

DERECHO  
RINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez  
Juan Carlos Ghirardi  
Elvira Méndez Chang  
Luis Rodríguez Ennes  
Gabriela Marta Alonsoperez  
Carlos María Antuña Suárez  
Juan Bautista Bardi  
Cecilia Benetti  
Gonzalo Bernal  
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli  
Leticia Núñez  
Carlos Andrés Domínguez  
Scheid  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Gastón L. Medina  
Germán Giarrocco  
Joao Alfredo Jiménez Salas  
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel  
Arturo Magno Quispe Quiroz  
Emma M. Rodríguez Díaz  
Julieta Salomé Rodríguez  
Mariana Verónica Sconda  
Luis Diego Vargas  
Bibiana Llaryora  
Paola Acosta  
Andrea Costa  
Soledad Sandra Peralta

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# El rol de la buena fe del constructor en suelo ajeno en los casos de la accesión de cosa mueble e inmueble en el derecho romano justinianeo

---

Por Joao Alfredo Jiménez Salas<sup>554</sup>

## I. Introducción

La accesión es un modo de adquisición originaria de la propiedad reconocida en las más importantes codificaciones civiles modernas y que, por influencia de éstas, ha sido reconocida también en otras codifica-

---

<sup>554</sup> Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Maestrando en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de cátedra de los cursos de Seminario de propiedad y garantías reales, Seminario de Derecho Civil y Procesal Civil y Derecho de los Contratos - Parte Especial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la misma universidad. Agradezco a la profesora Elvira Méndez Chang por sus invaluable enseñanzas impartidas en el curso de Derecho Romano en la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sin sus exigentes estándares, férrea disciplina y vocación por la enseñanza este trabajo no habría sido posible.

ciones inspiradas en dichos cuerpos legales. Sus orígenes se remontan hasta el derecho romano y sus manifestaciones se encuentran presentes en normas romanas tan antiguas como la Ley de las XII Tablas, pasando por etapas intermedias como las Institutas de Gayo hasta la compilación justiniana,<sup>555</sup> y su presencia en todas estas normas –correspondientes a distintas etapas de la evolución jurídica, política y social de Roma– se debe al reconocimiento de una máxima trasversal a toda la regulación de las cosas: “*superficies solo cedit*”, arraigada en la tradición romana,<sup>556</sup> la cual contará con diversas manifestaciones, consecuencias y excepciones en función a los intereses que se busquen proteger, tal cual lo veremos en este trabajo.

La importancia del estudio de las fuentes romanas justinianas en el caso de la accesión se verá reflejada en una cabal comprensión de la institución, la cual, pese a ser contada al día de hoy como una de las formas de adquisición originaria de la propiedad, no siempre cumplió exclusivamente con ese rol, ya que las fuentes estudiadas reconocían, en algunos casos, la posibilidad de recuperar las cosas muebles que habían sido usadas en la construcción en una cosa inmueble. Esto nos permite descartar la existencia de una adquisición inmediata del dominio de las cosas muebles. Asimismo, apreciaremos cómo el rol que la buena fe del constructor en suelo ajeno es fundamental para el establecimiento de un medio de tutela mediante una excepción o de una sanción. En este caso, la buena fe es un indicador para establecer límites a una aplicación irrestricta de la máxima “*superficies solo cedit*”.

El presente trabajo intenta resolver un problema en concreto, el cual puede ser ilustrado en la siguiente pregunta: en los casos de accesión de cosas muebles a cosas inmuebles, ¿qué consecuencias jurídicas tendría la conducta del constructor en la aplicación de la excepción de dolo malo? Para responder a dicha interrogante hemos formulado la siguiente hipótesis, debidamente sustentada en fuentes romanas justinianas.

---

<sup>555</sup> Es importante señalar que, por razones metodológicas que serán explicadas posteriormente, el presente trabajo se centrará en el análisis de fuentes Justinianas.

