo indica que: “toda construcción o plantación existente en un terreno, se presume hecha por el propietario, y a su costa, salvo prueba en contrario”. Podemos decir, entonces, que nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*, en tanto el *dominus soli* será considerado propietario de lo edificado, hasta que se demuestre lo contrario.

De la misma manera, el artículo 555 del Código Civil venezolano dispone que se presume que el propietario del suelo es propietario de las construcciones o plantaciones hechas sobre su suelo y es igualmente presumido que ellas han sido hechas con materiales que le pertenecen. Naturalmente, estas dos presunciones, según Ochoa<sup>(48)</sup>, no son irrefragables ya que respecto de ambas puede probarse lo contrario.

---

(48) OCHOA G., Oscar. *Derecho Civil. Bienes y derechos reales*. Universidad Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 141. De igual manera, en el Derecho comparado, el Code recoge dos presunciones, a saber: a) Que lo edificado se presume que es de propiedad del propietario del suelo (art. 552); y, b) Que las obras se presumen hechas por el propietario del terreno (art. 553). Dichas presunciones también

En el caso planteado en el Pleno, en tanto el demandado no alegó ni demostró la propiedad sobre lo edificado, conforme a la regla *superficies solo cedit*, se debe presumir que quien demostró ser el *dominus soli* también resulta propietario de lo edificado en su terreno. Siendo ello así, en dicha situación, tales demandas deberían ser declaradas fundadas. Criterio que, acertadamente, fue adoptado en el Pleno.

---

se encuentran contempladas en los artículos 358 y 359 del Código Civil español. Cfr. PEÑASCO, Rosa. *De la accesión codificada del siglo XIX, a la accesión invertida del nuevo milenio y su relación con el principio de buena fe en la edificación*. Editorial Club Universitario, Alicante, 2009, p. 18.