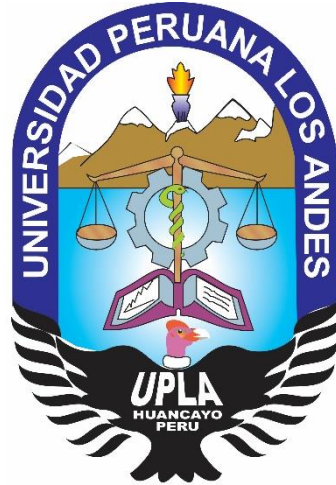


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

TITULO : EDIFICACIÓN EN TERRENO AJENO Y LA BUENA FE DEL CONSTRUCTOR.

PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**AUTORES : BACH. BARRIENTOS SÁNCHEZ, MAYBE
BACH. CONDEZO ROMERO, JOEL**

ASESOR : DRA. CAROLINE TAPIA FLORES

LÍNEA DE INV. : DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**RESOLUCION :
DE EXPEDITO**

**HUANCAYO – PERU
2021**

ASESORA:

Dra. CAROLINE TAPIA FLORES

DEDICATORIA:

A los padres que nos dieron la vida y la integridad de contar con una familia, al darnos el amor plena e incondicional. Siendo para nosotros un motor y motivo de ser alguien mejor cada día de bien para nuestra sociedad.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, deseamos expresar nuestro agradecimiento a la asesora de esta tesis, Dra. Caroline Tapia Flores, por el compromiso y apoyo de este trabajo, por el respeto de nuestras sugerencias e ideas, por la dirección y la severidad que se les dio. En segundo lugar, agradecemos sinceramente a todos los que ayudaron a desarrollar este documento por su apoyo moral, tiempo y conocimiento, y al personal que nos ayudó a recopilar los datos de este informe de Tesis.

ÍNDICE

DEDICATORIA:	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x
 CAPÍTULO I	
DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA	1
1.1. Descripción del problema.....	1
1.2. Delimitación del problema.....	4
1.2.1. Delimitación espacial.....	4
1.2.2. Delimitación temporal	4
1.2.3. Delimitación conceptual	4
1.3. Formulación del problema	5
1.3.1. Problema general	5
1.3.2. Problemas específicos.....	5
1.4. Propósito de la investigación.....	5
1.5. Justificación de la investigación.....	5
1.5.1. Social.....	5
1.5.2. Científica – teórica.....	6
1.5.3. Metodológica	6

1.6. Objetivos	6
1.6.1. Objetivo General	6
1.6.2. Objetivos Específicos.....	7
1.7. Supuestos de la investigación.....	7

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO.....	8
2.1. Antecedentes de la investigación	8
2.2. Bases teóricas	16
2.2.1. Edificación en terreno ajeno	16
2.2.2. Derecho de accesión	23
2.2.3. La edificación de buena fe en terreno ajeno	31
2.2.4. Buena fe del constructor	36
2.2.5. La accesión en la doctrina.....	40
2.3. Marco Conceptual	58

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA	60
3.1. Metodología	60
3.2. Tipo de investigación	62
3.3. Nivel de investigación.....	62
3.4. Diseño de estudio	62
3.5. Escenario de estudio.....	63

3.6.	Caracterización de los sujetos de estudio	63
3.6.1.	Población.....	Error! Bookmark not defined.
3.6.2.	Muestra	Error! Bookmark not defined.
3.7.	Trayectoria metodológica.....	63
3.8.	Mapeamiento	63
3.9.	Rigor Científico.....	64
3.10.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	64
3.10.1.	Técnicas de recolección de datos	64
3.10.2.	Instrumentos de recolección de datos	65
3.11.	Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	65
 CAPÍTULO IV		
	RESULTADOS	66
4.1.	Presentación de resultados	66
4.2.	Discusión de resultados	80
	CONCLUSIONES	87
	RECOMENDACIONES	89
	BIBLIOGRAFÍA.....	90
	ANEXOS.....	93

RESUMEN

El problema general de la presente es: ¿De qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano?, siendo su objetivo general: explicar de qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano. La hipótesis general planteada fue que: la buena fe del constructor influye para corroborar el criterio de accesión en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.

En el método general se emplearon el método inductivo–deductivo, teniendo el tipo de estudio de carácter jurídico–social, así mismo el nivel de estudio es el explicativo, como el diseño fue el no experimental y de corte transversal.

Al final de esta encuesta, se recuerda lo siguiente: se debe derogar un artículo como el 942 del Código Civil peruano, ya que es importante aplicar el principio del cedit únicamente y en este sentido la adquisición automática de todo a favor. del propietario del terreno, es este propietario, y no el constructor, quien debe tener de su lado el derecho facultativo o el derecho de opción, como efectivamente ocurre en los artículos 941 (de la buena fe del constructor) y 943 de buena fe del constructor así como la mala fe del fabricante del Código Civil Peruano. En este sentido, la mala fe del propietario prevista en el 942 del código civil peruano, debe tomarse en consideración solo para compensar la mala fe del constructor y en consecuencia referirse a las reglas de buena fe del constructor, pero no para otorgar un derecho de opción a favor del fabricante.

PALABRAS CLAVES: Buena fe del constructor, edificación en terreno ajeno, accesión.

ABSTRACT

The general problem of the present one is: In what way does the good faith of the builder influence a building on foreign land, in the Peruvian legal system? Its general objective is: to explain how the good faith of the builder influences a building in foreign territory, in the Peruvian legal system. The general hypothesis raised was that: the good faith of the builder influences to corroborate the criterion of accession in a building on foreign land, in the Peruvian legal system.

In the general method, the inductive – deductive method was used, taking into account the type of study of a legal – social nature, likewise the level of study is explanatory, as the design was experimental and cross-sectional.

At the end of this survey, the following is recalled: an article such as 942 of the Peruvian Civil Code must be repealed, since it is important to apply the principle of the credit only and in this sense the automatic acquisition of everything in favor. of the owner of the land, it is this owner, and not the builder, who must have on his side the optional right or the right of option, as indeed happens in articles 941 (of the good faith of the builder) and 943 of good faith of the constructor as well as the bad faith of the manufacturer of the Peruvian Civil Code. In this sense, the owner's bad faith provided for in 942 of the Peruvian civil code, should be taken into consideration only to compensate for the builder's bad faith and consequently refer to the builder's good faith rules, but not to grant a right of option in favor of the manufacturer.

KEY WORDS: Builder's good faith, building on someone else's land, accession.

INTRODUCCIÓN

El concepto de buena fe y mala fe es analizado en detalle al unirse haciendo un recorrido por la doctrina y la jurisprudencia. Esto, junto con el estudio de otros códigos civiles, permite a los autores posicionarse sobre la falta de una solución expresa en nuestra legislación para el encuentro de mala fe del constructor y el terrateniente; así como la crítica al castigo excesivo previsto en nuestro código civil para el constructor de mala fe. Los autores también aprovechan la oportunidad para expresar su opinión sobre los efectos legales que tiene la edificación con caudal social sobre el patrimonio de uno de los cónyuges. Finalmente, se cuestiona el reglamento vinculante del IV Pleno del Casatorio Civil en materia de accesión.

A nivel metodológico se ha señalado lo siguiente; el problema general de la presente es: ¿de qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano?, siendo su objetivo general: explicar de qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano. La hipótesis general planteada fue que: la buena fe del constructor influye para corroborar el criterio de accesión en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.

Como método general se utilizó el método inductivo–deductivo, cuyo tipo de investigación es de carácter sociojurídico; el nivel de investigación es explicativo, no experimental y transversal.

Este trabajo también se divide en cuatro capítulos, cuya estructura es la siguiente:

En el Capítulo I la definición del problema, la descripción de la realidad problemática, la formulación del problema, la justificación de la investigación y la delimitación de la determinación.

En el capítulo II, titulado Marco teórico de la investigación, se desarrollan temas como: los antecedentes de la investigación, el marco histórico, los fundamentos teóricos de la investigación, el marco conceptual y el marco legal.

En el capítulo III, titulado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos, tipos y niveles de investigación, población y muestra, diseño de la investigación, técnicas e instrumentos de investigación y técnicas de procesamiento y análisis de datos.

En el capítulo IV, se plasma los resultados de la investigación, se tratan los siguientes puntos: Presentación de los resultados y discusión de los resultados.

Finalmente, se elaboraron las conclusiones y recomendaciones; como referencias y apéndices.

LOS AUTORES

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

La presente investigación pretendió estudiar de qué manera se determina la buena fe del constructor en bien ajeno, considerando que este es un tema problemático a nivel nacional, tanto doctrinal como jurisprudencialmente; se debe advertir el hecho de que ni el legislador ni la Corte Suprema ha resuelto esta cuestión.

A nivel internacional, este problema tampoco ha sido debidamente resuelto de forma unánime, véase el caso de la legislación española, italiana o francesa, y esto debe resaltarse porque dichas legislaciones en buena parte constituyen fuente para nuestro sistema jurídico.

A nivel de nuestro continente, se puede referenciar que el problema de la edificación en terreno y la buena fe, tampoco ha recibido una propuesta unánime en los Códigos Civiles que se regulan en Argentina, Chile o México. Por ello, será muy importante poder determinarlo a nivel de un estudio exegético de dichos ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, a nivel nacional la problemática se centra en la forma de resolución de este conflicto que se suscita cuando se edifica o construye en terreno ajeno y no existe de por medio la buena fe.

Algunos doctrinarios, que sustentan en buena parte la problemática señalada, como (Muñiz, 2015), mencionan que “el problema de la buena fe del constructor en terreno es un problema que se dirime en la actualidad con cierta confusión de los jueces al momento de resolver”(p. 251) , opinan que aplicando la figura de la accesión dicho problema se resuelve, pero se debe tener en cuenta que la accesión, regulada en el artículo 938 del Código Civil, constituye un modo adquisitivo originario de la propiedad, consistente en la atribución al propietario de un bien, de todo aquello que le une o adhiere materialmente a éste.

Otro autor que reafirma la problemática de la presente, es (Carrillo J. , 2016), quien considera que “el problema de la edificación en terreno ajeno y sus posibles soluciones es un tema inacabado, que merece ser resuelto a nivel jurisprudencial” (p.86).

El presupuesto de accesión es, por tanto, la existencia de dos activos, uno de los cuales tiene un bien de condición principal y el otro auxiliar, estando este último vinculado al primero.

Sin embargo, los conflictos surgen cuando los propietarios de los bienes son personas diferentes antes del presupuesto de la accesión. Sí, si alguien es el dueño de la propiedad sobre la que está construyendo por su propia cuenta, el sistema legal naturalmente reconoce su derecho de propiedad no solo sobre la propiedad, sino también sobre el edificio en ella.

Otro autor que también opina al respecto es Trinidad, quién corrobora que “la problemática actual de la edificación en terreno ajeno es un asunto de interés de la

doctrina civil que debe de desarrollarse con un criterio de corte práctico para beneficiar al constructor de buena fe”.

¿Cómo se determina la buena o mala fe del tercero que edifica en tierra extranjera? Se cree que la buena o la mala fe depende de si el tercero invasor se ha deshecho de la venta de la tierra en él y también asume que el tercero invasor cree que tiene alguna autoridad para construir, aunque sea el país de un extraño.

(Mejorada, 2010) refiere que “cuando se construye sobre un terreno o sobre una superficie ya construida, lo edificado pasa inmediatamente al dominio del dueño del suelo o del bien sobre el cual se levanta la obra” (p. 153).

A nivel regional, este problema de la edificación en terreno ajeno es un asunto que se puede evidenciar en algunos casos, por lo que es importante estudiar si en este tipo de construcciones se halla la buena fe o no, como criterio de resolución para determinar las consecuencias jurídicas del mismo.

Si el tercero intruso erige un edificio de esta manera en una propiedad ajena que conoce, el propietario de la propiedad puede elegir entre demoler o apropiarse del edificio debido a la mala fe del tercer intruso. Por el contrario, si el tercero intruso construye en la tierra de otra persona sin saber que esa tierra es propiedad de un tercero, entonces ese tercero ha actuado de buena fe, en esta situación el intruso tendrá la posibilidad de obtener dicho terreno a su precio actual o en todo caso exigir que se le reconozca el pago por lo edificado (si el propietario actuó de manera fraudulenta).

(Herrera, 2009) plantea que “según cómo se realizó la construcción sobre el terreno ajeno, es decir si el constructor sabía o no que el bien no era suyo (buena o mala fe), es posible que luego de producida la accesión se generen relaciones de crédito entre los involucrados o que incluso el dominio del nuevo bien cambie de titular, en virtud de las diversas opciones que presentan los artículos 941 al 943 del Código Civil” (p. 186)

Pero, son soluciones ampliamente discutidas, por lo que se debe proponer un cambio legislativo que regule de mejor manera el aspecto de la buena fe o mala en la edificación en terreno ajeno. Es decir, es imperante poder analizar las distintas posibilidades jurídicas que se establecen a partir del estudio de los artículos del Código Civil que abordan tanto la accesión como la buena fe respecto de la edificación en terreno ajeno.

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación se realizará en la ciudad de Huancayo.

1.2.2. Delimitación temporal

La investigación considerará para su estudio el año 2020.

1.2.3. Delimitación conceptual

En la presente investigación se utilizaron los siguientes aspectos conceptuales para comprender la dimensión teórica de la misma:

- Edificación en terreno ajeno.
- Buena fe del constructor.
- Buena fe objetiva.
- Buena fe subjetiva.
- Accesión.
- Transferencia de dominio.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2. Problemas específicos

1.3.2.1. ¿De qué manera la buena fe del constructor influye en la accesión por construir en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2.2. ¿De qué manera la buena fe del constructor influye en la transferencia del dominio del bien, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.4. Propósito de la investigación

El propósito esencial de esta investigación es dotar de una discusión teórico normativa respecto de la influencia la buena fe del constructor en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano; de modo que se puedan sentar las bases dogmáticas y metodológicas suficientes que permitan un amplio desarrollo del tema.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Social

La investigación se justificó socialmente porque beneficia a las personas, ya sean naturales o jurídicas, que tengan conflictos jurídicos por la edificación en terreno ajeno y cómo debe interpretarse la buena fe como criterio objetivo para la resolución de estos casos, de forma que puedan considerarlo en la dirimencia de dichos conflictos, siendo uno de los casos más recurrentes a nivel de los derechos reales en nuestro sistema legal.

1.5.2. Científica – teórica

La justificación teórica de la presente investigación radicó en que constituirá un aporte a la doctrina jurídica porque se estableció con la presente el criterio legal que debe de adoptarse en casos de conflicto cuando se suscita la edificación en terreno ajeno y se discute la buena fe del constructor.

Por tal motivo, se pretende asentar el estado de cosas actual de la naturaleza jurídica de dicha cuestión, en relación al aspecto fundamental del derecho a la propiedad, y poder plantear una propuesta que regule de forma más adecuada este aspecto sin que se conculquen otros derechos relacionados, porque de lo contrario, dichos derechos se encontrarían en una situación jurídica vulneratoria de derechos de la propiedad, que son fundamentales para que exista dinamismo económico en un país, es decir, la presente contribuirá al estudio dogmático de la controversia referida a la edificación en terreno ajeno y la buena fe del constructor, y así poder aportar criterios al ámbito de los derechos reales en casos como el señalado.

1.5.3. Metodológica

La presente investigación consideró como aporte metodológico la construcción de una ficha de análisis bibliográfico. De modo que dicho instrumento de investigación, pueda ser utilizado por futuros investigadores en la materia de estudio de la presente.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo General

Explicar de qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6.2. Objetivos Específicos

1.4.2.1. Evaluar de qué manera la buena fe del constructor influye en la accesión por construir en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.4.2.2. Explicar de qué manera la buena fe del constructor influye en la transferencia del dominio del bien, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7. Supuestos de la investigación

1.7.1.1. Supuesto General

La buena fe del constructor influye para corroborar el criterio de accesión en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7.1.2. Supuestos Específicos:

- La buena fe del constructor influye en la determinación de los criterios normativos para la accesión por construir en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.
- La buena fe del constructor influye en la determinación de los criterios normativos en la transferencia del dominio del bien, en el ordenamiento jurídico peruano.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Para la realización del presente trabajo de investigación se ha remitido a la recolección de trabajos de investigación anteriores, los mismos que han servido de referencia y guía. Así se han recabado los siguientes antecedentes:

En primer lugar, en el ámbito nacional, encontramos el trabajo de investigación realizado por (Castillo, 2015), cuya tesis se titula “La edificación en terreno ajeno y sus distintos efectos jurídicos – obligacionales: A propósito de una interpretación sistemática e histórica de los Arts. 941, 942 y 943 del Código Civil Peruano”, presentada a la Pontificia Universidad Católica del Perú el año 2015; es posible extraer las siguientes conclusiones:

- Si históricamente dos bienes están indisolublemente ligados, la solución es que el bien secundario sigue al principal, gracias al principio de *accessorium sequitur Principale*. Por tanto, el propietario principal del bien se convierte en el nuevo propietario del artículo accesorio.

- Sorprendentemente, el supuesto problemático, objeto de estudio, se da con bastante frecuencia en el ámbito de la edificación urbanística, como lo demuestran los numerosos juicios que se están extendiendo en los despachos judiciales de nuestro país. La principal causa de tal situación parece ser la falta de terreno urbano; a esto se suma la inexactitud de sus límites y la insuficiencia del catastro urbano.
- La facultad de la propiedad al propietario del terreno, con respecto al conjunto resultante, resulta ser el principal efecto real que produce la edificación en el terreno ajeno. Sin embargo, hay dos teorías en conflicto. La primera aboga por la demora en la implementación de la accesión inmobiliaria, que en nuestra opinión aumenta la incertidumbre entre las partes en conflicto y genera problemas mayores. La segunda, llamada teoría de accesión automática, objeta a una interpretación funcional de la norma y ofrece soluciones más idóneas; además, responde más lógicamente al principio histórico de *superficie sólo cedit*.
- En nuestra opinión, la doctrina italiana, que distingue el término *indennità del risarcimento del danno*, es correcta. El primero refiere a un remedio de justicia retributiva y se manifiesta en diversas conjeturas. Por otro lado, el segundo término es el resultado de un estudio de responsabilidad civil.
- Si se aplica esta teoría al caso examinado, se llega a la conclusión de que la existencia de buena fe por parte de las partes es fundamental para desencadenar distintos efectos jurídicos – obligacionales en la edificación en suelo de terceros. De esta manera, se pueden generar efectos de indemnización que reaccionen a las compensaciones otorgadas con el fin de recobrar el equilibrio entre las partes; y efectos resarcitorios determinados a

reparar el daño que pudiera ocasionarse, realizando un análisis previo de responsabilidad civil. Por tanto, consideramos que nuestra hipótesis está totalmente confirmada.