<sup>556</sup> ZAERA GARCÍA, A. (2008). “*Superficies Solo Cedit*”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 12, La Coruña, p. 1010.

nianas. En los casos de accesión de cosas muebles a cosas inmuebles, la conducta del constructor, entendida como el conocimiento o desconocimiento de la condición ajena de la cosa, era determinante para la aplicación de la excepción de dolo malo, ya que en los casos en los que el constructor no conocía que la cosa era ajena podía repeler al dueño del suelo mediante la excepción de dolo malo si éste se negaba a pagarle los materiales con los que construyó y los jornales de los operarios, mientras que en el caso de que el constructor haya conocido que la cosa era ajena la excepción de dolo malo no era admitida (D. 41. 1. 7. 12).

La hipótesis planteada se encuentra sustentada con fuentes romanas tomadas directamente del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Dicha elección metodológica se encuentra respaldada en dos razones. La primera es que la compilación justiniana es la fuente romana más completa con la que se cuenta a la fecha, siendo las otras fuentes (Leyes antiguas, obras de juristas, entre otros) conocidas solo por medio de la compilación o no recuperadas en su integridad, y la segunda razón es que el *Corpus Iuris Civilis* es la fuente que mayor influencia ha tenido en el desarrollo de las legislaciones actuales, las cuales deben ser entendidas contextualmente a fin de evitar remisiones innecesarias al derecho romano que podrían provocar anacronismos.

## II. La accesión de cosa mueble a inmueble en el derecho romano justiniano

En el derecho romano justiniano se adquiría el dominio de una cosa por las reglas del derecho civil o por las reglas del derecho de gentes, el cual era el derecho que, por la razón natural que se observaba por igual entre todos los hombres (D. 41. 1. 1. pr), esta bipartición en los modos de adquisición de la propiedad fue recogido en las obras de juristas influyentes en las primeras grandes codificaciones modernas. Así, Pothier, uno de los principales autores que fueron tomados como fuente doctrinal para la elaboración del Código Civil francés de 1804,

sostenía que “los modos de adquirir el dominio de propiedad de una cosa por el derecho natural y de gentes se reducen a tres: la ocupación, la accesión y la tradición”.<sup>557</sup>

En efecto, se sostiene con razón que “el problema de la accesión fue considerado en el derecho romano desde el punto de vista del derecho de propiedad”.<sup>558</sup> Así, en el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto se regula a la accesión señalando que el dominio de una cosa se adquiere por las extensiones de tierra, que por aluvión se agregan a nuestro dominio (D. 41. 1. 7. 1) la porción de tierra ajena arrancada por el río y agregada a un fundo propio que se une por las raíces antes de que el dueño de la parte arrancada reclame su propiedad (D.41.1.7.2). Así también se adquiere el dominio de las cosas muebles ajenas que se usaron para una edificación en suelo propio cuando se pague el duplo de su valor (D. 41. 1. 7. 10), el dueño del suelo adquiere el dominio de lo edificado en su suelo, cuando el constructor conocía que el suelo era ajeno (D. 41. 1. 7. 11) (I. 2. 1. 30), el dueño del suelo adquiere el dominio de lo edificado en su suelo (D. 41. 1. 7. 12) (D. 43. 17. 3. 7) (I.2.1.29). De la misma manera, la planta sembrada en suelo ajeno cuando echa raíces, lo mismo el árbol del inmueble vecino que echa raíces en un suelo distinto al del propietario del árbol (D.41.1.7.13) y el trigo propio sembrado en fundo ajeno (D.41.1.9).

Todos estos diversos escenarios de adquisición del dominio de una cosa que se inserta en una cosa inmueble son catalogados como escenarios de “accesión”. Sin embargo, en el derecho romano justiniano no se conceptualizó ni sistematizó a los modos de adquisición de la propiedad, según el derecho de gentes. Aun así, en el Digesto todos estos escenarios de accesión fueron regulados en un mismo título, y en muchos de ellos se puede apreciar que de manera previa a la enunciación de la regla se incluye el término “igualmente” o “del mismo modo”, lo que

---

<sup>557</sup> POTHIER, R. (1882). *Tratado del Derecho de Dominio de Propiedad*. Tomo VII. Madrid: Librería de V. Suárez, p. 19.