De modo similar, la tesis desarrollada por (Ninamancco, 2015), cuya tesis se titula: “La delimitación del supuesto de la compraventa de bien ajeno y sus particulares efectos, con especial referencia a la situación del propietario del bien”, sustentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el año 2015. De este trabajo de investigación, si bien no se encuentra estrechamente ligado al tema de investigación, se han considerado las conclusiones:

- Es importante comprender la diferencia entre situación jurídica, titularidad y bien. La situación jurídica no es considerada de ninguna manera, bienes como tal, ya que no satisfacen las necesidades del individuo por propia voluntad.
- Las situaciones jurídicas son sólo medios para adquirir los bienes, mientras que la titularidad es la conexión de pertenencia entre un sujeto de derecho y una situación jurídica. De esta forma, lógicamente se hace cumplir la diferenciación anterior, aun cuando el Código Civil no la establece. Por tanto, no puede haber ningún derecho sobre el derecho. Nadie es el “propietario” de sus derechos, sino solo su dueño.
- La manera en que el Código Civil utiliza el término “bien” es inapropiada, por lo que se prescribe una interpretación restrictiva, de modo que la compraventa se refiere únicamente a los bienes en el sentido propio, bienes que son materiales o inmateriales, es decir, que pueden satisfacer la demanda directamente. Propuesta la redacción del artículo 1529 del Código Civil, debemos entender que la compraventa alude a bienes no inmateriales como materiales, cuya regulación va más allá del Código Civil.

Asimismo, se cita la investigación desarrollada por (Flores, 2016), cuya tesis se titula: “Los contratos de compraventa de bien ajeno. Análisis y connotaciones referentes a su entorno”, presentada a la Universidad San Martín de Porres, en el año 2016, siendo sus conclusiones las siguientes:

- Cuando nos enfrentamos a un contrato de compraventa de propiedad ajena, la situación debe esperar el cumplimiento de la condición o plazo establecido en el contrato y por el motivo que sea no puede emanar efecto, contemplando que la transferencia de la propiedad se produce a través de la venta, que crea un vínculo legal que existe, pero que no puede surtir efecto desde el principio, sino hasta que el vendedor obtenga la propiedad del tercero propietario.
- La terminación de este tipo de contrato se da mediante la rescisión, término que concibe una causal existente al instante de la celebración del contrato, se encuentra referida en el Art. 1370.
- La rescisión funciona en dos casos: en primer un primer caso, que el comprador descubre que el bien no era propiedad del vendedor y quiere rescindir el contrato; y, en un segundo caso, después de haber presentado la acción rescisoria, el vendedor no haya adquirido la propiedad antes de la citación con la demanda.

A nivel internacional pueden citarse las siguientes tesis:

(Parra, 2016) con su tesis cuyo título es: “Derechos del constructor que edifica de buena fe en suelo ajeno”, sustentada en la Universidad de Buenos Aires, el año 2016, siendo sus conclusiones las siguientes:

- En este caso, prácticamente no hay adhesión o conflicto de propiedad, ya que la asociación de los materiales de uno con el legado del otro ha sido confirmada por el consentimiento tácito de las partes interesadas entre ambas partes, compromisos

asumidos sin acuerdo, pero no menos honorables por ello. son, siempre que sean voluntarios. Por lo tanto, habiendo permitido tácitamente a otra persona plantar, sembrar o construir en su tierra, el propietario no puede desalojarlos sin pagar el precio de construirlos, plantarlos o sembrarlos.

- De lo contrario, el propietario se enriquecería injustificadamente en detrimento del propietario de los materiales, lo que es ilícito. Siguiendo el aforismo legal de que “los accesorios siguen el destino de lo principal, el terrateniente se convierte en dueño de lo que se construye, se planta o se siembra. En el caso de la especie, sin embargo, no existe una adecuada adhesión, ya que esta se define como un camino libre hacia el empleo remunerado y esto no ocurre en este caso, porque de lo contrario el principio general del derecho a la reparación por enriquecimiento injusto sería violado.
- Además, si el dueño de la propiedad sabía que estaba siendo construida, plantada o sembrada por otra persona con materiales, vegetales o semillas pertenecientes a la persona que maneja esa industria con el fin de reclamar la tierra por la cual estaba pagando debe ser el edificio, la plantación o la sementera.

También se cita el trabajo de (Salcedo, 2016), con su tesis titulada: “Derechos del poseedor y la edificación en suelo ajeno en la legislación colombiana”, sustentada en la Universidad de Antioquia, el año 2016, siendo sus conclusiones las siguientes:

- En interés del cliente es una anomalía y es importante encontrar una explicación para esta anomalía. Una explicación probable parece ser consideraciones de política urbana. Por otro lado, esta es la razón más probable de la aparición de las áreas dominantes romanas únicamente cedit, que se encuentra en el artículo 669: el constructor no puede reclamar los objetos móviles con los que ha construido, porque no se le permite reclamar la viga. que soporta el resto del edificio.

- Las consideraciones urbanísticas funcionan en ambos sentidos: el propietario del terreno se convierte en propietario del edificio en él (y el constructor no puede reclamar sus muebles porque pierde el control del mismo), pero el propietario de los muebles tiene derecho a ser compensado.
- La indemnización es tanto más importante cuanto más comprensible fue el error del constructor, y por lo tanto la doble regla del artículo 669 en el contexto del enriquecimiento injusto, la acreditación de la aceptación por parte del demandado por su inacción, no constituye una obligación de otorgar un servicio gratuito al Solicitante, pero se basa en si el servicio otorgado sin gratificación intencional puede ser tratado como un servicio oneroso que es aceptado (por el destinatario inactivo). Al no aprovechar la oportunidad para rechazar un servicio, se está expresando la voluntad propia en relación con él y asumiendo la responsabilidad de los efectos de su carácter gratuito.

En cuanto a artículos científicos pueden citarse los siguientes:

El trabajo desarrollado por (Quispe, 2015), quién en su artículo titulado: “La edificación en terreno como cuestión problemática de la jurisprudencia civil peruana”, publicada en el año 2016, señala las siguientes conclusiones:

- “Tercero intruso de buena fe será aquel que construya sin saber que el terreno en el que está edificando pertenece a un tercero”. Hablamos de un intruso de mala fe cuando construye una estructura en particular con el conocimiento absoluto de que el terreno en el que está construyendo no es de su propiedad.
- Detectamos la figura de mala fe del propietario, cuando este no le dice al tercero de buena fe constructor, que el inmueble sobre el que está construyendo no es de su propiedad, sino de aquel.

- Si ahora tenemos en consideración que se presume la buena fe, pues deberíamos suponer que cualquiera que construya en el terreno de otra persona lo está haciendo de buena fe y, por lo tanto, correspondería a los propietarios de los terrenos destruir la adjudicación de “presunción de buena fe” por cualquier medio que exponga o pruebe la mala fe con la que actuó el tercer intruso; o de otra manera, los propietarios del terreno deben “demostrar” o “acreditar” que los terceros intrusos tenían pleno conocimiento de que el terreno en el que estaban construyendo era propiedad de terceros (en cuyo caso debemos recordar que la mala fe, es equivalente a saber que la propiedad sobre la que se construyó pertenece a un tercero).
- En este escenario, sería fundamental que cualquier propietario le pusiera un letrero, por ejemplo, indicando que determinado terreno es de su propiedad. De esta manera, el dueño de la propiedad puede utilizar la información contenida en el mismo para demostrar que el tercero intruso conocía debidamente la propiedad del extraño. Ahora bien, “el propietario debe ser consciente de que ningún tercero quite o destruya el cartel, porque en este caso el tercero intruso no puede ser acusado de no haber notado la extrañeza de la propiedad”.

Asimismo, se cita el artículo científico de (Carrillo A. , 2013), que se titula: “Las causas para aplicar la buena objetiva en problema de edificación ajena”, publicada en el año 2017, en la que cita las siguientes conclusiones:

- “Si tenemos presente que la buena fe del constructor depende de su conocimiento que tenga de la propiedad extraña, la medida a tomar podría ser la siguiente: En el caso de una propiedad no registrada, le corresponde al dueño destruir la buena fe del tercero que edifique en su terreno, por tal, debe presentar alguna evidencia para demostrar que él sabía que la propiedad era suya. Esto se

justifica de alguna manera porque fue el dueño de la propiedad quien no se molestó en registrar su derecho de propiedad (esto, de alguna manera, muestra la facilidad o negligencia con la que actuó).

- Por el contrario, en el caso de terrenos inscritos debidamente en el registro público a nombre de persona distinta del constructor, la presunción del artículo 2012 socava por completo la buena fe de que el constructor podría ejercer, lo cual no acepta prueba en contrario; dicho de otra manera, el constructor no puede pretender haber construido de buena fe porque eso significaría que construyó sin saber que el inmueble era ajeno, y esta hipótesis es rechazada expresamente por el Código Civil por tratarse de un bien inscrito, presupone inevitablemente que el constructor conocía (o, francamente, debería haber sabido) que el terreno era ajeno.
- En este caso, que se tiene presente, el alcance de la buena fe es diferente, y es que no se enmarca solo con una creencia buena, sino que es necesaria una buena fe diligenciada. En una clara posición contraria a lo establecido en la presente investigación, en el tema materia de análisis, señaló enfáticamente la Corte Suprema que “cuando se invoque la accesión industrial, se deberá acreditar fehacientemente la mala fe con que obró el constructor; (...) esto es, que se haya demostrado que el demandado edificó en el predio materia de la demanda a sabiendas que el terreno no le pertenecía y que era de propiedad de la empresa demandante; ya que tal circunstancia no puede dejarse librada a la presunción de publicidad establecida en el artículo 2012 del Código Civil”.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Edificación en terreno ajeno

2.2.1.1. La propiedad

Los derechos relativos a la propiedad han sido el discurso sobre el cual se han fundado la mayoría de las democracias en occidente, y por lo mismo, una de las piedras angulares de sus respectivos sistemas jurídicos.

El estudio de la propiedad reporta entonces un interés capital, ya que ello permitirá determinar de forma clara y concisa su ratio de alcance y por lo mismo sus limitaciones. De este modo consideramos en primer lugar, acatar un estudio, sin embargo, breve, de la propiedad desde la perspectiva que se establece en nuestra constitución política vigente en la actualidad, esto pues *“la Constitución es la expresión de los valores de un orden jurídico y social, es la estructura esencial de ese orden y es, por último, un orden fundamental porque es la base misma, el punto de apoyo del resto del ordenamiento jurídico”*. (Avendaño, 1997, pág. 120)

El propósito del desarrollo de este apartado para nuestra investigación será entonces, conocer la concepción del derecho de propiedad reflejado en nuestra constitución, como norma fundamental y de primer examen; siendo además que su utilidad se refleja en delimitar su contenido al concepto de “bien”.

De forma pre ambular sin embargo, nos servirá establecer un breve concepto de la propiedad; conviene entonces hacer énfasis de que la propiedad, tal y como la conocemos, es un problema de estudio jurídico, como así también, una preocupación fundamental de las ciencias económicas.

Sin embargo, la propiedad como tal, no ha tenido una evolución conceptual prolija, esto debido a que en la tradición románica *“no se conoció una definición de propiedad como la contenida en el Código francés”* (Schulz, 2000, pág. 61), la misma que inspira

la mayoría de las instituciones contenidas en nuestro código civil actualmente, por lo que debemos entender “*entonces de que el concepto de propiedad que manipulamos es de reciente aparición, considerando claro la larga historia del Derecho Civil*” (Hernández, 1969, pág. 113).

De lo anterior, siendo una cuestión abundante en la literatura jurídica y de hondo estudio, y estando sujetos a los fines de nuestra investigación, no será objeto de tratado la evolución terminológica que ha sufrido la propiedad como tal, sino que nos centraremos en definir brevemente, como dijimos al inicio de estos párrafos, la concepción de propiedad que surte la doctrina y la jurisprudencia autorizada.

Comenzaremos por referir que la propiedad se ha concebido “tradicionalmente un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Lo primero significa que confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. Lo segundo quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otro titular.

El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él Es un derecho perpetuo, finalmente, porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible” (Avendaño, 1997, pág. 117).

Sin embargo, esta postura no termina por reflejar la verdadera naturaleza pragmática de la propiedad pues, de primera intención, es posible decir que no es un derecho absoluto, ya que este tiene límites, como el interés público o la necesidad pública, estamentos que el ordenamiento jurídico reconoce, que han tenido un desarrollo doctrinario y jurisprudencial propiamente y que por cuestiones programáticas indicaremos más adelante. Del mismo modo, no puede decirse que la propiedad sea

perpetua, pues esta debe circular y por lo mismo producir en el su beneficio, dicho por (Avendaño, 1997), es un remanente de la función social que ata a la propiedad.

La perspectiva constitucional de la que daremos cuenta en seguida es al que comprende al derecho de propiedad, desde un enfoque liberal. Así pues, en primer lugar, es un derecho fundamental de la persona, cuyo establecimiento en la carta magna es taxativo, señalado en Capítulo Primero: *Derechos Fundamentales de la Persona*, en su numeral 16, el mismo que sostiene que “*Toda persona tiene Derecho a la Propiedad y a la Herencia*”. Su contenido, por lo tanto, reserva una diversidad de garantías, fundamentalmente el de su inviolabilidad.

A lo anterior, y como sostiene (Ochoa, 2011, págs. 91-92), la propiedad, desde una concepción liberal, es un derecho subjetivo, cuyo contenido reserva los siguientes rasgos, que resumimos a continuación:

- La propiedad como un derecho de goce del máximo contenido. En ese orden de ideas, la propiedad como el principal derecho real, como dice (Ferrero, 2006) o el derecho real por excelencia, significa para quien lo ejerce “un poder jurídico. [...] [que] recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporeales (derechos)”. (Avendaño, 2008, pág. 174)
- La propiedad como un derecho inviolable, cuyo origen se encuentra en el artículo 17° de la declaración de los Universal de los Derechos del Humanos.
- La excepcionalidad de las limitaciones del dominio; cuya premisa es la inviolabilidad del Derecho de propiedad, y cuya expensa se encuentra regulada también por el artículo 70 de la propia Constitución Política, la misma que establece una cláusula de reserva de ley.
- La propiedad como un derecho exclusivo; ya que es *erga omnes*, esto es, la facultad de que se puede oponer a todos y excluye a otros de su titularidad.

- La propiedad como poder de disposición y de libre comercialización en el mercado, conforme se establece en el artículo 923 del *Code Civil*, como veremos más adelante.

Una lectura más extensiva nos trae a reconocer que la propiedad en nuestra constitución no es un concepto restrictivo, sino que reconoce, no solo a la persona natural sino también a la persona jurídica.

En la Sentencia que recae sobre el Expediente N.º 04972–2006–PA/TC se señala que un parámetro que se ha tenido en cuenta en el desarrollo de la jurisprudencia del tribunal en recientes fechas, es la sentencia N.º 37/1987, emitida por El Tribunal Constitucional Español, en la que se ha sostenido que *“La constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, que es un conjunto de poderes individuales, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de deberes y obligaciones determinados por la ley, tomando en cuenta los valores o intereses de la comunidad, es decir, la finalidad o beneficio social de cada categoría de propiedad que está sujeta al dominio está llamada a cumplir(...)”*.

Una apreciación similar ha sido adoptada por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia que recae en el Expediente N.º 0008–2003–AI, el mismo que en su fundamento 26, apartado quinto, reconoce la propiedad “no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como garantía institucional (reconocimiento de su función social). De hecho, es una “institución” garantizada constitucionalmente. Por tanto, la tesis que concibe los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos no puede entenderse, ya que se basa en la idea errónea de que se trata sólo de una nueva categorización de las libertades públicas, concebida como en la Francia revolucionaria”.

2.2.1.2. Derecho a la propiedad en el Código Civil peruano de 1984

Nuestro Código Civil, de forma programática, califica al derecho de propiedad dentro de los derechos reales, siguiendo la tradición franco–románica propia del derecho

continental. En su artículo 923°, sostiene que: La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Lo anterior es entendido en la doctrina como el poder absoluto sobre el bien, pues como señala el propio código civil, el propietario de un bien tiene la facultad para realizar con él, en lo que los atributos propios de su condición de propietario le permitan.

Sin embargo, el legislador ha entendido que el ejercicio de este poder jurídico inherente de la propiedad, no es absoluto; en tanto se formula de primera intención un límite general basado en el interés Social y los límites señalados legalmente, como luego se extenderán en el artículo 925; existiendo además una cláusula sancionatoria al ejercicio abusivo del derecho de propiedad, como dispone el artículo 924.

Nuestra tarea entonces pasa por describir y desarrollar de forma breve cada uno de los atributos, caracteres y límites de la propiedad, así como se han descrito en nuestro código sustantivo civil.

a) Atributos del derecho de propiedad:

El antes mencionado artículo 923 del Código Civil, sostiene que son atributos inherentes a la propiedad de un bien el poder *usar, disfrutar, disponer y reivindicar* este; de tal modo que, en primer lugar, usar significa el poder servirse del bien. Así mismo, el disfrute comprende la percepción de los frutos del bien, es decir, el provecho económicamente derivado de su uso, entendiendo además que “los frutos son los bienes que provienen de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son rentas, ganancias y estos frutos naturales que surgen del bien sin intervención humana, frutos industriales en cuya percepción interviene el hombre, y frutos burgueses que surgen de una relación jurídica, es decir, de un contrato.” (Avendaño, 2008, pág. 172).

El disfrute, entre tanto simboliza la plenitud en el uso y la posesión de bien, de este modo, el propietario tiene la facultad de someterla en todos sus aspectos, para así poder obtener de ella toda la utilidad que le pueda prestar cualquiera de ellas.

Por otro lado, la disposición del bien está ligada a la facultad del propietario de prescindir de él, enajenando y transmitiendo sus derechos; así pues, el acto de disposición como la enajenación del bien, permite que la cosa circule en el mercado de bienes

La reivindicación, por último, es entendida como la potestad del propietario para recuperar un bien de su propiedad. Así pues, “Ejerciendo el derecho [es posible] recuperar la propiedad de quien la posee ilegalmente. Es por eso que se dice que la reclamación es la acción del no propietario contra el no propietario (propietario ilegítimo, debe especificarse)”. (Avendaño, 2008, pág. 173).

b) Caracteres del derecho de propiedad:

Si bien, el Código Civil no estima las características del derecho de propiedad en ninguno de sus artículos, dicha tarea ha correspondido en su gran mayoría a la doctrina y a la jurisprudencia. Así pues, gran parte de la doctrina ha estimado en señalar y estudiar tres elementos, según (Lau, 2006, pág. 251):

- **El Derecho de propiedad es un derecho real:** La propiedad establece una relación directa entre el titular y el bien. El propietario ejerce sus propiedades sin la mediación de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, es decir, se ejerce contra todos. Esta es la expresión de la denominada “Oposibilidad”, que caracteriza a todos los derechos reales y especialmente a la propiedad.
- **La Propiedad es un Derecho absoluto:** Esto se debe a que otorga al propietario plenos poderes sobre la propiedad. Ya hemos visto que: el propietario usa, disfruta y dispone. El usufructo, por el contrario, no es absoluto, ya que solo da derecho al uso y disfrute.

- **El Derecho de propiedad es exclusivo y/o excluyente:** Esto se dice porque elimina o descarta cualquier otro derecho sobre la propiedad a menos que el dueño lo autorice. El derecho de propiedad es tan completo (absoluto) que no deja lugar a otro derecho. La institución de la copropiedad (propiedad ejercida por varias personas) no resta valor a esta exclusividad, porque el derecho sigue siendo uno en la copropiedad. Lo ejercen múltiples propietarios. Estos forman un grupo que posee el derecho y excluye a cualesquiera otros.
- **El Derecho de propiedad es perpetuo:** Esto refiere que no se extingue simplemente por no usarlo. El propietario puede detener la posesión (uso o disfrute) y esto no conlleva la pérdida del derecho. Para que el dueño pierda su derecho, otra persona tiene que adquirirlo por prescripción. Así lo establece el artículo 927, que en primer lugar sanciona la falta de prescripción de la acción reivindicatoria y declara así la perpetuidad del derecho que ampara esta acción; y, en segundo lugar, establece que la demanda no procede contra aquel obtuvo el bien por prescripción, lo que significa que no hay acción (por tal la propiedad ya se extinguió) si otro ha adquirido por prescripción.”

Una aproximación al contenido de sus características también lo ha tenido la jurisprudencia constitucional, la misma que ha señalado en reiterada jurisprudencia, como es el caso de la expedida en la Sentencia Nro. 05614–2007–PA/TC; que los caracteres que se le reconocen al derecho de propiedad, en tanto derecho fundamental, se distinguen en los siguientes:

- 1) **Es un derecho pleno:** En el sentido de que otorga a su titular una amplia gama de poderes que puede ejercer de forma autónoma dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás.

2) **Es un derecho irrevocable:** En el sentido del reconocimiento de que su consumación o su transmisión depende de la voluntad del titular y no de la realización de un motivo extraño o del solo deseo de un tercero, salvo las excepciones expresamente previstas en la constitución política.

c) Formas de adquisición de la propiedad:

Dentro de las formas para la adquisición de la propiedad, observamos tipos que la doctrina ha desarrollado ampliamente, así pues “[...] *se suelen distinguir los modos de adquirir la propiedad en originarios y derivados, según que la adquisición esté justificada por una relación directa con la cosa, o por una relación con la persona del anterior propietario*” (De Francisci, 1954, pág. 157).

El Código Civil vigente, ha enunciado las formas por las cuales la adquirir la propiedad de un bien, mueble o inmueble, es factible. Para propósitos ilustrativos, desarrollaremos de forma breve cada una de ellas, pues nuestro interés se decanta por desarrollar en amplitud un grupo incluido en estas.

- Especificación y mezcla.
- Apropiación.
- Accesión.
- Prescripción.
- Transmisión de la propiedad.

2.2.2. Derecho de accesión

La accesión puede reconocerse como una de las formas originarias de adquirir la propiedad de un bien, esto ocurre debido a que una persona se hace titular de la propiedad de un bien por un acto exclusivo de su parte o por un hecho natural sin que el propietario derive su título de uno formulado con anterioridad.

La palabra *accesión* proviene del latín *accessio* (ad) en la dirección (doy) de acercar, para lo cual presupone la aproximación de una cosa, de pertenencia y, a través de la implementación legal, de incorporación. En el derecho romano existía una adhesión “cuando una cosa se adhiere a otra mediante trabajo natural o artificial, para integrar ambas en un solo cuerpo. El propietario de lo principal, que esencialmente define la función del todo según los criterios económicos y sociales, se convierte en propietario de lo menor, es decir, el que da o acepta.

La adhesión se definió “como una forma de adquirir los complementos de lo principal que nos pertenece; O el derecho que la propiedad de una cosa, mueble o inmueble, le da al dueño sobre todo lo que produce y sobre lo que es elaborado por obra de la naturaleza, o por la mano del hombre, o ambos.”. (Alvarado, 2011, pág. 36)

En el tratamiento doctrinario de la institución de la *accesión*, se pueden distinguir dos posturas, como caso reconoce (Lau, 2006, pág. 252):

- a) *Accesión continua o propia:*** Esta se configura frente al hecho según el cual a un bien se le adhiere o une otro bien de manera artificial o natural, formando un bien único e inseparable, de tal suerte que el propietario del bien que recibe el otro bien resulta siendo el dueño de ambos; sucede cuando se unen bienes cuyo titular es distinto. En este caso, debido a la unión o fusión de dos bienes, la conexión debe ser tal que las cosas unidas no puedan separarse o su separación conlleve un mayor daño económico y por lo tanto la cuestión de cuándo la unión debe decidirse a quién se atribuye la cosa recibida. voluntad. El criterio bajo el cual se toma esta posición está determinado por el principio *Accessorium sequitur Principale* o “los accesorios siguen a la cabeza”.” (Etala, 2016, pág. 11).

Nuestro Código Civil, asume, de manera general, esta postura, a fin de solucionar los problemas de determinación de titularidad de distintos propietarios;

de este modo en el artículo 938°, que sostienen que “*El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él*”. Literalmente se refiere a la accesión continua, ello en consideración a que se establece como criterio la adherencia o unión material a un bien.

- b) La accesión discreta o impropia:** Aquello que se desliga del derecho del dueño de una cosa para luego hacer suyos los frutos naturales o civiles que da. En la práctica, la accesión natural o impropia no es de gran importancia, ya que no existen dudas sobre la titularidad de la propiedad, lo cual no es tan claro con una en el supuesto de accesión propia o continua.

Las características que se pueden distinguir de la accesión son las siguientes:

- Sólo funciona en relación con los bienes materiales, dado que, en el momento de la accesión, existe la unión que provoca la adquisición de una propiedad que sólo es posible para las cosas materiales.
- Es una forma de adquirir la propiedad original, en la medida en que la cosa accesoria que sigue a lo principal aún no haya tenido dueño o ese dueño no haya transferido su dominio.
- Los bienes que se unen son de propiedad de dueños diferentes.
- No existe ningún negocio jurídico preexistente en cuanto a la unión de las cosas, esta unión es el resultado de un fenómeno natural o la voluntad de uno de los propietarios.
- Se genera como consecuencia de la unión física de dos bienes.

La accesión en tal sentido, es un modo originario de adquisición de la propiedad mediante el cual el propietario de un bien adquiere la propiedad de otro bien porque este último se une o adhiere materialmente a él.

“El presupuesto de la accesión es la existencia de dos bienes, uno de los cuales tendrá el carácter de principal y el otro de accesorio, siendo este último el que se adhiere al primero” (Gonzales, 2013, págs. 988-989). Sin embargo, el conflicto de interés no surge si el titular de los dos bienes (principal y secundario) es la misma persona, ya que en ese caso no cabe duda de quién es el titular del objeto resultante. El conflicto requiere que los dueños de ambas propiedades sean personas diferentes antes de la accesión. La solución jurídica se funda en la ficción de que uno de los bienes conserva su identidad y el otro lo pierde.

El titular beneficiado con la accesión viene obligado a indemnizar en la medida que el ordenamiento lo considera enriquecido sin causa. “La accesión es, pues, otro modo de adquisición Originario de la propiedad, en cuanto el derecho no trae causa en la voluntad del anterior titular, sino que nace ex no” (Mejorada, 2010, pág. 56).

El legislador ha optado por esta solución sobre la base de un criterio económico y pragmático, evitando con ello la copropiedad sobre bienes y los futuros litigios que crea esta institución.

Para lo que nos importa, “En algunos casos, la propia ley determina qué bien se considera el activo principal, como es el caso de la hipótesis del suelo (inmueble) versus los edificios que se levantan sobre él. Este principio solo se conoce para ceder para las áreas máximas e indica que las construcciones (accesorios) siguen el destino del piso (principal)”. (Gonzales, 2013, pág. 991)

Del artículo 94111 del CC se infiere que “la construcción en terreno ajeno puede hacerse de buena o mala fe. Cuando el constructor es de buena fe, entonces el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el valor del terreno (art. 941 del CC). En ambas soluciones, el principio

subyacente es mantener en una sola mano la propiedad del único bien (suelo y construcción), aun cuando se deban pagar las compensaciones respectivas” (Mejorada, 2010, pág. 29).

Es necesario determinar quién es el propietario de la edificación realizada de buena fe sobre terreno ajeno, ello resulta necesario resolver para dar una respuesta coherente y razonada a la problemática que abarca el presente ensayo.

(Gonzales, 2013) señala que, en nuestra opinión, el artículo 941 del CC debe entenderse en el siguiente sentido: una vez que la construcción se ha realizado de buena fe, automáticamente se sumará al propietario del suelo debido a la virtud de la máxima superficie solo cedit, y para lo cual el propietario per se está obligado a pagar el valor de la construcción, el monto de esta es el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En este caso, el constructor puede reclamar el valor antes mencionado de forma inmediata, por lo que su titularidad del edificio se transfiere a un derecho de crédito.

Por el contrario, sólo cuando el propietario ejerce el derecho facultativo de obligar a la compra del bien, el constructor se convierte automáticamente en propietario y, más bien, quien era dueño del terreno se convierte en titular de un crédito consistente en el valor de la propiedad actual y comercial. Con esta interpretación, la norma cobra el sentido según los principios en los que se basa la accesión, y también gana en funcionalidad, “pues se entiende que estamos entre una atribución dominical directa al propietario del suelo, salvo si este ejercita su derecho potestativo consistente en forzar la compra del terreno constructor” (Gonzales, 2015, pág. 47)

Por otro lado, se dice que “la norma analizada plantea dos alternativas en favor del dueño del suelo: a) Puedes hacer tuya la edificación: adquisición de la estructura

mediante accesión industrial, por lo que hay que abonar el valor del edificio, cuyo importe es la media entre el coste y el valor temporal de la obra. b) Puede obligar al intruso a pagarle el valor de la propiedad: el precio se establece en función de su valor comercial actual” (Cruz, 2007)

Vemos que las posturas asumidas por la doctrina nacional son diferentes, mientras que para un sector por el solo hecho de construir en terreno ajeno, lo edificado es de propiedad del dueño del suelo, el otro sector considera que para que el propietario del suelo se convierta en propietario de la construcción deberá pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra.

Esta discusión no solo se da en nuestro país, en España también hay discrepancia en la doctrina respecto a este tema por la redacción de la norma que regula estas situaciones de hecho.

“1° Tesis del dominio separado del incorporante previo al ejercicio de la opción por el dominus soli. Esta teoría parte de la base que hay que entender que mientras no se abone la indemnización que establece el actual precepto, el dueño del predio tiene la propiedad de lo edificado, sembrado, o plantado, y el que edificó, sembró o plantó de buena fe –es este un requisito imprescindible– tiene un derecho de retención como el que se establece en el artículo 453 del Código Civil; existiendo, por tanto, un dominio separado del incorporante que es preferente al ejercicio de opción por el dominus soli.

Esta corriente doctrinal está representada por Albadalejo, Díez–Picazo, Garrido Palma, Hernández Crespo, Lacruz, Serrano Alonso y en parte por De Ángel y López Vilas. 2° La teoría contrapuesta es la fundamentada en la tesis de la accesión automática, que sostiene, en su interpretación del artículo 361 del Código

Civil, la existencia de una accesión automática, en el sentido que lo edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno pertenece al propietario de este, desde el instante mismo en que tiene lugar la unión o incorporación, debiendo entenderse que la indemnización previa a que se refiere el artículo que se comenta, es el resarcimiento o compensación económica por la accesión que se produce y no un verdadero precio, y que no sirve, además, para que el dueño del suelo adquiriera la propiedad de la incorporación realizada de buena fe –se vuelve a insistir, es la necesidad de este requisito.” (Rocca, 2010)

En nuestra opinión, la tesis de que existe una accesión automática no puede prosperar, aunque reconocemos su practicidad para dar solución a los conflictos de intereses surgidos en estos casos.

Consideramos que nuestro legislador otorga un derecho de opción al propietario del suelo, por un lado, puede optar por provocar una compra forzada a su favor de lo edificado, u optar por imponer una venta forzada del suelo al tercero. En ambas hipótesis queda claro que existe un dominio separado de los bienes inmuebles (terreno y edificación).

Esta postura tiene su sustento en que nuestro legislador ha considerado que quien construye una edificación en terreno ajeno (sea de buena o mala fe) es propietario de tal edificación, por ello, las reglas particulares para tales casos, no siendo viable una accesión automática.

Ahora bien, aquí no se trata de una indemnización como sucede en España¹⁸, se trata propiamente del pago del precio por el inmueble edificado a favor de quien lo edificó, empero, el no podrá establecer el monto que considere por la venta, sino que el legislador ha establecido que dicho precio será el promedio entre el costo de la edificación y el valor actual del mismo.

- **El mecanismo de tutela adecuado para estos conflictos de intereses:**

Consideramos que, para solicitarse la entrega del inmueble edificado de buena fe en terreno ajeno, el propietario del suelo deberá haber hecho saber su intención de optar por la compra forzada de lo edificado, aplicándose para ello lo dispuesto en el artículo 94919 del CC, ya que desde el momento en que el propietario del terreno opta por hacer suyo lo edificado nace la obligación del constructor de enajenar lo edificado por imperio de la ley.

Al ser esto así, el juez deberá amparar la pretensión de reivindicación o desalojo por ocupación precaria, ya que el título que justificaba la posesión del constructor sobre lo edificado ha fenecido, empero, en caso el propietario del suelo no haya pagado el precio de lo edificado, el constructor tendrá expedito su derecho para solicitar judicialmente el cumplimiento del pago, más los intereses que se generen hasta el cumplimiento del pago.

La otra opción para el propietario del suelo es recurrir al órgano jurisdiccional para que este establezca el monto a pagarse por lo edificado aplicando la regla contenida en el artículo 941 del CC, es decir, una pretensión de accesión – pretensión declarativa–, acumulando para ello la pretensión reivindicatoria o de desalojo (cualquiera como pretensión accesorio), a fin de que se determine el monto a pagar por lo edificado en su terreno y a su vez se ordene la entrega de la posesión de la edificación que decidió hacer suya.

Así las cosas, consideramos que no es factible que el propietario del suelo pretenda la reivindicación de lo edificado sino hizo –previamente– saber al constructor de la edificación por cuál de los dos derechos –que le otorga el ordenamiento jurídico– optó, dicha decisión debe ser comunicada al constructor de forma fehaciente (por ejemplo, vía carta notarial).

Tampoco será factible que, en la etapa de ejecución del proceso de reivindicación, el propietario del suelo pueda optar por alguno de los derechos que le otorga el artículo 941 del CC, ya que con ello se está afirmando que el demandante (propietario del suelo) no es propietario de la edificación y si ello es así, la pretensión reivindicatoria no puede prosperar por falta de probanza de uno de sus requisitos para su fundabilidad, por lo que la pretensión devendría en infundada.

Cabe precisar que la forma de la tutela solicitada debe ser la adecuada a fin de que el juez pueda emitir un pronunciamiento acorde con el ordenamiento jurídico y aplicando la justicia al caso concreto, por ello, cuando los propietarios del terreno solicitan la reivindicación –tanto del terreno como de lo edificado de buena fe en él– deben, en primer lugar, hacer valer su derecho de opción conforme a lo aquí mencionado y con ello se evitarán pronunciamientos inhibitorios luego de un largo costoso proceso judicial.

2.2.3. La edificación de buena fe en terreno ajeno

El supuesto que estamos desarrollando, se encuentra regulado por el artículo 941, el mismo que sostiene que: cuando la construcción en tierra impropia se lleva a cabo mediante buena fe, el propietario del terreno puede elegir entre hacer suya la construcción o forzar al intruso a pagar por el terreno. En el primer caso, el propietario del terreno debe pagar el valor de lo edificado, cuyo monto es el promedio entre el costo y el valor vigente de la obra. En el segundo caso, el intruso tiene que pagar el valor comercial actual de determinado terreno.

(Corrales, 2008)menciona que la edificación en terreno ajeno:

“la realización de una construcción, entendiéndose esta como la edificación de toda obra o fábrica que se construye para su uso en habitación u otros

fines propios del quehacer de la persona; y que signifique protección al menos relativa y de cierta permanencia, contra la intemperie (...) una creencia basada en un error excusable, sobre el dominio del suelo: cree pertenecerle, o una creencia, también asentada sobre un error excusable, sobre el alcance del título que ostenta: cree que le faculta para obrar como lo ha hecho” (pág. 381).

De este modo, ante la concurrencia del supuesto de hecho sujeto en la norma, el propietario del bien, tiene a su disposición dos opciones:

- Puede hacer suyo lo construido: obteniendo la edificación por accesión industrial, para lo que se tendrá que abonar el valor del edificio, cuyo importe es la media entre el coste y el valor actual de la obra.
- Puede obligar al intruso a pagarle el valor de la propiedad, cuyo precio se fija en función de su valor comercial actual.

Aun así, podemos observar que *“en ambas soluciones, el principio subyacente consiste en continuar la propiedad del bien único (suelo y construcción) en una sola mano, siempre debiendo pagarse las compensaciones respectivas”* (Gonzales, 2000, pág. 260).