<sup>558</sup> SLATER, R. (1959). “Accessio, specificatio and confusio: Three skeletons in the closet!” En *The Canadian Bar Review*, Vol. XXXVII, N° 4, Ottawa, p. 597.

demuestra una forma de presentar “tipos adquisitivos que no difieren sustancialmente entre sí”.<sup>559</sup>

La agrupación de los casos señalados bajo el rótulo de “accesión” se debe a la obra posterior de los glosadores medievales que definieron a la accesión como una forma de adquisición de la propiedad.<sup>560</sup> Posteriormente, esta forma de entender a la accesión sería tomada por los juristas racionalistas que influyeron en las primeras codificaciones civiles europeas, que señalaron que la accesión es una forma de adquirir la propiedad mediante la cual “el dominio de todo lo que es accesorio y una dependencia de cierta cosa corresponde de absoluto derecho a quien la cosa pertenece”.<sup>561</sup>

Esta definición, inexistente en el derecho romano, sería incorporada en las codificaciones modernas, como en el artículo 552 y siguientes del Código Civil francés de 1804. Sin embargo, el profundizar la recepción de las fuentes romanas por las codificaciones modernas no es propósito de este trabajo. Continuando entonces con el estudio de las fuentes justinianeas, podemos indicar que la accesión producía una unión resultante de dos o más cosas distinguibles pertenecientes a distintos titulares, en donde “la cosa accesorio pierde su identidad ante la cosa principal, que la mantiene”.<sup>562</sup>

Así, la accesión se diferencia de otras instituciones como la “confusión” en que, mientras ésta implicaba la mezcla de dos o más cosas de la misma especie, de modo que éstas pierden su individualidad, tal como ocurre cuando dos personas se ponen de acuerdo para mezclar vino o metales haciendo que el resultado se vuelva común (D. 41. 1. 7. 8), la accesión implicaba que la cosa accesorio perdía su individualidad frente a la cosa principal. Esta conexión entre secundario y principal es la distinción entre otras adquisitivas de la propiedad.<sup>563</sup>

---

<sup>559</sup> LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F. (2007). “La formación histórica del modo de adquirir denominado accesión”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, Valparaíso, p. 65.

<sup>560</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 66.

<sup>561</sup> POTHIER, op. cit., p. 110.

<sup>562</sup> PLISECKA, A. (2006). “Accessio and specificatio reconsidered”. En *The Legal History Review*, Nº 74 (1-2), Países Bajos, p. 46.

<sup>563</sup> ORZIKH, Y. (2016). *Introduction to the Roman Private Law*. Odesa: Feniks, p. 30.

En el caso de la especificación tampoco aparece como término en las fuentes romanas, pero es usada para agrupar a todos aquellos conceptos que, en las fuentes, hacían alusión a la realización de una obra o creación con materiales ajenos. En este caso, también hay una diferencia con la accesión, pues en la especificación no existen un bien principal y uno accesorio, sino uno o más materiales (sin una importancia específica) de los cuales resulta una obra.

Se cuestiona sobre si la accesión fue considerada en las fuentes romanas como un mecanismo de adquisición de la propiedad. Se indica que en la especificación en realidad “el dueño de lo principal no adquiere la propiedad de lo accesorio, pues no constituye un objeto de propiedad separada sino parte de lo principal”,<sup>564</sup> y que el espectro de aplicación de la propiedad crece uniendo a lo accesorio, en lugar de existir propiedad sobre dos bienes diferentes.<sup>565</sup> Siguiendo con lo indicado, la profesora Plisecka refiere que Paulo (D. 41. 1. 26. 1) señala que en la cosa accesorio “cede al todo”, tal como ocurre con los materiales a un edificio.