Sin embargo, existe una tercera posibilidad, aquella que plantea de que el dueño del suelo no ejerza ninguna de las opciones establecidas anteriormente; así, por ejemplo, este puede carecer de los recursos económicos para poder adquirir lo edificado, sin embargo, no existe en el menor interés de vender el terreno de su propiedad;

“por ello la jurisprudencia nacional ha resuelto esta situación estableciendo que estas opciones están previstas solo para ser ejercidas por el dueño del suelo, por ende, el edificador de buena fe no está legitimado para obligar al

propietario del terreno a que le pague el valor de lo edificado, en cuyo caso solamente le quedará esperar indefinidamente” (Gonzales, 2000, pág. 262).

a) El supuesto de la mala fe del propietario del suelo:

Este, se encuentra normado por el artículo 942°, el mismo que sostiene que: *Si el propietario actúa de mala fe, la opción a que se refiere el artículo 941 queda a disposición del intruso de buena fe, quien en este caso puede exigir el pago del valor actual de mercado del inmueble o el pago del valor comercial actual del terreno.*

La disposición contenida en el artículo precedente, contempla un supuesto de hecho, cuya apreciación puede aparentar cierta singularidad y hasta –podría decirse– cierta inverosimilitud; ya que exhibe el hecho de que exista un propietario del suelo o terreno, el mismo que se espera obre de mala fe y que, del mismo modo, coexista un invasor de buena fe. Esta sostenida suposición repara en la situación que exista un propietario que obre de mala fe, esto asumiendo de que el mismo conoce que el bien es de su propiedad, y por lo mismo admita de forma deliberada, la posibilidad de posesión o la construcción en su terreno por un tercero que actúa de buena fe, siendo se esta manera que el propietario del terreno contemple la finalidad de apropiarse posterioridad de la construcción y que le sea así de esta forma la de elegir una de las opciones a que se refiere el artículo 941° del Código Civil nuestro; pero esta deviene en irreal y hasta ilógica, puesto que respecto a este artículo y en atención a que se presenta la mala fe del propietario del suelo, es al “invasor” de buena fe a quien le atañe decidir entre dos opciones:

- Si le exige al dueño del suelo que le pague el valor actual de la edificación, o
- Si compra el terreno al precio actual comercial.

A escoger de cualquier supuesto, el dueño del terreno se encuentra agraviado, ya que en algún caso se vería forzado a vender su terreno, o en cualquier caso, tendría que pagar el valor actual de una construcción que no corresponde a su expectativa o necesidades (Godenzi, 2000). Así pues, concluyentemente, cabe señalar que consideramos que el término “invasor de buena fe” en el artículo en discusión es inapropiado e incoherente, ya que la palabra “invasor” implica en su término la equivalencia a la violencia o el uso de la fuerza, lo cual de ninguna manera se hace de buena fe, salvo se proceda por error en el que no habría violencia o la fuerza.(Godenzi, 2000).

b) Edificación de mala fe en terreno ajeno:

El precepto que recoge el artículo 943 prescribe que: *“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”*.

Esta disposición requiere analizar, en primer lugar, las construcciones que una persona realiza sobre un terreno o suelo que no le pertenece, de este modo es posible sostener que, por efecto del derecho de accesión, que ya hemos desarrollado previamente, dichas edificaciones pasarían a ser propiedad del dueño del suelo. Sin embargo, la norma establece el presupuesto o condición de la mala fe.

Así es pues, que es menester señalar que *“la mala fe es toda intención perversa o convicción íntima de que no se actúa legítimamente, ya sea por existir una prohibición legal o una disposición en contrario, o por saber que se lesiona un derecho ajeno o no se cumple con un deber propio”* (Godenzi, 2000, pág. 266).

Es imperativo, para la condicionante del presupuesto normativo, que la mala fe, donde se da el consenso de fraude o intención de dañar a otra persona, por parte del constructor debe ser una cuestión de prueba. Cuando el constructor construye de mala fe, es decir, con pleno conocimiento de que el terreno es impropio, el artículo del comentario establece que el propietario tiene dos excepciones, según señala (Godenzi, 2000, pág. 267):

- Exigir la demolición de lo construido si es que le causa perjuicio, más la retribución mediante el pago por la indemnización correspondiente. En el primer supuesto, concordamos con el maestro Eleodoro Romero Romaña, quien afirma que: “en el Derecho moderno no debe admitirse el derecho de destruir, que corresponde a la pasada concepción individualista de la propiedad” (Godenzi, 2000, pág. 267), de ahí que la demolición no sea una fórmula muy buena, como siempre se le ha cuestionado, sin olvidar la compensación que el constructor de mala fe debe pagar; o
- Convertir y que forme parte de mi propiedad sin tener que pagar una suma. En cuanto al segundo supuesto, la sanción señalada en este artículo nos parece excesiva, lo que podría conducir a un enriquecimiento sin motivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 1954 de nuestro derecho civil sustantivo.

El planteamiento derivado de esta problemática resulta interesante, pues lo que en este punto interesa es definir la existencia propia de la mala fe, así pues “la jurisprudencia nacional que es señalado hace tiempo como *“las edificaciones hechas en terreno ajeno después de haber sido citado el poseedor con la demanda del propietario, se consideran de mala fe”* y tal como lo mencionamos anteriormente, esta mala fe debe probarse, por lo que la jurisprudencia concluye diciendo: *“no habiendo probado que ha sido construido de mala fe, es decir*

sabiendo que el terreno era extranjero, el propietario del terreno debe pagar el valor del edificio”. (Godenzi, 2000, pág. 269)

Puede notarse, concluyentemente, de que la finalidad de la norma señala la cautela los intereses del propietario del suelo; teniendo su fuente en lo que disponía la segunda parte del artículo 868 del Código Civil de 1936, cuando establecía que, si la construcción en terreno ajeno había sido hecha de mala fe, el dueño tenía la facultad de pedir la restitución de las cosas al estado anterior y además la indemnización por el perjuicio causado. En nuestra opinión, la solución del código civil derogado nos parece mucho más justa y equitativa, dado que la condición de un inmueble se ha cambiado debido a que se actuado con mala fe, sería correcto devolver las cosas a su estado anterior.

2.2.4. Buena fe del constructor

2.2.4.1. Principio de buena fe

La buena fe es entendida como un principio general del derecho, y como un principio rector de nuestro sistema jurídico en particular, en ese entender; “la buena fe compota un modelo ideal de conducta social, eso implica un trato honesto, leal, sincero, correcto, libre de astucia y malicia. Es el espíritu de conciencia con el que se deben cumplir las obligaciones y ejercer los derechos. (Wieacker, 1986). En este entendimiento, el principio de buena fe trata, en su aplicación práctica, de dotar al derecho positivo de reglas morales que, como patrón general, contienen el “mandamiento de la convivencia y la solidaridad social” (Betti, 1953)

Así, tomando las consideraciones anteriores, podemos afirmar que la buena fe del agente puede atribuir a la acción efectos que de otro modo no tendría y, a la inversa, la mala fe elimina los efectos que de otro modo tendría; un mismo hecho tiene efectos diferentes según se trate de un agente de buena o mala fe.

En el desarrollo de la doctrina es posible identificar dos aspectos de la buena fe, cuyas dimensiones observan importantes conceptos. Así observamos:

a) Buena fe subjetiva:

La buena fe subjetiva o también denominada *buena fe creencia*. Este aspecto de la buena fe, tiene en cuenta la evaluación interna de la persona, o su creencia, de que está actuando conforme a ley, aunque el aspecto objetivo, esto es, la realidad del contexto determine lo contrario. El sujeto, bajo su creencia, actúa en función a la “apariencia de lo externo”. Es así que, está determinada por la situación o valoración de la persona en relación a la circunstancia en particular en la que cree encontrarse, lo que la induce a creer algo o en algo.

En ese sentido, el sujeto, bajo estas condiciones, “recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata de un estado Psicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto va a recibir” (Puig, 1981, pág. 415).

Este aspecto de la buena fe, resume las siguientes características, a decir del profesor (De La Puente, 2003):

- Esta creencia, aunque subjetiva, no es ingenua, sino justificada en el sentido de que el sujeto ha valorado los elementos de juicio que tiene a su disposición.
- Se trata de la convicción personal del sujeto de que sus acciones se ajustan a la ley, es decir, que tienen un contenido ético.
- El juicio del sujeto es el resultado de su diligencia, es decir, haber realizado un análisis razonable de los elementos del juicio.
- La creencia del sujeto puede radicar tanto en su propia situación como en la de aquella persona con la que entabla una relación.

- En este proceso de formación de creencias, no actuó con dolo o culpa.
- La Derecho trata favorablemente el comportamiento del sujeto en función de sus creencias.
- La creencia, así formada, determina el comportamiento del sujeto, en el sentido de que existe una correspondencia absoluta entre su creencia y sus acciones.

b) La buena fe objetiva:

La otra cara de la moneda, la también denominada *buena fe de lealtad*, puede reconocérsele como un “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo” (Cardilli, 2004), este concepto, se expresa en reglas como la honestidad, la sinceridad, la lealtad y sobre todo en la consideración de los intereses del otro como miembro del grupo social que es jurídicamente. La buena fe objetiva en este entendimiento presupone que se actúe con honradez, honorabilidad, probidad, transparencia, cuidado, responsabilidad y sin dobleces, además de otros deberes que resultan de su profundo carácter normativo.

Su aplicación se manifiesta en el cumplimiento del programa obligacional por las partes, las mismas que previamente han pactado cláusulas, las cuales deben actuar de acuerdo a lo que normalmente se espera de ellas: es la lealtad que se deben las partes “según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico”.

Podemos identificar las siguientes características de la buena fe objetiva (De La Puente, 2003, pág. 335):

- Este deber de conducta es importante para que los intereses de los demás no se vean perjudicados fuera de los límites de la legítima protección de sus propios intereses.
- Es un deber de conducta impuesto al sujeto con un argumento eminentemente ético.
- Para valorar el comportamiento se prescinde de la mirada subjetiva de las partes para referirse a un criterio objetivo.

- El criterio objetivo consiste en comparar el comportamiento de la persona con un estándar legal, es decir, un prototipo de comportamiento social media.
- Sin embargo, esta objetividad no excluye que ya no se tenga en cuenta un elemento subjetivo, como el dolo o la culpa por parte del sujeto. Cualquiera que actúe de forma intencionada o culpable no puede esconderse detrás de una buena fe objetiva.
- La normativa legal aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

Desde la perspectiva de nuestro Código Civil vigente, cuando este hace referencia al principio de buena fe, se pueden distinguir cuatro acepciones, según (Espinoza, 2003, pág. 34):

- Como el estado de ignorancia de un interés ajeno tutelado por el derecho:
 - Como lealtad durante la negociación del contrato y como corrección de comportamiento en el contrato celebrado.
 - Como creencia en la apariencia de una relación o situación que legitima a la otra persona para tener cierto derecho.
 - Como criterio hermenéutico.

Concluyentemente, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 0022–2009–AI también ha visto meritorio pronunciarse sobre el contenido del principio de buena fe, y así sostiene que: *“El principio de buena fe debe entenderse de tal forma que se eviten conductas o comportamientos encaminados a eludir lo pactado, perjudicando u omitiendo el desarrollo de la otra parte, o la falta de cuidado en el cumplimiento de los acuerdos”*.

Ahora bien, la buena fe del constructor, a decir de (Sánchez, 2012, pág. 86) puede entenderse como

“Cualquiera que construya en propiedad de terceros no puede ser retirado de la propiedad mediante un simple procedimiento de apertura; porque no pudo plantear las objeciones necesarias en la sentencia de desahucio para proteger su derecho a la propiedad del edificio; Sin que se pueda afirmar que la rescisión del dueño de la propiedad para rescindir el contrato de arrendamiento correspondiente lo obliga materialmente a evacuar, ya que no implica prevención judicial; y es conveniente brindar protección contra actos de expropiación del inmueble, pues si alguna propiedad es de buena o mala fe deberá ser determinada mediante un procedimiento adecuado ante las autoridades conjuntas”

2.2.5. La accesión en la doctrina

Contrariamente a lo que podría pensarse, la calificación de la accesión como una forma original de adquisición de propiedad no siempre fue controvertida. Así, tal como dan cuenta Ruiz-Rico y Castaños (2011), la discusión en España sobre la calificación de la accesión como forma de adquisición de la propiedad radica fundamentalmente en la posición establecida por el legislador en su Código Civil, ya que no fue tomada expresamente en cuenta en el artículo 609 del cuerpo normativo antes mencionado, que incluye las formas de adquisición de propiedades; incluso la valoración de parte de la doctrina española de que el tratamiento de toda edificación debería ser el que recurre a mejoras y, en consecuencia, que deberían liquidarse de acuerdo con los estados de titularidad. Sin embargo, a pesar de esta omisión, y también teniendo en cuenta el trato diferenciado otorgado a la accesión en relación a la propiedad, otro sector cree que esta institución es en realidad una forma de adquirir una propiedad y no una mera modificación física de los objetos de los derechos reales. (pág. 3873).

En nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión es más esclarecida, pues la accesión está regulada en el Código Civil peruano de 1984 en el Capítulo II del Libro de Derechos

Reales según los modos de adquisición de la propiedad. Nuestro código civil regula los supuestos de accesión natural, es decir, la que surge sin intervención humana, como la accesión por aluvión o avulsión; y la accesión industrial o inmobiliario, siendo este último el punto central de este artículo.

De hecho, la accesión se configura como una forma original de adquisición de propiedad, ya que aquí, al igual que en la usucapión, no se puede comprobar ningún tracto sucesivo, como si se da en el caso de una transferencia voluntaria de propiedad, por ejemplo realizada por una compraventa; por el contrario, por la accesión el dueño del terreno o dominus soli, en principio, el propietario extiende su derecho de propiedad al conjunto, incluido el edificio, por lo que debe indicar que el efecto logrado podrá transformarse posteriormente, en función de la configuración de determinadas supuestos de los artículos 941 a 943 del Código Civil, en los que la buena o mala fe tanto del propietario del terreno como del constructor juega un papel protagónico.

Con respecto a la mencionada extensión de los derechos de propiedad a favor de dominus soli, es muy importante determinar si dicha extensión se produce automáticamente; o, en su caso, por el contrario, solicita el ejercicio del derecho de opción contenido en el artículo 941 a favor del propietario del terreno y el posterior pago del valor de la construcción al tercero de buena fe. En este sentido, a pesar de la redacción del artículo anterior, de la que se podría pensar que el propietario del terreno no es propietario de la estructura hasta que no ha decidido “hacer suyo” lo construido, solemos adoptar la primera posición a favor de la adquisición automática, ya que es compatible con el artículo 938, según el cual “El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él”. De acuerdo con la tesis a la que nos adherimos, podemos referir entonces que en el caso del artículo 941 del Código Civil, el constructor está asistido por el derecho a tomar las medidas necesarias para proteger sus intereses,

requerir el pago por lo edificado en el terreno del propietario y ejercer la retención de lo construido para asegurar el pago. En efecto, como bien anota (Acosta, 2020) tal retención del edificio es posible sobre la base del artículo 1123 del Código Civil, ya que existe una conexión entre el crédito y la propiedad retenida. Además, otro argumento es la retención del inmueble construido, la solución que otras normativas ponen en marcha para asegurar la compensación a la que tiene derecho el constructor.

Estas dos posiciones o tesis sobre la posibilidad o no de una adquisición automática de la propiedad de lo edificado a través de la accesión ahora se relacionan con la aceptación o no aceptación del principio de superficies solo cedit (la superficie cede al suelo) en el momento de la accesión. Entonces, si es una adquisición automática por parte del propietario cuando un tercero está construyendo, entonces es una aplicación de las superficies solo cedit. En este contexto, es importante mencionar que incluso si aceptamos la adquisición automática del edificio mediante la aplicación de las superficies solo cedit, no es uniforme la doctrina respecto a que pueda realizar una atribución automática a favor del propietario del terreno, existen al respecto dos tesis: La tesis de la adquisición diferida de la propiedad de la obra y la tesis de la adquisición inmediata de la propiedad de la obra.

La profesora española (Bayod, 2012, págs. 265–267) logra brindar una perfecta explicación del alcance de ambas tesis, explicación que nosotros con fines didácticos y con respectiva referencia a los artículos de nuestro Código Civil Peruano nos permitimos plasmar a través de la siguiente tabla: La citada autora española, da cuenta de que la jurisprudencia y la mayoría de autores, entre ellos Lacruz, Díez–Picazo, Carrasco Perera y Garrido De Palma, sostienen que la accesión contemplada en artículo 361 del Código Civil español (con similar redacción al artículo 941 del Código Civil peruano) está

doblemente condicionada: en primer lugar, la elección de la opción, que se atribuye a Dominus soli en esta regla, y

Segundo; al pago por de lo accedido, en otros términos, la retribución pecuniaria de la obra o el cobro del precio del terreno si se opta por esta opción.

Como explica la citada autora, aquí tiene sentido que el constructor pueda ejercer un gravamen sobre la obra con el fin de lograr el desembolso del crédito que ha surgido a su favor, ya que ejercer el gravamen no tendría sentido que el constructor ejerza su derecho de retención de una construcción que posee.

Asimismo, Bayod apunta que, en esta tesis, las expresiones “Hacer suya la obra” o “enajenar el terreno” son potestad del dominus soli como dueño de la propiedad y titular del ius aedificandi; Para que estos no caduquen ni prescriban estatutariamente y puedan ser transferidos mediante la venta o sucesión.

Primera versión de esta disertación: Una primera versión de esta disertación indica que la construcción no pertenece a nadie hasta que se ejerza el derecho de opción. Bayod López reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y gran parte de la doctrina científica apoyan esta versión.

Segunda versión de esta tesis: Bayod señala que para Díez-Picazo Y Garrido De Parma, hasta que dominus soli ejerza la opción, existe una propiedad separada del suelo y de la construcción. En este contexto, la autora antes mencionada describe la crítica de Cerdeira a esta versión de la tesis, ya que ha señalado que esta especificación de la tesis mayoritaria, defiende la existencia de dos propiedades separadas, plantea problemas aún mayores de adaptación a nuestro Derecho, dado que no es factible el dominio separado sobre construcciones si no está tutelado por un derecho de superficie, de propiedad horizontal o de aprovechamiento.

Una vez explicado esto, es muy importante tener en cuenta lo siguiente, incluso a riesgo de anticipar partes posteriores del texto: El artículo 942 del Código Civil peruano es un inconveniente para la aplicación armoniosa de las superficies solo cedit, ya que este artículo regula los efectos de la mala fe por parte del propietario del terreno y otorga al constructor de buena fe la facultad de reclamar el pago del valor actual de la construcción o pagar por el valor de comercial de la propiedad. Como puede ver, esta situación no sería muy compatible con la aplicación del principio de superficies solo cedit, ya que es normal ceder el derecho potestativo al propietario del todo (terreno y construcción), lo cual es ilógico, entregarle la propiedad en su totalidad al propietario del terreno del suelo de mala fe, pero al mismo tiempo determinando que el destino de esta propiedad es una cuestión de elección que el constructor de buena fe pueda tomar, una de las cuales es obligar al propietario a venderle el terreno.

Más adelante, el lector notará que solo el Código Civil peruano regula algo como lo establecido en el artículo 942, e incluso si revisa el tratamiento de la accesión en otros países, encontrará que existen códigos civiles que: i) no regulan el caso específico de mala fe del dueño del terreno (ver España y Argentina); ii) no le da explícitamente al constructor la oportunidad de poseer la propiedad del todo (ver Italia); iii) Regulan el caso de mala fe por parte del propietario del terreno, solo para compensar la mala fe por parte del constructor y para derivar el principio de buena fe por parte del constructor (ver España) ; y iv) Incluso si tratan drásticamente con el propietario del terreno de mala fe, de ninguna manera le otorgan una propiedad cuyo destino está en manos de un derecho opcional del constructor, sino que simplemente se castiga al propietario con solo la opción activada de que se le otorgue un valor pecuniario por el terreno(ver México).

Además, los debates que se han suscitado en España entre proponentes y opositores de la adquisición automática utilizando superficies solo cedit hacen que nos

demos cuenta de la inconveniencia del artículo 942 del Código Civil peruano, puesto que como bien narra Cerdeira (2012), quienes están en contra de los automatismos solo están violando el artículo 361 del Código Civil español (se refiere a la construcción de buena fe), ya que solo bajo este supuesto el propietario del suelo tiene un derecho de opción por el cual puede “hacerse propietario” de la propiedad construida después de pagar su valor (según la interpretación literal que defienden y que también podría llevarse a cabo en nuestro artículo 941 del Código Civil Peruano por su similar redacción) o convirtiendo al constructor en propietario y obligándolo a pagar el precio de la propiedad.

Sin embargo, quienes se oponen al automatismo coinciden en que la accesión es automática a favor del propietario del terreno, en los artículos 362 y 363 del Código Civil español que se refiere a la edificación de mala fe, lo curioso es que en este caso ambos artículos dejan claro que el constructor pierde lo construido sin derecho a indemnización y el propietario puede, si así lo solicita, ordenar la demolición a cargo del constructor (p. 47).

En este sentido, no existe un derecho opcional que permita a los intérpretes literales comprender que la propiedad se adquiere o se pierde en determinadas condiciones. Veamos, pues, lo siguiente: Si la ley facultativa anclada en el 361 del Código Civil español (similar a nuestro 941) a favor del dueño del terreno les permite a los opositores del automatismo para reforzar sus tesis.

Lo que se indica en las líneas anteriores puede ser entendido en detalle por el lector en las páginas siguientes y, sin embargo, como ya se mencionó, es válido el breve adelanto para confirmar tres cosas:

i) Se debe derogar un artículo como el 942 del Código Civil peruano, pues es importante la aplicación del principio de solo cedit y en este sentido la adquisición automática de todo a favor del dueño del terreno, es este dueño quien tiene el derecho

potestativo o que de su lado tenga derecho de opción, tal como ocurre efectivamente en los artículos 941 (sobre buena fe del constructor) y 943 (sobre mala fe del constructor) del Código Civil peruano. Vale tener presente incluso que ya un sector de la doctrina ya ha recomendado su derogación.

ii) La negativa de otorgar un derecho de potestativo a favor de quienes no han operado las superficies solo cedit, no solo es la más coherente, sino también lo que se puede ver en otros códigos civiles alrededor del mundo.

iii) Tal como señala la autora española (Bayod, 2012) “el legislador sí tiene en cuenta la mala fe del dominus soli, pero esta solo es relevante para compensar la mala fe del edificante”. Con esto, la autora demuestra que no es necesario un artículo que regule exclusiva y explícitamente los efectos de la mala fe del dueño del terreno, ya que este factor solo es importante para compensar la mala fe del constructor, pero no es importante en sí mismo.

Por cierto, según el principio de superficies sólo cedit, sólo podemos decir que esto obedece esencialmente a dos razones: la primera es de carácter dogmático, que se deriva del derecho romano, a saber, que lo accesorio (el edificio) forma parte de un elemento más importante y principal (el suelo); la otra razón es económica, ya que es más conveniente ceder la propiedad a una persona específica que crear una copropiedad potencialmente disputada. También creemos que esta segunda razón radica fundamentalmente en el mayor valor económico que tiene el suelo, que fue determinante para regular cuál de los dos elementos, suelo o edificación, se considera más importante para definir a quién se le atribuye la propiedad del todo.

Debemos señalar, sin embargo, que creemos que la comparación económica habitual de terrenos y edificaciones adolece de un defecto o defecto visual, ya que esta

comparación se realiza por separado; es decir, se compara y se llega a la conclusión de que el elemento “suelo” suele ser de mayor económico que el elemento “construcción”.

En nuestra opinión, hay un gran error en esta forma de analizar ambos elementos, porque los dos elementos que se comparan facilitan ver que uno depende del otro. ¿Qué valor económico tendría la edificación si no estuviera apoyada en el suelo? Realmente ninguno. Gonzáles (2013) deja muy clara esta idea al expresar que “(...) mientras los edificios no floten, entonces el suelo seguirá siendo lo principal” (p. 991).

Sin perjuicio de la tradicional deliberación de que el terreno tiene un valor superior a la edificación debido al importante crecimiento del mercado inmobiliario y al incremento del valor económico de las unidades inmobiliarias, la accesión invertida se ha desarrollado según la doctrina española y jurisprudencia en la cual se busca preservar la edificación extralimitada en razón de su alto valor con la propiedad, por lo que se favorece al constructor, ya que solo tiene que pagar el precio de la propiedad que ha penetrado.

Por lo tanto, además del presupuesto configurador de la accesión, se debe demostrar que el valor del edificio es en realidad más alto que el del terreno. La base fundamental es la preservación de la riqueza que representa e implica la construcción; Sin embargo, el desarrollo de esta doctrina ha llevado, de acuerdo a lo narrado por Ruiz-Rico Ruiz y Castaños Castro (2013), el comportamiento por parte de los constructores que tiende a abusar de su posición con la creencia de que los tribunales no se pronunciarán sobre la demolición del edificio (p. 3878).

Por otro lado, y como mencionamos la accesión invertida, una situación particular reconocida por nuestro ordenamiento jurídico es la de edificar en un terreno de propiedad de uno de los cónyuges con caudal de la sociedad de gananciales. ¿Qué pasa en este caso? ¿Es posible que la propiedad del edificio esté asignada a la pareja matrimonial y la propiedad solo esté controlada por uno de los cónyuges? La solución del Código Civil se

encuentra en el artículo 310. De acuerdo con este instrumento normativo, las edificaciones que se construyan en terrenos de propiedad de uno de los cónyuges con caudal social son bienes sociales y, por lo tanto, violan la regla del artículo 938, ya que se trata de interpretar que tal asignación de bienes a favor de la unión marital también llega al suelo, ya que el edificio es parte integrante del primero, de acuerdo al artículo 887, lo cual es relevante, ya que impide que la parte integrante (edificio) sea propiedad distinta del bien (terreno).

Ahora bien, la expresión “abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso” del artículo 310 debe interpretarse de tal manera que, al disolverse la sociedad conyugal, el cónyuge a quien pertenece la propiedad recibirá la pecunia del terreno.

Ahora bien, a pesar de que estamos firmemente convencidos de que esa es la lectura que merece el artículo 310 del Código Civil peruano, en nuestro medio, el autor Pozo (15 de julio del 2020) ha mencionado que: “(...) de no pagarse por el valor del suelo, se tendrían dos predios con propietarios distintos, legalmente permitidos por los artículos 954 y 955 del CC”. Julio Pozo implica que, si la edificación con caudal social se integra al suelo con calidad propia, entonces la existencia de parcelas separadas es bastante posible mientras no se pague el valor del terreno. Para defender la existencia de propiedades segregadas (siempre y cuando no se pague el valor de la propiedad), cita el artículo 955 del Código Civil Peruano, que establece: “El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo”.

Bien, sobre lo consolidado por Pozo hay algo muy importante que debemos decir: Mil verdades no necesariamente hacen que un argumento sea sólido. Por ejemplo: es totalmente posible y legal conducir un vehículo en la carretera, pero no lo haremos sin antes tener la licencia de conducir correcta, o no necesariamente será correcto robar el automóvil de otra persona por el placer de conducir para disfrutar.

En este sentido, el artículo 955 del Código Civil es cierto que el subsuelo o el subsuelo puede pertenecer a un dueño distinto al dueño de la propiedad, pero para ello debe establecerse un derecho real sobre la tierra.

No creemos en la tesis de la propiedad privada que plantea Pozo y ponemos sobre la mesa las siguientes ideas para una mejor comprensión:

En este sentido, el artículo 310 tiene como finalidad evitar que el propietario del terreno (que es uno de los cónyuges) se convierta de forma automática también en propietario del inmueble (que se construyó con caudal social, es decir, con dinero de ambos cónyuges).

Ahora bien, el artículo 938 tiene dos propósitos: 1) Dado que no hay acuerdo entre el constructor y el dueño de la propiedad, solo hay una propiedad, que incluye la propiedad y la construcción; y 2) que la propiedad unida le pertenezca al propietario, quien tiene la opción de cambiar esta circunstancia posteriormente de acuerdo con las reglas de buena fe o mala fe de las partes involucradas. El artículo 938 deja en claro que nuestro código civil tiende a unificar el suelo y la edificación si no hay acuerdo al respecto, y que esta propiedad puede asignarse en su totalidad a un sujeto.

Así, el artículo 310, al afirmar que la construcción es social, no crea propiedades separadas, es decir que no hace que la sociedad de gananciales sea propietaria de la construcción y que uno de los cónyuges siga siendo dueño del terreno. Esto ocurre porque las razones para evitar la propiedad separada bajo el artículo 938 del Código Civil no tienen por qué no aplicarse al artículo 310 del Código Civil, máxime cuando en la parte final del artículo 310 se lee “abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso”.

Un “reembolso” no es más que la devolución de algo a alguien a quien previamente se le ha “desembolsado” un concepto. En este caso, por lo tanto, debe leerse que el

propietario del terreno pierde la construcción, que se convierte en un bien social, por lo que se pospone el pago del valor del terreno para la eventual liquidación de la sociedad de gananciales que darse.

Como ya quedó claro entonces, nuestro artículo 310 del Código Civil es una copia defectuosa del derogado artículo 1404 del Código Civil español, un país donde la norma ahora se ha revertido debido al actual artículo 1359 y la naturaleza del suelo contagiara la calidad de la construcción y así volver a la regla de las superficies solo cedit, que se asignan solo para estos casos. En efecto, como bien relata el civilista español Rams (1985): “La reforma del Derecho de familia de 1981, al haber suprimido de la regulación de la sociedad de gananciales la denominada accesión invertida del hoy derogado artículo 1.404, 2º C.C, ha repuesto, como principio la plena vigencia del derecho común de la accesión en el régimen económico–matrimonial ‘legal’”. (p. 401).

El efecto no es que toda la propiedad se considere un bien social (aunque el tribunal cree que lo es); es decir, el terreno y el edificio, pero de forma clara y sencilla para reconocer la sociedad conyugal de sólo una parte del inmueble: la construcción.

Ahora bien, en el contexto del Derecho Comparado puede citarse lo siguiente:

1. Perú:

La accesión en nuestro Código Civil se encuentra regulada en los artículos 938 a 946 y contempla los supuestos de accesión natural (aluvión y avulsión) y de accesión industrial (construcción en terreno ajeno). Encontrando la regla general en el artículo 938, según la cual, como ya se ha dicho, el dominus soli se adquiere por accesión lo que se adhiere al suelo o es material; mientras que la variación de sus consecuencias se encuentra en los artículos 941 a 943, que se basan fundamentalmente en la buena o mala intención con la que actúan tanto el propietario del terreno, así como el constructor. Por tanto, antes de continuar, citaremos los artículos 938, 941, 942 y 943, que analizaremos más adelante.

Artículo 938

El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

Artículo 941

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.

Artículo 942

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.

Artículo 943

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.

Ahora, como se puede ver, el artículo 941 regula el caso de que un constructor de buena fe construye en un terreno impropio. Como resultado, la ley otorga al dueño de la propiedad el derecho a elegir si hace del edificio su propiedad pagando al cliente su valor, cuyo monto es el promedio de los costos de adquisición y el valor actual de los resultados de la obra; u obligar al constructor a pagarle el valor de la propiedad.

El artículo 942, por su parte, estipula que la autoridad para la toma de decisiones recae en el constructor de la edificación de buena fe si el propietario del suelo actúa con

mala fe; es decir, el constructor es quien tendrá la facultad potestativa de elegir quedarse con el todo, con la edificación y el terreno, previo pago del valor comercial vigente de este último; requieren que el Dominus Soli pague el valor actual del edificio.

Finalmente, el artículo 943 especifica las consecuencias legales de una edificación de mala fe. Aquí, también, el Dominus soli tiene derecho a elegir, quién puede elegir si exige la demolición de la estructura más una indemnización por los daños ocasionados; o quédese con lo que se construyó sin pagar por su valor.

Cada uno de los supuestos se analiza con más detalle en los siguientes apartados, con posición sobre alguna de las disposiciones, como la contenida en el artículo 943, y la omisión, voluntaria o no, del Código Civil en cuanto a la conformidad de mala fe del constructor y del propietario del terreno.

De la misma manera, como veremos en el desarrollo de esta institución en derecho comparado, se pueden determinar más o menos diferencias entre los sistemas jurídicos individuales; Por ejemplo, nuestro artículo 941 prevé la posibilidad de que el constructor de buena fe pueda conservar todo (terrenos y edificios), si el propietario del terreno elige la opción de obligar al constructor a pagar la propiedad, mientras que, como se verá más adelante, en artículo 1962 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina no se contempla tal posibilidad; por otra parte, el artículo 942 del Código Civil peruano otorga al constructor la facultad de determinar de buena fe el destino del terreno y edificación, aspecto que no está consagrado en las demás leyes que fueron analizadas para la redacción de este artículo. Esto último no debe confundirse con el hecho de que, por ejemplo, según los códigos civiles de España y México, si el Dominus Soli decide obligarlo a pagar la propiedad, el constructor de buena fe puede convertirse en propietario del terreno, ya que como puede verse, en este caso el derecho de opción estaba en la mente del propietario y no del constructor.

Finalmente, existen diferencias en la capacidad de exigir el derribo de la edificación si se realiza de mala fe, en el 943 del Código Civil Peruano no se identifican obstáculos a su viabilidad, el Artículo 1962 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se excluye la posibilidad de solicitar la reposición del bien en su condición anterior si la diferencia de valor es significativa. En la misma línea de lo que se puede llamar “prohibiciones para la posibilidad de exigir la demolición”, podemos señalar, aunque por diferentes motivos, el caso muy interesante del Código Civil italiano, que establece en su artículo 936 que no es accesible solicitar la destrucción de lo edificado (de mala fe) transcurridos seis meses desde el día en que dominus soli tuvo conocimiento de la incorporación.

2. España:

En España, la accesión está estipulada en los artículos 353 a 374, en los que las consecuencias, al igual que en el Código Civil peruano, se determinan a discreción de la buena fe o mala fe de las partes (dominus soli y constructores). Para este artículo nos interesa citar únicamente los artículos 358 y 361 a 364 del Código Civil español.

Artículo 358

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.

Artículo 361

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

Artículo 362

El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización.

Artículo 363

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

Artículo 364

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

Como puede observarse, el artículo 361 mencionado anteriormente es similar al artículo 941 en el sentido de que se le dan las mismas alternativas al dueño de la propiedad. De igual forma, los artículos 362 y 363 de la legislación española corresponden al artículo 943 de nuestro Código Civil en relación a similares consecuencias en caso de construcción de mala fe, con la diferencia de que, en caso de decisión del propietario de reclamar el derribo del edificio, en España existe una indemnización no prevista expresamente a favor del primero; mientras que en Perú sí.

Finalmente, en España no existe una regulación de la situación particular en la que solo el propietario del terreno actúa de mala fe; por otro lado, en nuestro país, como ya se mencionó, contamos con el artículo 942 del Código Civil, que establece que, ante la presencia de un propietario del suelo de mala fe, el constructor de buena fe podrá reclamar el pago del valor actual del edificio o el valor comercial actual de la propiedad. Además, otra diferencia relevante entre el Código Civil peruano y el Código Civil español es que

este último regula los consensos de mala fe entre propietarios y constructores, mientras que el nuestro no. La solución que da el legislador español es, por tanto, la reparación de las faltas que, en una situación como la presente, se consideren tratadas como si ambas partes hubieran actuado de buena fe y por tanto aplicar lo dispuesto en el mismo en su artículo 361, referido a la buena fe del constructor. Como ya expresamos en nuestra crítica al artículo 942 del Código Civil peruano, la mala fe del dueño del terreno es un aspecto que solo hay que tener en cuenta para reclamar una indemnización por la mala fe del constructor y así recurrir a las reglas de la buena fe por parte del constructor, por lo que la falta de una regla expresa sobre la mala fe por parte del propietario en España no es un aspecto sorprendente.

3. Argentina:

3.1. Código Civil de Vélez Sarsfield (vigente hasta el año 2015)

Debemos aquí citar los artículos 2588, 2589 y 2590, que señalan lo siguiente:

Artículo 2588

Cuando de buena fe, se edificare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que este pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado o plantado, no consintiéndolo el dueño del terreno.

Artículo 2589

Si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador. Pero si quisiere conservar lo hecho, debe el mayor valor adquirido por el inmueble.

Artículo 2590

Cuando haya habido mala fe, no solo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño, se arreglarán los derechos de uno y otro según lo dispuesto respecto al edificante de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el edificio, siembra o plantación, se hicieren a vista y ciencia del mismo y sin oposición suya.

Esta ley, que estuvo en vigor desde 1871 hasta 2015, tuvo en cuenta la presunción de buena fe del constructor y le dio a dominus soli la opción de conservar el edificio después de que el constructor fuera compensado por ello, con la peculiaridad de que este último no podría destruir la edificación sin permiso del dueño de la propiedad. Por su parte, en el caso de un constructor de mala fe, refería que el dominus soli puede exigir el derribo del edificio a cargo del constructor sin reclamar indemnización alguna. De igual manera, y en caso de que el dueño de la propiedad decidiera hacer suya la construcción, solicita pagar el mayor valor de la propiedad, el cual no está regulado en el Código Civil Peruano, donde en este caso el dominus soli puede adquirir lo construido sin pagar su valor.

Por último, y al igual que el actual Código Civil español, el Código de Vélez Sarsfield aportó, en su artículo 2590, una solución a la mala fe simultánea del propietario y del constructor, en una redacción probablemente mejor que la de la legislación española como claramente se refiere al artículo 2588 al estipular que en este caso “(...) se arreglarán los derechos de uno y otro según lo dispuesto respecto al edificante de buena fe”.