Nos permitimos discrepar de lo antes indicado, pues consideramos que la “ampliación del espectro de la propiedad” –en términos de la profesora en mención– constituye la adquisición de la propiedad accesorio, solo que ésta se une (accede) a la principal. Sin embargo, consideramos que en las fuentes romanas la adquisición de la propiedad no es inmediata, contrariamente a lo que podría admitirse el día de hoy, sino que en algunos casos se conserva la propiedad del bien accesorio, pese a que está inserto en el bien principal.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de los edificios que son construidos con materiales ajenos. El Digesto brinda una solución que podría, en principio, parecer contradictoria ya que indica que “cuando uno hubiere edificado en lugar suyo con materiales ajenos, se entiende que el mismo dueño lo es del edificio porque todo lo que en él se edifica cede al suelo (...)” (D. 41. 1. 7. 10). Esta primera afirmación nos conduce

---

<sup>564</sup> PLISECKA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>565</sup> *Ibidem.*

a pensar que la propiedad se adquirió inmediatamente, ya que bastaría con ser titular del suelo para serlo también del edificio, y que éste “cedió” al suelo sobre el cual fue erigido. Sin embargo, continua el Digesto señalando que “(...) más el que fue dueño de los materiales no por eso dejó de ser dueño de ellos, sino que no puede reivindicarlos mientras tanto, ni ejercitar respecto de ellos la acción de exhibición por virtud de las Doce Tablas, que dispone que nadie sea obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa sino a pagar por ella el duplo” (D. 41. 1. 7. 10).

Esta siguiente disposición parece entrar en conflicto con el primer fragmento transcrito, pues mientras éste disponía que se adquiriría la propiedad del edificio (entendiéndose también los materiales con los que se construyó), el segundo fragmento dispone que el que fue dueño no por eso dejó de ser dueño de ellos (lo que parece sonar incluso a un oxímoron), sino que no puede ejercitar la acción exhibitoria. Sigue la cita, señalando que: “(...) luego, si por cualquier causa se arruinó el edificio, podrá el dueño de los materiales reivindicarlos entonces, y ejercitar la acción de exhibición” (D. 41. 1. 7. 10).

Tratemos de ordenar las partes del fragmento citado, a fin de brindar una propuesta interpretativa. En primer lugar, las fuentes romanas señalan que se entiende que una cosa se perdió cuando no existe acción para perseguirla (D. 50. 16. 13. 1), por lo que se puede entender, como regla en contrario, que si se conserva una acción se asume que no se ha perdido del todo la cosa. Sin embargo, la acción, como indican las fuentes, no es la cosa en sino menos que ésta (D. 50. 17. 204). Este análisis nos permite concluir que la conservación de la acción implica que no se pierde inmediatamente la propiedad de la cosa que se insertó en el inmueble ajeno. No obstante, el Digesto indica también que las acciones reivindicatoria y exhibitoria no podrán ser ejercitadas mientras los materiales se inserten en el edificio y, por el contrario, si el edificio se destruye los materiales podrán ser reclamados. Asimismo, las fuentes exigen que el titular del edificio pague el duplo del valor de los materiales ajenos. En ese caso, podremos entender que el dominio de los materiales se pasa al dueño del suelo.

En ese sentido, puede concluirse que la transferencia del dominio de la cosa accesoria no es inmediata. En el caso específico de construcciones con materiales ajenos, apreciamos que el dominio de la cosa accesoria se conserva hasta que la cosa se destruya y pueda reivindicarse y exhibirse el material o hasta que se pague el duplo del valor de los materiales a su propietario.

Se entiende también que la unión de lo accesorio a lo principal está presente a lo largo de diversos pasajes de las fuentes justinianas, lo que ha permitido a la doctrina extraer un principio general denominado “*superficies solo cedit*”, en alusión a un pasaje de las fuentes dedicado a la accesión de una cosa mueble a una inmueble que disponía que la superficie cede al suelo. Esta máxima sintetizaba la “realidad misma de las cosas”<sup>566</sup> apreciada por los juristas romanos al establecer que los inmuebles no podían ser desligados del suelo.