4. México:

En el Código Civil Federal de México podemos encontrar el tratamiento dedicado a la edificación en suelo ajeno, desde el artículo 900 hasta el 905, que indican lo siguiente:

Artículo 900

El dueño del terreno en que se edifique, siembre o plante de buena fe, tendrá derecho de hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización prescrita en el artículo 897, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta. Si el dueño del terreno ha procedido de mala fe, sólo tendrá derecho de que se le pague el valor de la renta o el precio del terreno, en sus respectivos casos.

Artículo 901

El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin que tenga derecho de reclamar indemnización alguna del dueño del suelo, ni de retener la cosa.

Artículo 902

El dueño del terreno en que se haya edificado con mala fe, podrá pedir la demolición de la obra, y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificador.

Artículo 903

Cuando haya mala fe, no solo por parte del que edifique, sino por parte del dueño, se entenderá compensada esta circunstancia y se arreglarán los derechos de uno y otro, conforme a lo resuelto para el caso de haberse procedido de buena fe.

Artículo 904

Se entiende que hay mala fe de parte del edificador, plantador o sembrador, cuando hace la edificación, plantación o siembra, o permite, sin reclamar, que con material suyo las haga otro en terreno que sabe es ajeno, no pidiendo previamente al dueño su consentimiento por escrito.

Artículo 905

Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que a su vista, ciencia y paciencia se hiciere el edificio, la siembra o la plantación.

La regulación mexicana con respecto al constructor de buena fe es similar a la nuestra en que en estas circunstancias el dueño de buena fe de la propiedad tiene las mismas alternativas establecidas en el Código Civil peruano. Asimismo, las disposiciones sobre el supuesto de mala fe por parte del constructor son similares a las del Perú, con la diferencia de que el propietario del terreno, si solicita el derribo de la estructura, así en el artículo 902 no reconoce expresamente el derecho a reclamar una indemnización, por el contrario, si se reconoce en nuestro país, en el artículo 943.

Otra información sumamente interesante es que el Código Civil Federal Mexicano establece en la última parte del artículo 900 que, si el dueño de la propiedad ha actuado de mala fe, solo tiene derecho al pago del precio de la propiedad.

Al fin y al cabo, como España, regula la concurrencia de mala fe del dominus soli y el constructor, entiende tal circunstancia como “compensada” y resuelve los derechos de ambos como si hubieran procedido con buena fe.

2.3. Marco Conceptual

- **Buena fe del constructor :** Cualquiera que construya de buena fe sobre propiedad de terceros no puede ser retirado de la propiedad mediante un simple procedimiento de apertura; porque no pudo plantear las objeciones necesarias en la sentencia de desahucio para proteger su derecho a la propiedad del edificio; Sin que se pueda afirmar que la rescisión del dueño de la propiedad para rescindir el contrato de arrendamiento correspondiente lo obliga materialmente a evacuar, ya que no implica prevención judicial; y es conveniente brindar protección contra actos de expropiación del inmueble, pues si alguna propiedad es de buena o mala fe deberá ser determinada mediante un procedimiento adecuado ante las autoridades conjuntas.
- **Buena fe subjetiva:** En sentido subjetivo la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen.

- **Buena fe objetiva:** En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto.
- **Edificación en terreno ajeno:** Para Sánchez, esta construcción se está llevando a cabo en un terreno que no es del propietario sino de otra persona, “pero eso puede suceder en los casos en que no hay normativa ni linde del terreno.
- **Accesión:** Es una forma de adquirir la propiedad y un derecho real (derecho de adhesión) que se otorga al propietario y le habilita a poseer todo lo que está vinculado natural o artificialmente a esa propiedad, determinado por el principio de cedit superficial. En el caso de los bienes muebles, el principio del accessorium sequitur principali permite que dos o más bienes sean inseparables para determinar la adquisición del resultado a favor del propietario del inmueble principal..
- **Transferencia de dominio:** Este concepto hace alusión “a la forma en que la propiedad de un bien es trasladado o cedido a otra persona para su uso, goce, disfrute y reivindicación”.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Metodología

a) Método general:

Se utilizó el método inductivo y deductivo. El método inductivo consiste en: “es aquella que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (Dolorier, 2008, p. 112). En tanto el método deductivo consiste en: “aquella que parte de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular. Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios” (Bazán, 2010, p. 90).

Método que ha sido empleado en la presente investigación para conceptualizar las variables de estudio propuestas.

Estos métodos, por lo tanto, han servido para estudiar todo el acervo documentario de carácter doctrinal y jurisprudencial sobre la accesión y la edificación en terreno ajeno.

Cabe señalar que, a nivel metodológico, evidentemente se ha considerado con anterioridad a estos métodos establecidos, el método principal de toda investigación a saber, el método científico, agrupado de acuerdo a principios y reglas para su desarrollo, lo cual ya puede demostrarse en el presente que ayudó a hacer que la tesis tenga coherencia metodológica entre sus diversos componentes de estudio.

b) Métodos particulares:

– Método exegético:

Según (Valderrama, 2015) el método exegético “es el estudio de las normas jurídicas artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador” (p. 180).

Este método puede cumplir las siguientes funciones, las mismas que han sido aplicadas en la presente tesis:

- Análisis semántico de la norma.
- Análisis literal de la norma.
- Análisis exegético.
- Análisis formal de la norma.

– Método sistemático:

Valderrama (2015) sobre este método se “introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente” (p. 17).

– **Método teleológico:**

Carruitero (2014) da a conocer que este método “pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico” (p. 45)

3.2. Tipo de investigación

El tipo fue el jurídico dogmático ya que “se centra en el análisis y solución de problemas de varias índoles, con especial énfasis en el análisis de la norma y su estudio en la teoría o corrientes doctrinarias” (Arnao, 2007, p. 62).

Pues bien, el estudio de este tipo de investigación, se relacionan con el enfoque dogmático que pueda establecer una tesis según las características de la presente.

3.3. Nivel de investigación

Todo estudio en el nivel explicativo, (Valderrama, 2015) “va más allá de la descripción de conceptos, fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos (...) su interés se centra en descubrir la razón por la que ocurre un fenómeno determinado, así como establecer en qué condiciones se da este, por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 45).

3.4. Diseño de estudio

Se utilizó el diseño de la investigación de carácter no experimental, que según (Kerlinger, 1979, p. 32) “es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones”. Que, en la presente investigación, las variables establecidas no se han manipulado de forma intencional y se han estudiado, así como se aprecian en la doctrina.

3.5. Escenario de estudio

El escenario de estudio se define metodológicamente dentro del terreno puramente teórico, de modo que analizaremos la doctrina y la jurisprudencia, empero aterrizando claramente en lo referido en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

3.6. Caracterización de los sujetos de estudio

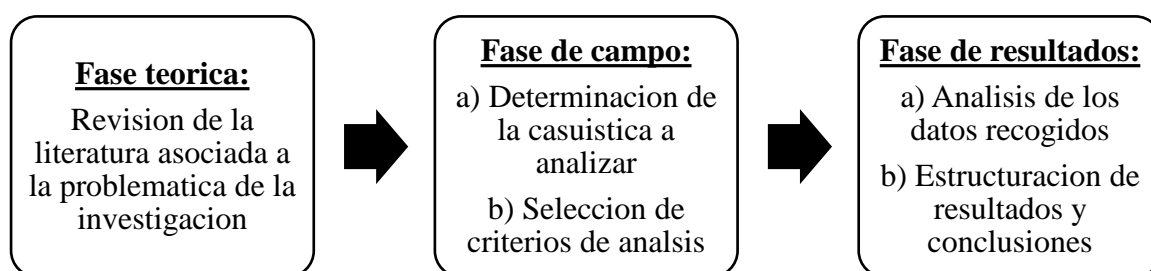
La caracterización de los sujetos o elementos de estudio en la presente investigación, se encuentra determinado por su esencia doctrinaria, de modo que se han estudiado desde este enfoque, tanto aspectos como la edificación en terreno ajeno, el derecho de propiedad, la buena fe como instituto, y la buena fe del constructor, para el caso específico de análisis en nuestra investigación.

3.7. Trayectoria metodológica

La metodología utilizada en esta investigación se desarrolló en cuatro etapas:

- a) El primer paso se refiere a la planificación del trabajo respecto del diseño y construcción de instrumentos de recolección de información.
- b) El segundo paso se refiere a la ejecución consistente en la aplicación de los instrumentos, concretado en la recolección de la información bibliográfica para su posterior análisis.
- c) El tercer paso es la transcripción de los datos.
- d) Cuarto paso, es el último paso, donde se realizó el análisis de la información.

3.8. Mapeamiento



3.9. Rigor Científico

El rigor científico significa que la investigación solo ha cumplido levemente con ciertas particularidades de una investigación, por lo que tiene el estatus de una investigación científica. investigación cualitativa utilizando las técnicas, herramientas y métodos de este enfoque de investigación en estricto cumplimiento del siguiente procedimiento.

- A) **Credibilidad.** – Comprende el reconocimiento obtenido de la validez interna en la investigación, al respecto tal rigor se logró en esta investigación porque la información recibida fue certificada y verificada por los informantes.
- B) **Transferencia.** – Comprende el reconocimiento de la validez externa de la investigación y responde a la generalizabilidad de esta investigación en otros estudios o escenarios de investigación, la posibilidad de aplicar los resultados y el uso de herramientas de acopio de información en la investigación de campo.
- C) **Consistencia.** – Esto comprende la estabilidad de los datos obtenidos con posibilidad de variaciones insignificantes en poco tiempo solo por temas del escenario de estudio, ya que es un enfoque de investigación cualitativa.
- D) **Confirmabilidad.** – Esto comprende la objetividad de la investigación debido a la falta de un sesgo personal para cambiar los datos obtenidos en el trabajo de campo mediante herramientas de recolección de datos como la guía para preguntas de entrevista, hojas de observación o análisis de datos. En este estudio, los datos fueron tratados con la mayor objetividad posible, identificando las categorías y categorías emergentes.

3.10. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.10.1. Técnicas de recolección de datos

Aplicando el análisis documental y la observación, como técnicas de investigación que se utilizaron en el presente estudio. Donde:

El análisis documental es definido como “un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Comprende el procesamiento analítico– sintético que, a su vez, incluye la descripción bibliográfica y general de la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas” (Arnao, 2007, p. 53).

También se utilizó la observación, que es una técnica de investigación que “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (Salazar, 2010, p. 53).

3.10.2. Instrumentos de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos que se consideró para el estudio es la nombrada ficha bibliográfica, con la finalidad de haber analizado los enfoques teóricos del tema de investigación.

3.11. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Respecto al procesamiento y análisis de los datos precisado en la presente, se ha elegido emplear un análisis descriptivo, en función a los principales criterios dogmáticos y jurisprudenciales que se han encontrado sobre el tema formulado, la buena fe del constructor y la edificación en terreno ajeno.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados

4.1.1. De la Hipótesis General

Cuya redacción es como sigue: “La buena fe del constructor influye para corroborar el criterio de accesión en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.”

Cuanto más abordemos el tema de la accesión de la propiedad industrial inmobiliaria, más podremos reconocer que el concepto de doctrina en jurisprudencia nacional y extranjera de la buena fe del constructor no es uniforme. Si bien las diferencias de opinión son bienvenidas y alimentan el debate científico, consideramos insuficientes algunas tesis sobre la buena fe del constructor, especialmente cuando se considera que los ejemplos que se proponen en apoyo, son casos en los que otras reglas (y no las de accesión) deberían entrar en juego.

El orden que elegimos para desarrollar este punto es el siguiente: i) Primero describiremos los efectos que el Código Civil peruano le da a la buena fe del constructor; y ii) posteriormente expondremos las áreas generales de buena fe del constructor en doctrina y jurisprudencia al reflexionar sobre los casos específicos que provocan la diferencia en las tesis a la buena fe del constructor, esperanzados de cumplir nuestro objetivo de esclarecer el panorama.

Ahora, luego de lo anunciado, primero describiremos los efectos que nuestro código civil peruano otorga sobre la buena fe del constructor, ya que, como el lector ya puede intuir, la calificación de buena fe debe tener un cierto significado con el constructor, ya que de lo contrario la extensa doctrina y jurisprudencia que extrae no estaría justificada.

El artículo 941 del Código Civil peruano señala lo siguiente:

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.

En ese sentido, dicha disposición normativa se puede graficar de la siguiente manera:

Sin embargo, también es necesario echar un vistazo a la otra cara de la moneda; es decir, para ver cuáles son los efectos si alguien es un constructor de mala fe, para comprender la mejor condición en la que se compara un constructor de buena fe con uno de mala fe.

El artículo 943 del Código Civil peruano señala lo siguiente:

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.

Como puede ver, es mejor calificar como constructor de buena fe ya que le permitirá: a) Recibir una cantidad por el valor del edificio; o b) Poseer todo mediante el pago del valor de la propiedad (como elija el dueño de la propiedad). Por otro lado, si alguien califica como constructor de mala fe, solo tiene que someterse a uno de los siguientes dos posibles objetivos (a criterio del propietario): a) el costo de demolición del edificio que construyó más el pago de la indemnización apropiada; o b) aceptar que el dueño de la propiedad haga suya la construcción sin pagar el valor del edificio.

Ahora que hemos explicado brevemente la diferencia (en términos de sus implicaciones) entre la calificación de buena fe y mala fe del constructor, pasaremos al desarrollo general del concepto de buena fe del constructor.

Díez-Picazo (2013) apunta que:

Podemos definir la buena fe como la creencia de que la persona cree que la acción que está tomando es legal. En consecuencia, el intruso construye en la creencia de la legalidad de sus acciones (...), de ahí que en el tercer intruso haya una creencia basada en un error excusable, sobre el control de la tierra (cree que le pertenece); o una creencia, también basada en un error excusable, sobre el alcance del título que posee (cree que esto le permite actuar como lo hizo). (p. 1003)

Así también, haciendo referencia a la buena fe del constructor, Castaños (2013) opina que:

(...) Debería vincularse con el desconocimiento de la propiedad del terreno, es decir, con la creencia errónea de que está construyendo en su propio terreno, o como mucho, que se está edificando o construyendo incorrectamente y cree que tiene un

derecho (normalmente, de naturaleza real, v.gr., superficie) que le permita hacerlo. (pp. 3890 y 3891)

Por lo que hemos observado hasta ahora, habrá buena fe por parte del constructor en dos casos:

i) Cuando el constructor cree erróneamente que está edificando en su propio terreno.

ii) Cuando el constructor cree erróneamente que tiene un derecho que le permite construir.

Por otro lado, y con el fin de seguir conceptualizando la buena fe del constructor, creemos que el término “intruso”, utilizado en nuestro derecho civil peruano, no es el más adecuado, ya que las situaciones que pueden conducir a la aplicación de las reglas de accesión no serán necesariamente una invasión. Entonces, por ejemplo, considere los siguientes casos:

Un padre dona un terreno a favor de su hijo, pero el acto no se concreta mediante escritura pública, ya que este es uno de los requisitos *ad solemnitatem* legalmente prescritos para la validez de la donación inmobiliaria (Art. 1625 del Código Civil). Pasado cierto tiempo, el hijo levanta una construcción creyendo que el terreno es de su propiedad, y lamentablemente comienza un conflicto con su padre en el que intenta ignorar la donación realizada.

En este contexto, conviene recordar que para la aplicación de las reglas de accesión no debe existir una conexión legal previa entre el propietario y el cliente. Sin embargo, como puede ver el lector, este vínculo legal no existe en este caso porque el acto realizado es inválido. Dado que la donación es nula en el presente caso, podemos aplicar las reglas de accesión para resolver la controversia en torno al edificio que se ha construido.

El presente caso está destinado a servir a la comprensión de que no es tan apropiado que nuestro código civil use el término “invasor” en las reglas de accesión, ya que el hijo, en el ejemplo de la donación inmobiliaria nula, nunca fue invasor.

Ahora bien, cabe preguntarse: en el caso propuesto, ¿es el hijo debe ser considerado un constructor de buena o de mala fe?

Creemos que, en este escenario, el hijo debe ser considerado como constructor de buena fe, porque el error que se está cometiendo no es tan grande como, por ejemplo, sería de aquel que haya realizado un contrato respecto a un bien y que en este contrato no se le especifica la propiedad por la cual se este contratando.

Lo podemos explicar de la siguiente manera: En el caso de una donación de propiedad que se realizó mediante una minuta (que no cumple con el requisito de realizar el acto mediante escritura pública), al menos se indica en su totalidad el terreno donado, más tarde será entendible que se haya construido sobre dicho terreno. Entonces otro caso sería que se contrate sobre un terreno sin especificar su ubicación ni otorgándole indicaciones que la individualicen. Por ello, en este último caso, sin la individualización del bien objeto del contrato, no podría justificarse la construcción posterior sobre el terreno.

El caso de edificación levantada con posterioridad a una donación que no cumplía con un requisito *ad solemnitatem*, fue resuelto por un Tribunal español, en la STS de 30 de enero de 2007 (citada en Castaño, 2013, p. 3892), afirmándose lo siguiente respecto a la buena fe del constructor:

(...) No puede negarse la buena fe del demandante al efectuar la construcción por el hecho de que su padre (...) le hiciera la donación del terreno sin cumplir con los requisitos formales *ad solemnitatem* que se establecen en el artículo 633 del Código Civil (...).

En este caso coincidimos con la sentencia del tribunal español, porque dicho error de derecho no puede desencadenar la determinación de mala fe en el constructor, peor aún con los efectos que tendría, por ejemplo, en nuestra norma de accesión acarrearía (pagar por demolición más pago de indemnización o perder lo construido que se traspasaría al propietario del terreno, sin poder reclamar el valor de la edificación).

Por otro lado, el lector puede preguntarse si la norma sobre la presunción de buena fe (según el artículo 914 del Código Civil peruano) se aplica al caso del constructor. Al respecto, la respuesta es afirmativa, pero es importante hacer las siguientes dos aclaraciones:

a) La presunción de buena fe del poseedor no se aplica si este carece de un título legal bajo el cual pueda alegar su buena fe (Art. 906 del Código Civil Peruano).

b) No se aplica la presunción de buena fe contra el propietario inscrito del terreno (esto de acuerdo con el artículo 914 del Código Civil Peruano). Vinculado a esto está la presunción de conocimiento de las inscripciones (Art. 2012 del Código Civil Peruano). Sin embargo, como ya se ha referenciado correctamente, no se puede suponer que por la inscripción del terreno la mala fe del constructor se considere automáticamente comprobada. Así, en esa línea de pensamiento (respecto a la posible buena fe frente a inscripciones), Gonzáles (2013) ha manifestado que:

No se puede aceptar una “mala fe tasada” únicamente sobre la base de un registro, ya que esto sería una imposición abusiva de la ley. De hecho, solo por voluntad de la ley, un sujeto automáticamente actuaría de mala fe sin que se le permita ninguna prueba en contrario. Como en el derecho penal, sería inconstitucional asumir la culpabilidad o el dolo; pues lo mismo ocurre en derecho civil cuando se afirma una presunción iure et de iure de mala fe. El derecho constitucional al debido proceso requiere que las partes puedan

hacer reclamos y presentar pruebas a tal efecto. Es inaceptable que la ley implique una conducta ilegal o delictiva pero no permita que se distorsione tal condición.

Gonzáles (2013, p. 1007) también cita en su libro una interesante sentencia de la Corte Suprema (Casación N° 1174–2007, de fecha 5 de junio de 2008 y publicada en el diario oficial el 4 de septiembre de 2008, 8° considerando) en la cual se dice que: “(...) debe dilucidarse adecuadamente en el presente proceso, si se ha acreditado la mala fe del demandado constructor, esto es, que se haya demostrado que el demandado edificó en el predio materia de la demanda a sabiendas que el terreno no le pertenecía y que era propiedad de la empresa demandante; determinación que resulta de interés capital en la presente litis, ya que tal circunstancia no puede dejarse librada a la presunción de publicidad establecida en el artículo 2012 del Código Civil”.

También, y antes de brindar nuestro comentario, es importante citar la siguiente opinión:

(...) El mero hecho de que exista un titular registrado no quita automáticamente la buena fe del titular. Por ejemplo: podemos estar en presencia de un poseedor inmediato (no registrado) derivado del mismo propietario inscrito (el arrendatario derivado del título del usufructuario, y este a la vez del propietario) o frente a un poseedor inmediato derivado de un propietario no registrado (imagínese en el propietario que no ha registrado su derecho y luego alquila la propiedad). ¿Esto convierte al propietario, no registrado, automáticamente en poseedor de mala fe? Otros casos en los que se debe desterrar la “verdad” de la información del registro incluyen: un propietario desde tiempos inmemoriales que transfiere una propiedad y el comprador construye sobre la base de una apariencia casi clara de legalidad, o el propietario con una escritura pública no–inscrita, cuyas características físicas no guardan relación con las que figuran en el

registro, por lo que se considera obsoleto. En los casos citados, el poseedor tiene buena fe y lo que diga el registro no elimina tal creencia diligente. (González, 2013, p. 1006)

Por nuestra parte, agregaremos lo siguiente: Ni el conocimiento de lo ajeno del terreno, ni el conocimiento del registro de la propiedad del terreno a nombre de otro permiten descartar de que nunca podamos estar ante un caso de construcción de buena fe. Sugerimos el siguiente ejemplo que podría ocurrir:

Imaginemos que dos cónyuges son propietarios de una propiedad inmueble, pero la propiedad solo está registrada a nombre del esposo, lo que constituye un derecho real sobre la superficie a favor de un tercero. Este tercero procede a construir y, por lo tanto, construye un edificio de dos pisos. Algún tiempo después, la esposa reclama la nulidad del derecho de superficie, puesto que de conformidad con el artículo 971, inciso 1 del Código Civil, se aprueban por unanimidad resoluciones sobre el bien común para vender, gravar o arrendar, darlo en comodato o introducir modificaciones en el. Así, una vez anulada el derecho de superficie, el constructor ciertamente puede pretender ser constructor de buena fe y reclamar y acogerse su tratamiento en las normas de accesión, ya que actuó con confianza en el registro, lo que era incompatible con la realidad con absoluta precisión.

También pueden ocurrir otros hechos (en este caso muy inusuales), como el hecho de que no se conozca la inscripción que cae sobre el terreno en el que se está construyendo. Este puede ser el caso cuando los datos de ubicación de la propiedad contenidos en el registro no coinciden con el conocimiento general de la población sobre los datos de ubicación de la propiedad (que el nombre de una calle en el registro tenga una designación diferente).

Habiendo despejado esa duda, nos avocamos a una más: ¿Hasta qué momento es relevante la buena fe del constructor?

La pregunta no es baladí, dado que la construcción ha avanzado y el constructor está a punto de terminar, sería ilógico que, en razón de una oposición tardía del dueño del terreno, el edificio erigido por el constructor se considere obra terminada de mala fe con todo lo que ello implica. Por cierto, tenemos que suponer que el constructor pudo haber realizado toda la financiación y por tanto ya pagó en detalle todos los costes de la obra que pronto culminará.

Creemos que la buena fe del constructor del edificio debe evaluarse a mitad de camino entre el inicio de la construcción y el momento en que la construcción ya está avanzada en un cincuenta por ciento, y todas las preguntas posteriores son irrelevantes para la buena fe del constructor del edificio. En España, sin embargo, el asunto está muy claro, puesto que la jurisprudencia entiende que solo basta con calificar el momento inicial de la construcción (STS de 27 de noviembre de 1984, STS de 30 de enero de 2007, sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 18 de abril de 1996; y, sentencia del TSJ de Cataluña, de 29 de septiembre de 1993 citadas en Ruiz-Rico y Castañas Castro, 2013, p. 3896).

Por último, es bueno cerrar la delimitación de la buena fe del constructor, compartiendo los siguientes casos:

a) ¿Qué ocurre si existe doble inmatriculación sobre el bien y el constructor es posteriormente vencido en un juicio de reivindicación? En la STS de 17 de febrero de 1992 se señala que existe en dicho caso buena fe del constructor. Por supuesto, esto debe entenderse de esta manera, ya que no conocer estas inexactitudes en el registro no debe perjudicar al edificador. Si, por el contrario, ambos (edificador y propietario del terreno) cuentan con inscripción sobre la propiedad del terreno, las reglas del registro no deben determinar si la construcción se llevó a cabo de buena fe o no.

b) ¿Qué ocurre si se levanta una edificación en un momento de incertidumbre sobre los límites físicos de dos propiedades? En la STS de 15 de junio de 2004 se consideró que se excluye la mala fe del edificante en casos en que la obra se efectúa en un momento de incertidumbre sobre los límites físicos de la propiedad, con independencia de su mayor o menor diligencia.

En cuanto a la mala fe del constructor, proponemos que este supuesto se regula en el artículo 943 del Código Civil y, como ya se mencionó, le da al propietario del inmueble dos opciones: reclamar la demolición del edificio a cargo del constructor más el pago por indemnización; o adquirir lo construido sin pagar ningún valor. Esta segunda alternativa, a decir de Moll (2000), se funda en un aspecto histórico de presumir un *animus donandi* en el constructor que realiza una atribución patrimonial que no debía (p. 324); es decir, la situación desfavorable para el constructor de mala fe hace que pierda su construcción porque se cree que la vendió voluntariamente ya que presumía que el suelo bajo el cual construía no lo era perteneciente. Como hemos visto, este efecto ha sido desatendido por algunos ordenamientos jurídicos, como Argentina e Italia, donde se reconoce el pago de ciertos conceptos a favor del edificador de mala fe.

Si bien la doctrina coincide en que la mala fe del constructor está relacionada con un aspecto cognoscitivo; es decir, por saber que se encuentra en un terreno que no es de su propiedad, este punto en nuestro ordenamiento jurídico tiene algunas peculiaridades que hay que tener en cuenta.

En primer lugar ¿deben basar las autoridades jurisdiccionales sus decisiones únicamente en las inscripciones registrales para determinar la mala fe de un constructor en virtud del principio de publicidad registral? Sobre esto debemos dar una respuesta negativa, ya que, tal como refiere Gonzáles (2013) las inscripciones registrales contienen presunciones *iuris tantum* y, en consecuencia, admiten prueba en contrario, ya que

muchas veces la realidad extrarregistral no coincide con los asientos registrales (p. 1006), ejemplo de ello es la decisión recaída en el Auto de Vista contenido en la resolución N° 07 del Exp. N° 699–2013–0–1601–JR–CI–07, en el cual se argumentó que si bien la propiedad se encuentra sub–litis inscrito a nombre diferente al de quienes alegaron ser constructores de buena fe, no podía señalarse lo contrario sobre el hecho que, al momento de la construcción, quienes se encontraban como titulares del terreno eran los herederos del propietario primigenio de quien se derivó el derecho de los edificadores. Otro aspecto a tener en cuenta sobre la mala fe del constructor es el sustentado en la Casación N° 717–2017–Lima Norte, en cuyo fundamento décimo primero se estableció que debe probarse fehacientemente la mala fe del constructor, lo cual no puede dejarse librado únicamente a la invocación del artículo 2012 del Código Civil –principio de publicidad registral– sino que debieron ser analizadas –en el proceso específico– otras instrumentales con contenido extrarregistral incluyendo la conducta procesal de las partes.

Otra cuestión controvertida es la de Castaños (2011), para quien: “(...) un sujeto que construye creyendo que es dueño o que tiene derecho a edificar, no cambia subjetivamente su parecer por el simple hecho de que un tercero le comunique un hipotético derecho dominical sobre el terreno” (p. 3897). El citado autor, cuestiona aquí principalmente el hecho de que no puede tomarse siempre una oposición por parte del dominus como un determinante configurador de la mala fe del constructor.

Por lo tanto, consideramos que este supuesto no es fácil de verificar, por lo que, al igual que la jurisprudencia citada, consideramos que, para garantizar una protección legal efectiva, cada caso único se examinado minuciosamente evitando decisiones arbitrarias.

Otro punto de discordia en este sentido es el hecho de que nuestra legislación, a diferencia de otras, permite al propietario del inmueble, tras constatar la mala fe del constructor, quedarse con todo sin pagar por algún concepto.

Para Gonzáles (2013) esta disposición podría moderarse mediante el pago de determinados conceptos como la gestión y dirección técnica, postulando, asimismo, una interpretación menos restrictiva a fin de considerar una eventual acción de enriquecimiento indebido ante una ventaja desmesurada del dominus soli (p. 1001).

En este sentido, consideramos que la ventaja de un propietario –que también tiene la opción de solicitar el derribo del edificio– es de hecho excesiva si no tiene que pagar un concepto, sobre todo porque ha decidido mantener la construcción lo que implica que le significara un beneficio. Teniendo esto en cuenta, se podría proponer una reforma del artículo 943 del Código Civil para que en este caso –al igual que el vigente Código Argentino– el propietario estaría obligado a pagar la mitad del valor de los materiales y mano de obra invertidos en la edificación, para evitar el enriquecimiento inusual del propietario y al mismo tiempo evitar la construcción en tierras ajenas.

4.1.2. De la Hipótesis específica 1

Cuya redacción es como sigue: “La buena fe del constructor influye en la determinación de los criterios normativos para la accesión por construir en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.”

Veamos, el artículo 943 del Código Civil peruano señala que en caso de que el propietario del suelo no haya optado por la demolición, podrá “hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor”.

Lo que indica el dispositivo normativo es, pues, que no habrá obligación de pagar el valor del edificio, es decir, como un “todo”, cuyo valor consiste, por ejemplo, en el valor de los materiales y la mano de obra; sin embargo, esta normativa no indica que el propietario del terreno no tenga que pagar nada. En este sentido, se puede avanzar hacia una interpretación de la norma que logre precisamente este objetivo para evitar la introducción de enriquecimientos innecesarios.

Así, en relación a los fines de la accesión, el magistrado podría encontrar un equilibrio o un punto medio, ya que la solución que evita la configuración de enriquecimiento injusto, tampoco puede resultar en una recompensa constructor de mala fe. Entonces el magistrado podría aplicar la solución que hemos propuesto, que establece en otorgar el cincuenta por ciento del valor de los materiales y la mano de obra al constructor. Por lo tanto, creemos que este sería un compromiso interesante entre evitar el enriquecimiento indebido del propietario y recompensar al constructor de mala fe.

Ahora bien, alguien podría oponerse a nuestra posición bajo el siguiente argumento: ¿el otorgar al constructor de mala fe un derecho a recibir cierto valor considerable no conllevaría a que este pueda aplicar un derecho de retención sobre la edificación y así alargar el proceso de recuperación del bien para el propietario del suelo? Efectivamente nuestro contradictor estaría afirmando algo totalmente cierto.

No obstante, debe pensarse lo siguiente: ¿El propietario solo tenía como único camino el quedarse con lo construido? ¿No es que acaso también tenía la posibilidad de ordenar la demolición a costa del constructor y obtener además una suma de dinero como indemnización? Definitivamente, ambos caminos no pueden ser igualmente planos para el propietario del terreno. Además, es correcto que, aunque el constructor de la propiedad pueda terminar obteniendo la autoridad para ejercer un gravamen, tal retención no será tan fuerte como la retención que un constructor de buena fe pueda ejercer, dado que el constructor de buena fe tiene facultad de retención que es mucho más difícil de cancelar.

Por el contrario, el constructor de mala fe tendría una facultad de retención un poco debilitada frente a la que puede tener un constructor de buena fe (Y eso está bien, ¡se le llama coherencia valorativa!).

Para concluir este subpunto, invitamos a pensar en lo siguiente: ¿todos los conflictos deben ser atribuidos de la misma manera? Por supuesto que no, y esto es algo

que lo tiene muy presente el Derecho Penal cuando, por ejemplo, los distintos códigos penales del mundo establecen ante un caso de homicidio una pena distinta que para un caso de robo. ¿Qué es lo que hacen los legisladores al establecer penas distintas para dos delitos? En resumen: si hay dos conflictos, se evalúa cuál es peor que el otro. Como variante de lo anterior, proponemos lo siguiente: No se deben clasificar por igual dos conflictos si se logra algo nefasto a través de uno y algo positivo que beneficia a la sociedad a través del otro. Consideremos primero el ejemplo más burdo y luego el más elegante para el caso que cubrimos en este artículo. No es lo mismo que Juan y Pedro se agredan y provocan graves lesiones, a que Juan y Pedro discuten sobre cuál de los dos escribe mejores artículos legales.

Con la primera pelea, la sociedad no obtiene nada de valor; por otro lado, con la segunda, el campo académico se nutre constantemente de artículos valiosos que son producto de una sana competencia. Ahora bien, si centramos nuestro pensamiento en el caso concreto de la adquisición, podemos decir que en un escenario donde la construcción se lleva a cabo con mala fe, no habrá mayor medida de beneficiosa que resulto la construcción, que la elección del propietario de quedarse con este, porque recordemos que en cambio él podría haber ordenado la demolición a expensas del constructor y también haber recibido una indemnización.

4.1.3. De la Hipótesis específica 2

Cuya redacción es como sigue: “La buena fe del constructor influye en la determinación de los criterios normativos en la transferencia del dominio del bien, en el ordenamiento jurídico peruano.”

En cualquier caso, se podría decir que, si el dueño del inmueble decide por quedarse con la construcción, entonces se le a beneficiado y ese hecho, aunque ha surgido de un

conflicto, debe valorarse de forma diferente a otro conflicto que no conceda ningún resultado positivo.

Como el lector podrá notar, tomamos la capacidad ejercida por el dueño del terreno como un medidor del resultado obtenido, al igual que este papel lo desempeña el legislador penal al imponer diferentes penas por delitos de diferente reprensión. Aquí, el uso de la opción del dueño del terreno como medidor es crucial, ya que nosotros o el legislador no pudimos calificar el edificio como beneficioso, de espaldas a la opinión del dueño de la propiedad, quien no previó los hechos ocurridos.

En relación, a la mala fe del propietario del terreno, creemos que este supuesto está regulado en el artículo 942 del Código Civil peruano y, a diferencia del Código español, no define la conducta que se pueda presentar en la mala fe del propietario. Independientemente de esto, tenemos que decir que esta mala fe se refiere al comportamiento deliberadamente negligente del dominus soli, quien toma conocimiento de una construcción en su propiedad y sin embargo la acepta o tolera porque sabe bien en algún momento esto le generará beneficios económicos.

El Código Civil español refiere en su artículo 364 que el hecho de que la construcción se realice a vista, ciencia y paciencia del dominus, sin oponerse, lo constituye en un propietario de mala fe. Este artículo en la legislación española, relativo a la concurrencia de mala fe del dominus y del edificador, es aplicado en su jurisprudencia usualmente en situaciones de propiedad horizontal al considerar que los comuneros que no intervienen en la construcción, debido a su situación jurídica, son frecuentemente conedores de la acción y, a pesar de ello no formulan oposición alguna.

4.2. Discusión de resultados

Nuestro Código Civil peruano no estipula cuales son los efectos frente a la concurrencia de mala fe; dicho de otra manera, cuando existe mala fe tanto en el

propietario del suelo como en el constructor. Para algunos autores como Pasco (2019) dicho contexto es intrascendente en cuanto a los efectos que podrían desencadenarse. Nosotros no pensamos lo mismo y, por el contrario, consideramos adecuada la solución española consagrada en el artículo 364 de su Código Civil, el cual advierte lo siguiente:

Si hay mala fe, no solo por parte del que construye, siembra o planta en suelo ajeno, sino también por parte del propietario de este, los derechos de ambos serán los mismos si ambos hubieran actuado de buena fe.

La mala fe por parte del propietario debe entenderse siempre y cuando, el hecho se hubiera ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin que este se haya opuesto.

La solución española, regula expresamente la llamada indemnización por mala fe, ya que esta indemnización convierte la mala fe de ambos (propietario y constructor) transmuta en buena fe para ambos (por tanto, ahora existiendo buena fe en ambos, en nuestro código civil nos referimos a lo que se postula en el artículo 941). Como se dijo anteriormente, consideramos que esta solución es la más adecuada y, si bien nuestro Código Civil peruano no la reconoce específicamente, creemos que se puede avanzar hacia una interpretación que dé luz verde a su aplicación.