La máxima “*superficies solo cedit*” no era aplicada de manera irrestricta y tenía claras limitaciones en los casos en los que el bien mueble podía ser removido o su finalidad no era la de unirse de manera permanente a la cosa principal. De tal manera, no se admitía que determinadas cosas como las estatuas unidas a sus pedestales de fábrica, tablas ligadas con cadenas o unidas a la pared y candelabros se unan al edificio principal, dado que su finalidad no era la de permanecer en el edificio sino servir de ornato en la cosa (D. 50. 16. 245), además de poder ser removidos. Distinta era la situación de los vestíbulos de las casas, los cuales se consideraban unidos a estas (D. 50. 16. 245. 1). En el caso de las cosas que cumplían una finalidad importante en el edificio y que no podían ser removidos, fácilmente se entendía que existía accesión. Tal es el caso del plomo colocado en los tejados de un edificio, el cual se entendía unido a la construcción, mientras que el plomo que se colocaba en los pasillos, al ser removible, no lo era (D. 50. 16. 242. 2). Las construcciones de naturaleza temporal y desmontable como las tarimas que se instalaban en

---

<sup>566</sup> CALORE, E. (2022). “*Superficies solo cedit*: il legame naturale tra superficie e suolo nel diritto romano e la scelta dei codificatori latinoamericani del XIX secolo sul diritto di superficie e sulla proprietà orizzontale”. En VELÁZQUEZ ARROYO, L. y ADAME GODDARD, J. (coord.). *Estudios de Derecho Romano y Derecho Civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*. México: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 130.

las casas en verano y eran retiradas en el invierno no se unían al bien, al no tener naturaleza permanente en la construcción (D. 50. 16. 242. 4).

Notamos la relevancia de la funcionalidad de la cosa accesoria para ser unida a la cosa principal, pues, si ésta era separable o su fin era meramente decorativo no era considerada como idónea para los fines de la accesión. Sin embargo, si la cosa accesoria revestía importancia para la cosa principal era apta para unirse mediante la accesión. Este criterio para la accesión nos recuerda a otra máxima de las fuentes romanas con un contenido claramente económico, que señala que para el derecho civil eran considerados bienes aquellos que presentaban más ventajas que perjuicios (D. 50. 16. 83).

El reconocimiento de la accesión de una cosa accesoria en una principal cumple una finalidad importante en el derecho romano, pues mediante ésta no solo se protegían intereses económicos, como el del titular de la cosa principal que unía la titularidad de la cosa accesoria, sino intereses sociales. De esta manera se buscaba evitar conflictos entre el dueño de la cosa accesoria y el dueño de la cosa principal, como los que podrían devenir en caso se reconociese que, en el caso de construcciones con materiales ajenos, se pudiese reivindicar los materiales usados en la construcción, pero sin desproteger al dueño de los mismos, reconociéndole el doble del valor.

Finalmente, la regulación de la institución de la accesión y la consecuente existencia de la máxima de *“superficies solo cedit”* no implicaba que, en todos los casos y de manera irrestricta, se pudiese unir la propiedad de lo accesorio a lo principal, sino que las propias fuentes justinianas reconocían escenarios en los que, por la funcionalidad del bien, era preferente que lo accesorio ceda a lo principal.

### **III. La regla general para las construcciones sobre suelo ajeno en el derecho romano justiniano**

En el derecho romano justiniano podemos encontrar que existen reglas expresas para solucionar los problemas relativos a la construcción

en suelo ajeno. Estas soluciones contemplan tanto el escenario en el cual el dueño del suelo es el que construye con materiales, como aquel en el cual es un tercero no titular del suelo el que efectúa la edificación.

Debemos partir del hecho de que las construcciones en suelo ajeno son escenarios de accesión, por lo que se encuentran regidas transversalmente por la máxima “*superficies solo cedit*”, la cual puede ser extraída de diversos pasajes del *Corpus Iuris Civilis*. Sin embargo, la máxima enunciada encontrará excepciones dependiendo de circunstancias particulares de las edificaciones en suelo, tales como si el titular del suelo es el constructor y la buena fe de éste.

Las reglas sobre la accesión de lo construido en suelo ajeno se rigen por lo normado en el Título Primero del Libro Cuadragésimo Primero del Digesto. Así, se indica que cuando el dueño del suelo construye con materiales ajenos en su propiedad (D. 41. 1. 7. 10), lo edificado cede ante el suelo, lo cual es una manifestación de la máxima “*superficies solo cedit*”.