Pero, antes de entrar en detalles sobre las razones por las cuales debería también aplicarse dicha compensación, debemos enlistar algunos casos en los cuales podrían presentarse escenarios de concurrencia de mala fe. Imaginemos los siguientes:

a) Tal como ha ocurrido alguna vez (STS de 17 de marzo de 1973), imaginemos el escenario en el cual ambos (constructor y propietario) admiten su mala fe.

b) Otro escenario en cual también puede presentarse concurrencia de mala fe, es en el que varios comuneros tramitan su licencia de edificación, pero solo uno de ellos realiza la construcción. Se evidencia aquí la mala fe del constructor, pero también el

conocimiento que de las construcciones pueden tener los demás comuneros. (STS de 30 de septiembre de 1981)

c) El caso en el cual después que una inmobiliaria hace entrega de los departamentos a una comunidad de propietarios, procede a construir locales y un garaje en el subsuelo, a vista y paciencia de los propietarios. (STS de 16 de junio de 1998)

d) Finalmente, se presenta el caso bajo el cual una empresa realiza una construcción en un terreno que le pertenece a una segunda empresa. Lo interesante del caso y que lleva a entender que existió mala fe en ambas partes, fue que, no solo los socios de ambas empresas eran familiares; sino que, además, la segunda empresa le llevaba la contabilidad a la primera, pudiendo de esta manera conocer los gastos a detalle que respecto a la construcción se estaba realizando. (STS de 13 de julio de 2000)

Ahora bien, ¿cuáles son nuestras razones para aplicar en nuestro país la compensación de mala fe? Procedemos a señalarlas.

a) Carecería de toda coherencia que el propietario del suelo que ha permitido todo el proceso de construcción, tenga la opción de poder exigir la demolición de lo edificado más una indemnización, tal como lo permite el artículo 943 del Código Civil peruano.

b) Si solamente la mala fe del constructor se considerara relevante y no así la concurrente mala fe del propietario del suelo, se aplicaría el artículo 943 del Código Civil, el cual permite que el propietario del suelo pueda quedarse con la edificación sin pagar su valor. Creemos que las acciones del dueño de la propiedad no pueden ser “premiadas” de esta manera, ya que debemos tener en cuenta que, si este dueño se enteró del proceso constructivo y no se opuso, se convertirá en un intermediario que contribuye al desarrollo de conflictos judiciales, ¿o es que acaso esperaba el propietario de mala fe que posteriormente no iba a suscitarse una controversia judicial sobre la edificación de la cual estaba consintiendo su concretización?

c) Si ya de por sí es completamente criticable que en los casos en los que existe solo mala fe del lado del constructor se comprenda que no se le debe pagar algún valor por lo edificado, con mayor razón dicha norma sobre mala fe del constructor no debería aplicarse cuando existe mala fe tanto en propietario del suelo como en el constructor.

d) La solución española de la compensación de mala fe del propietario del suelo y constructor, en nuestro país conllevaría a entender que hay buena fe en ambos y, por lo tanto, se aplicaría la regla del artículo 941 del Código Civil peruano, esto abre dos opciones para el dueño de la propiedad: Decidir si se queda con todo (pagando el valor de la construcción) o si le vende el terreno al constructor. ¿Alguien podría criticar que propietario del terreno se le exponga estas dos opciones? Solo decimos que se debe tener en cuenta lo siguiente: el propietario del terreno permitió el proceso de construcción, entonces tiene sentido que se le pregunte si desea adquirirlo (pero tenga cuidado, no será gratis) o si desea obligar al constructor a pagar el valor del suelo.

Ahora bien, el Cuarto Pleno Casatorio Civil, establece la siguiente regla vinculante: “Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo, sea de buena o mala fe, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente”.

No nos hallamos de acuerdo con dicha regla vinculante por las siguientes razones:

1) Al admitirse dicha regla, se olvida completamente que, mediante la accesión, el constructor también puede resultar siendo propietario de todo (el suelo y la construcción), pues en el supuesto de que exista mala fe del propietario del suelo (art. 941 del Código

Civil peruano), el constructor podrá elegir pagar el valor comercial actual del terreno para quedarse con el suelo y la edificación.

En este caso, en virtud del cuarto pleno del Casatorio Civil, si el constructor es desalojado y luego hace plantea una demanda de accesión para acreditar su buena fe y la mala fe del propietario del terreno, se deberá realizar un segundo desalojo (si el constructor opta por la opción para pagar el valor del terreno), esta vez del propietario del suelo (que había ganado el primer desalojo). No hay duda de que las disputas en este caso se prolongarían innecesariamente, ya que se necesitarían dos procesos para resolver una controversia que se podría resolver en un solo proceso (mediante un proceso de reivindicación).

2) Así también debe pensarse que, aunque haya existido buena fe tanto del propietario del suelo como del constructor (art. 941 del Código Civil), este último puede encontrarse favorecido por un derecho de crédito (si es que el dueño del suelo opta por quedarse con la edificación), que podrá ser asegurado de mejor forma si es que tiene a su favor también un derecho de retención sobre la edificación. Sin embargo, como podemos observar, por obra del Cuarto Pleno Casatorio Civil, se borra completamente cualquier derecho de retención que el constructor pueda ejercer sobre la edificación.

3) El Cuarto Pleno Casatorio Civil daña completamente la institución de la accesión. Lo hace de las siguientes dos maneras:

a) En la Cuarto Pleno Casatorio se olvida que la accesión, como la usucapión, es una forma original de adquisición de propiedad; sin embargo, ambos reciben un trato diferente. Así el pleno establece que, si el acusado en el proceso de desalojo afirma haber adquirido la propiedad mediante usucapión y el juez, después de evaluar las evidencias, determina que efectivamente así es, entonces declara improcedente el reclamo de

desalojo. Sin embargo, como hemos visto, la otra forma de adquirir una propiedad (accesión) no se trata de la misma forma.

b) En el Cuarto Pleno Casatorio Civil, el edificador es tratado de peor forma que el invasor pues si existe presencia de una edificación, la buena o la mala fe (del constructor y propietario del suelo), serán evaluadas en otro proceso, procediendo el desalojo contra el constructor. Sin embargo, el mismo Pleno señala que, si ya se ha vencido el año para interponer una demanda de interdicto de recobrar contra un invasor, entonces no cabe la procedencia de demanda de desalojo por posesión precaria.

Asimismo, se discute la presente en relación a lo fijado por el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del año 2016. Discutido el tema de la procedencia de una demanda de reivindicación con edificaciones hechas de buena fe por el demandado, se concluyó, por mayoría, en este Pleno Jurisdiccional Nacional que:

La demanda de reivindicación es fundada y se proporciona al accionante la alternativa de proceder de acuerdo a las facultades que le confiere la norma sustantiva contenida en el artículo 941 del Código Civil, si se determina que la parte demandada construyó de buena fe.

Esta fue la conclusión a la que se llegó, entre otros elementos, la invocación tácita al principio de la *iura novit curia*, según el cual el juez no necesita un recurso normativo de las partes, sino que aquel debería aplicarlo. En este caso, ante la interposición de una demanda de reivindicación interpuesta por parte de un dueño no poseedor de su bien sea que cuenta con edificaciones, además de la aprobación de la solicitud de su demanda, se deberá otorgar la facultad de elegir una de las alternativas contenidas en el artículo 941 del Código Civil, lo que significa que durante el procedimiento reivindicación también debe acreditarse la buena fe con la que ha actuado el constructor.

Asimismo, esta conclusión podría sustentarse en el hecho de que el órgano jurisdiccional al momento de calificar una demanda de reivindicación, debe verificar en primer lugar el derecho de propiedad del accionante –quien lo único que peticona, en principio, es la restitución de posesión–, en consecuencia, se deducirá que la opción implícita del dominus es la primera (pagar por la edificación y quedarse con ella), pues de lo contrario no interpondría una demanda de reivindicación sobre algo con lo que no pretende quedarse.

Esto era negado previamente en jurisprudencia española, en donde se consideraba que era necesario ejercitar previamente el derecho de opción por el propietario del suelo para que proceda una acción reivindicatoria respecto de la edificación accedida.

Haciendo un balance del análisis realizado en ambos plenarios, hay que decir que los resultados de las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional y Procesal Civil del año 2016 son bienvenidos, lo cual es absolutamente positivo. Lo que se está descuidando, sin embargo, es que también existe el reglamento vinculante del Cuarto Pleno Civil Casatorio, según el cual el si se entabla un proceso de desalojo por posesión precaria el constructor deberá ser desalojado, debiendo resolverse en otro proceso, de cualquier derecho posible que este tenga. Preguntamos: ¿A qué proceso concurrirían los propietarios de terreno? ¿Acudirían acaso a un proceso de reivindicación donde habrá de comprobarse si el constructor actuó con buena fe? Por supuesto que no, y nuestra realidad lo demuestra cuando observamos la cantidad de procesos de desalojo que se inician a diario por posesión precaria.

Es lógico, los propietarios de terrenos preferirán acudir a un proceso de este tipo, donde se desalojará al constructor, postergando para un proceso posterior cualquier derecho que este pueda tener sobre la edificación.

CONCLUSIONES

1. Se debe derogar un artículo como el 942 del Código Civil Peruano, es importante la aplicación del principio de superficies solo cedit y de ese modo la adquisición automática del todo a favor del dueño del terreno, es este dueño, y no el constructor, quien ha de tener a su favor el derecho de opción o derecho potestativo, como efectivamente ocurre en los artículos 941 (sobre buena fe del constructor) y 943 (sobre mala fe del constructor) del Código Civil Peruano. En este sentido, la mala fe del propietario estipulada en el 942 del Código Civil peruano solo debe tenerse en cuenta con el fin de compensar la mala fe del constructor y por lo tanto de ello nos remitimos a las reglas sobre la buena fe del constructor, pero no para otorgar ningún derecho de opción a favor del constructor.
2. El entendimiento tradicional de la solución de nuestro código civil peruano para edificaciones de mala fe (Art. 943) puede resultar excesivamente sancionadora del comportamiento del constructor, especialmente si el dueño del inmueble también opta por que se dé la demolición de lo construido si le propiciare algún perjuicio, pudiendo acompañar a dicha orden, que se le brinde el pago de indemnización por el daño causado. Teniendo esto en cuenta, conviene avanzar hacia una mejor interpretación de este cuerpo normativo para entender que el constructor de mala fe merece algún valor en relación con el edificio construido que el propietario del terreno a decidido adquirir. De esta manera se lograría una solución que evite sanciones excesivas para el constructor de mala fe y un enriquecimiento indebido del propietario del terreno.
3. En el caso de la concurrencia de mala fe en el propietario del suelo y el constructor, debe preferirse por la compensación de ellas, tal como se hace en España. Así, si bien es cierto, nuestro Código Civil peruano no tiene regulada una solución expresa para dicha situación tal como si lo hace España en el artículo 364 de su Código Civil,

creemos que una interpretación de los fines de la accesión y de las normas que sobre esta tenemos reguladas en nuestro Código, lleva a concluir que: i) El propietario del suelo que consiente el proceso de edificación realizado por el constructor, no puede contar a su favor con la opción regulada en el artículo 943 de poder ordenar la demolición de lo construido; ii) Creemos que no se puede “premiar” al propietario del suelo de mala fe, con la opción prevista en el artículo 943, es decir, la opción de quedarse con la construcción sin pagar el valor de esta. Debe tenerse en cuenta que, si este tomó conocimiento del proceso de construcción y no se opuso, entonces se convirtió en un agente que contribuye al desarrollo de litigios o conflictos judiciales; y, iii) Si aplicamos la compensación de mala fe de ambos sujetos, nos remitiríamos a la regla del 941, el cual no deja de serle beneficioso al propietario del suelo.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que en los casos en que exista una construcción de mala fe, el propietario del suelo, interponga su demanda teniendo en cuenta como su pretensión principal la reivindicación del terreno y de forma accesoria su pretensión debe ser sobre la accesión de la construcción de mala fe.
2. Se recomienda si en los casos de construcción de mala fe, si el propietario reclama la reivindicación del terreno objeto de disputa, y solo logra acreditar la propiedad del suelo, corre el riesgo de que su demanda resulte con ser declarada improcedente con respecto a las casaciones analizadas, ya que respecto al tema no hay un criterio uniforme.
3. Se sugiere que el tema de la presente pueda ser objeto de discusión de las facultades de derecho del país, así como también en el Colegio de Abogados, a fin de establecer un criterio de propuesta para que pueda ser regulado de lege ferenda en el Código Civil de 1984.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado, M. (2011). *El derecho de accesión*. San José de Costa Rica : Universidad de Costa Rica.
- Avendaño, J. (1997). El derecho de propiedad en la constitución. Discurso pronunciado con motivo de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho. *En Revista Themis N° 36*, 120–125.
- Avendaño, J. (2008). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Tomo IV*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
- Betti, E. (1953). Teoría general de las obligaciones, Vol. I . *Revista de Derecho Privado*.
- Cardilli, R. (2004). *Sistema Jurídico de Derechos Reales*. Turín: Ed. Giappichelli.
- Carrillo, A. (2013). *Las causas para aplicar la buena objetiva en problema de edificación ajena*. Editorial Raguel. Lima: Editorial Raguel.
- Carrillo, J. (2016). *Derecho Registral*. Lima: Editorial Themis, Fondo Editorial de la Pucp.
- Castillo, R. (2015). *La edificación en terreno ajeno y sus distintos efectos jurídicos – obligacionales: A propósito de una interpretación sistemática e histórica de los Arts. 941, 942 y 943 del Código Civil Peruano*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Corrales, J. (2008). *Derechos Reales*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Cruz, E. (2007). *Tratado de Derechos Reales. Tomo II, 3ª edición*. Lima: Rodhas Ed. .
- De Francisci, P. (1954). Síntesis Histórica del Derecho Romano. *En: Revista de Derecho Privado 1*, 167–169.
- De La Puente, M. (2003). *El Contrato en General*. Lima: Palestra Ed.
- Espinoza, J. (2003). *El Principio de la Buena Fe*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Etala, C. (2016). *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*. Barcelona: Ed. Marcial Pons.

- Ferrero, A. (2006). *La Constitución Comentada por los 100 mejores Juristas*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
- Flores, P. (2016). *Los contratos de compraventa de bien ajeno. Análisis y connotaciones referentes a su entorno*. Lima: Universidad San Martín de Porres.
- Godenzi, S. (2000). *Código Civil Comentado, por los 100 mejores especialistas. Tomo V*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
- Gonzales, G. (2000). *Código Civil Comentado, por los 100 mejores especialistas. Tomo V*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
- Gonzales, G. (2013). *Tratado de Derechos Reales. Tomo I, Tercera edición*. Lima: Jurista Editores.
- Gonzales, G. (12 de Enero de 2015). *Propuesta de reforma parcial de los libros v (derechos reales) y ix (registros públicos) del código civil*. Obtenido de Revista Derecho y Cambio Social: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/Dialnet-PropuestaDeReformaParcialDeLosLibrosVDerechosReale-5500733.pdf>
- Hernández, F. (1969). *Estudios de terminología jurídica latina. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*. Madrid: Editorial Atrea.
- Herrera, L. (2009). *Derechos Reales*. Bogotá: Editorial Themis.
- Lau, A. P. (2006). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo V*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
- Mejorada, M. (2010). *Derecho de la propiedad en la legislación civil peruana*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Muñiz, D. (2015). *Sistema jurídico registral*. Lima: Editorial Palestra.
- Ninamanco, F. (2015). *La delimitación del supuesto de la compraventa de bien ajeno y sus particulares efectos, con especial referencia a la situación del propietario del bien*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Ochoa, C. (2011). *Jurisprudencia Constitucional Económica*. Lima: Ed. Caballero Bustamante.
- Parra, D. (2016). *Derechos del constructor que edifica de buena fe en suelo ajeno*. Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires.
- Puig, J. (1981). *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Ed. Bosch.
- Quispe, M. (2015). La edificación en terreno como cuestión problemática de la jurisprudencia civil peruana. *Revista Gaceta Civil, Nro. 15*, 137–139.
- Rocca, R. (2010). Ensayo sobre el derecho de superficie. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* .
- Salcedo, J. (2016). *Derechos del poseedor y la edificación en suelo ajeno en la legislación colombiana*. Antioquía: Universidad de Antioquia.
- Sánchez, O. (2012). *Comentarios al Código Civil*. Lima: Editorial Idhemsá.
- Schulz, F. (2000). *Principios del Derecho Romano. 2º Ed.* Madrid: Astrea.
- Wieacker, F. (1986). *El Principio General de la Buena Fe, 2da, ed.* Madrid: Civitas Ed. .

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: EDIFICACIÓN EN TERRENO AJENO Y LA BUENA FE DEL CONSTRUCTOR.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	MÉTODO
<p align="center">GENERAL:</p> <p>¿De qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p align="center">ESPECÍFICOS</p> <p>–¿De qué manera la buena fe del constructor influye en la accesión por construir en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>–¿De qué manera la buena fe del constructor influye en la transferencia del dominio del bien, en el ordenamiento jurídico peruano??</p>	<p align="center">GENERAL:</p> <p>Explicar de qué manera la buena fe del constructor influye en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p align="center">ESPECÍFICOS</p> <p>–Evaluar de qué manera la buena fe del constructor influye en la accesión por construir en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>–Explicar de qué manera la buena fe del constructor influye en la transferencia del dominio del bien, en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p align="center">GENERAL:</p> <p>La buena fe del constructor influye para corroborar el criterio de accesión en una edificación en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p align="center">ESPECÍFICAS</p> <p>–La buena fe del constructor influye en la determinación de los criterios normativos para la accesión por construir en terreno ajeno, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>–La buena fe del constructor influye en la determinación de los criterios normativos en la transferencia del dominio del bien, en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>Buena fe del constructor</p> <p>Edificación en terreno ajeno</p>	<p>–Buena fe objetiva. –Buena fe subjetiva.</p> <p>– Accesión –Transferencia de dominio</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>–Métodos generales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Análisis y síntesis - Inducción y deducción <p>–Método específico: – Método hermenéutico jurídico</p> <p>–Métodos particulares: – Método gramatical – Método sistemático – Método teleológico – Método histórico</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación jurídica social.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel Explicativo</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño no experimental, transversal.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> –Análisis documental –Observación <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Ficha de análisis bibliográfico.</p>

INSTRUMENTOS**FICHA TEXTUAL****FICHA TEXTUAL:****DATOS GENERALES:**

- NOMBRES DEL
AUTOR: _____

- TITULO DEL
LIBRO: _____

- EDICION: _____

- EDITORIAL: _____

- PAGINA: _____

CONTENIDO DE LA CITA:

FICHA DE RESUMEN

DATOS GENERALES:

- NOMBRES DEL

AUTOR: _____

- TITULO DEL

LIBRO: _____

- EDICION: _____

- EDITORIAL: _____

- PAGINA: _____

RESUMEN:

PROCESO DE TRANSCRIPCIÓN DE DATOS:

El proceso de transcripción de datos se hizo de conformidad con el siguiente esquema:

FICHA TEXTUAL:

DATOS GENERALES: Buena fe del constructor

- NOMBRES DEL AUTOR: J. Puig
- TÍTULO DEL LIBRO: Introducción al Derecho Civil.
- EDICIÓN: Primera
- EDITORIAL: Bosch
- PÁGINA: 415

CONTENIDO DE LA CITA:

“(...) recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está en conformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata de un estado Psicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto va a recibir