Esta primera regla no debe ser entendida, tal como se ha indicado, como una adquisición inmediata de la propiedad de los materiales ajenos, ya que el Digesto añade que el dueño de los materiales no los pierde, por el contrario, las acciones reivindicatoria y exhibitoria quedan relegadas en tanto que los materiales se encuentren unidos al edificio (D. 41. 1. 7. 10).

La acción de exhibición consistía en la puesta en presencia de la cosa tenida en posesión de quien era demandado (D. 50. 16. 246), es decir, era enseñada al accionante la cosa reclamada, mientras que en la reivindicación se entendía que debía entregarse o restituirse la cosa (D. 50. 16. 246. 1). Ciertamente, la restitución era comprendida como una vía de tutela más completa que la de la exhibición (D. 50. 16. 22). Sin embargo, las fuentes, para referirse a la accesión del edificio, comprendían la suspensión de ambas acciones en tanto el material se encuentre unido. En doctrina se indica que “el principio *superficies solo cedit* operaba solamente respecto al edificio en su completitud, y no también respecto a los materiales utilizados para la construcción” (Pasquino, 2011: 89).

El Digesto señala que esta regla proviene de la Ley de las Doce Tablas, la cual establecía que nadie podía ser obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa sino a pagar el duplo del valor de la misma. Las fuentes aclaran que cuando se hace mención al término “madero” no se refiere, exclusivamente, a un madero que se “empotra” en un edificio (D. 50. 16. 242. 1), sino a todos los materiales con los que se construyen los edificios (D. 41. 1. 7. 10), en el mismo sentido, se indica que la palabra “*tignum*” (madero) referida en la Ley de las Doce Tablas como todo género de materiales que constan en los edificios (D. 50. 16. 62).

Esta disposición, originalmente presente en la Ley de las Doce Tablas, puede ser entendida como un caso en el que una regla prevista para una situación en concreto podía verse ampliada en su ámbito de aplicación para comprender una amplia gama de escenarios, ya que se consideraba como “madero” a los materiales de construcción. Asimismo, en otros pasajes del Digesto podemos apreciar definiciones que no podían ser asimiladas al “*tignum*” (madero), como el carbón, que no es madera (D. 50. 16. 167), pero sí los palos y pértigas que no podían ser considerados como leña (D. 50. 16. 168).

Asimismo, el Digesto señala de manera enunciativa los diferentes tipos de materiales que podían ser incluidos dentro del término “madero”, tales como tejas, piedras, ladrillos, la arena, la cal, los palos, los rodrones y toda cosa útil a los edificios (D. 47. 3. 1. 1). Esta extensión conceptual de la palabra “madero” se debe, según explican las fuentes, a que “*tignum*” deriva de “*tegere*” (cubrir) (D. 47. 3. 1. 1) y con los materiales se cumpliría la misma función en el edificio.

Un caso semejante de extensión de los ámbitos de aplicación de una norma lo podemos encontrar en el pasaje del Digesto que señala que cuando se hace referencia a “obreros carpinteros” no se está enunciando únicamente a aquellas personas que desbastan la madera, sino en general a cualquier trabajador que labora en un edificio (D. 50. 16. 235. 1). Esta ampliación sigue el mismo propósito que el de “madero”, esto es, regulan una serie de situaciones con una norma que primigeniamente estaba pensada para un supuesto de hecho concreto pero que, al seguir siendo útil, requirió ser actualizado.

El sentido de la prohibición de retirar la viga puesta en el edificio encuentra su sentido en la protección de intereses generales urbanísticos y agrícolas a efectos de “evitar la destrucción de edificios y viñas”.<sup>567</sup> Asimismo, la profesora refiere que según descubrimientos arqueológicos realizados en torno al monte Palatino se descubrió que las maderas de una casa eran sostenidas por una viga central, lo que explica la importancia de no retirar las vigas,<sup>568</sup> incluso si eran ajenas. Las propias fuentes confirman este planteamiento pues señalan que la Ley de las Doce Tablas introdujo la prohibición para evitar que “no se demoliciesen los edificios, o se perturbe el cultivo de las viñas” (D. 47. 3. 1).

La norma de accesión del edificio al suelo no distingue entre los distintos tipos de edificios que se encontraban contemplados en las fuentes, los cuales podían ser clasificados en edificios urbanos, también llamados casas (*aedes*), y los edificios rústicos o casas de campo (D. 50. 16. 211). Esta ausencia de distinción nos lleva a concluir que la accesión operaba tanto para los edificios rústicos como para los urbanos, lo mismo que el suelo, el cual podía ser urbano (*solar*) o rústico (*fundo*) (D. 50. 16. 211).

En caso de que el edificio construido se arruine, es decir, se destruya, el titular de las cosas ajenas podría reclamarlas y valerse de la acción exhibitoria y reivindicatoria. Estas acciones no se veían limitadas en caso de que el edificio fuese vendido por el dueño del suelo a un tercero, el cual, pese al paso del tiempo, no adquiriría el dominio de las cosas ajenas con las cuales se edificó el edificio que se unió al suelo (D. 41. 1. 7. 11).

La adquisición del dominio de una cosa por el paso del tiempo o usucapión es reconocida por el Digesto (D. 41. 3. 3). Sin embargo, esta forma de adquisición del dominio se encuentra proscrita a las cosas cuya posesión se gana mediante el hurto, de modo que el que sustrajo la cosa de su verdadero dueño no podrá valerse de la usucapión para volverse el nuevo dueño (D. 41. 3. 4. 6). Consideramos que este fundamento que prohíbe la adquisición de las cosas ajenas que han sido adquiridas de mala fe está presente en la prohibición a la adquisición de los materiales insertos en el edificio por la usucapión (D. 41. 1. 7. 11).

De hecho, la prohibición es bastante amplia, pues protege al propietario de los materiales incluso frente a un tercero distinto del constructor, en caso de que este decida vender el inmueble y el edificio, y les impide usucapir tanto al constructor como al tercero adquirente los materiales del edificio.

Si bien el Digesto no indica expresamente la no posibilidad de usucapir los materiales insertos en el edificio, creemos que esta conclusión puede ser tomada del siguiente pasaje: “Es causa de la duda, si por lo mismo que por el trascurso de largo tiempo fue adquirida la totalidad del edificio, se habrían adquirido cada una de las cosas de que constaba; lo que no pareció bien” (D. 41. 1. 7. 11). La remisión a una adquisición del dominio mediante el transcurso del tiempo es una referencia a la usucapición, la cual no es amparada en esta clase de supuestos.

Hemos dicho anteriormente que en los casos de accesión la adquisición de la propiedad no fue inmediata, ya que se permitía al dueño de los materiales reivindicarlos en determinadas circunstancias. Somos de la opinión de que la propiedad de los materiales se terminaba adquiriendo cuando el dueño del suelo pagaba el duplo de su valor, pues el Digesto establece que, si bien no se podía obligar a una persona a retirar las “vigas” ajenas colocadas en su propiedad, sí podía pagar el duplo por ellas. La presencia del conector adversativo “sino” en la oración “(...) nadie sea obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa sino a pagar por ella el duplo” (D.41.1.7.10) establece que a pesar de no ser posible la primera alternativa, sí lo es la segunda.

La presencia del pago del doble del valor de los materiales debía tener como consecuencia la adquisición del dominio, pues era una regla reconocida en el derecho romano que nadie podía enriquecerse en detrimento de otro (D. 50. 17. 206), y asumir que luego de pagar dos veces el valor de una cosa se sigue sin adquirirla implicaría aceptar que las fuentes admitían un caso de enriquecimiento sin causa. A causa de

---

<sup>567</sup> SOSA RIED, M. (2019). “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del Código Civil chileno.” En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XLI, Valparaíso, p. 372.

<sup>568</sup> *Ibidem*.

lo señalado, debe entenderse que, una vez realizado el pago, no cabía iniciar ninguna acción exhibitoria o reivindicatoria contra el dueño del edificio, pues éste se había convertido en el nuevo propietario de los materiales usados pues con el precio se puede enervar el *ius tollendi* del propietario primigenio.<sup>569</sup>

En el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto no se distingue si el dueño del suelo que usó las vigas ajenas debía tener o no mala fe para los efectos del pago del duplo del valor de las cosas, lo que sí podemos afirmar es que el uso siempre debía ser no autorizado. Sin perjuicio de lo antes indicado, se discute en doctrina si para el cobro del duplo del valor de los materiales, que podían ser exigidos por la acción de *tigno iuncto* (D. 46. 3. 98. 8) (D. 47. 3. 1), era necesaria la mala fe. Mientras que algunos profesores sostienen que no era necesaria la mala fe del titular del suelo, Alessandro Corbino indica que el sustento de esta posición era que en “en la época más antigua predominaba un sistema de responsabilidad objetiva”. No obstante, nos parece más persuasiva la posición que señala que la “expresión *tignum furtivum*”<sup>570</sup> que aparece en el siguiente pasaje es determinante: “La Ley de las Doce Tablas no permite arrancar ni reivindicar el madero hurtado que fue empleado en una casa o viña” (D.47.3.1). Lo mismo ocurre en el siguiente pasaje, en el que se menciona expresamente el conocimiento de la condición ajena de los materiales: “Pero también se ha de dar la acción de exhibición; porque no se debe perdonar al que a sabiendas empleó o ligó en un edificio una cosa ajena; pues a éste no lo demandamos como si fuese poseedor, sino como si con dolo malo hubiere hecho de modo que no posea” (D. 47. 3. 1. 2).

Vemos entonces que las fuentes exigen la mala fe del titular del suelo que tomó a sabiendas las vigas ajenas. Este conocimiento, equiparable al dolo, también podía presentarse en los casos en los que debido a la gran negligencia del constructor no se percató de la condición ajena de los materiales, pues para las fuentes “la culpa grande es dolo” (D. 50.

---

<sup>569</sup> FOSAR BENLOCH, E. (1954). “El derecho de superficie”. En *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol. 28, Cuaderno 3-2, p. 42.

<sup>570</sup> SOSA RIED, *op. cit.*, p. 376.

16. 226). La presencia de este pago excesivo puede ser entendida como una manifestación sancionatoria y disuasoria para los dueños de suelos que deseen usar materiales ajenos sin permiso, pues no debía admitirse que se usen cosas ajenas que no podían ser fácilmente recuperadas (D. 47. 3. 1. 2). Al respecto, se ha indicado que el precio pagado por los materiales “no era otro que una suma de dinero debida a título de indemnización, por haber el propietario del *tignum* perdido la disponibilidad de éste, a causa de la conjunción con la *aedes*”.<sup>571</sup>

Otro supuesto de accesión es el de las construcciones realizadas por parte de quien no es el propietario del suelo. En esos supuestos también opera la accesión de lo construido al suelo, en beneficio del titular del suelo. Sin embargo, existirán particularidades que serán desarrolladas en el siguiente acápite. En el caso que estamos comentando ocurre una situación inversa a la descrita anteriormente, pues no es el dueño del suelo el que construye con cosas muebles ajenas (D. 41. 1. 7. 10 y D. 41. 1. 7. 11), sino que es el dueño de las cosas el que construye sobre suelo ajeno, lo que de igual modo termina generando la accesión a favor del suelo (D. 41. 1. 7. 12).

Hemos visto hasta ahora que la regla general para la accesión de lo construido es que el dueño del suelo adquiere lo construido en él. Sin embargo, esta regla no será de aplicación irrestricta, pues contará con ciertas moderaciones y excepciones que limitarán la adquisición de la propiedad de manera inmediata, tal como se apreciará en el capítulo siguiente.

#### IV. Excepciones a la regla general y sanciones en función a la buena fe del constructor

Como hemos venido adelantando, la adquisición de la propiedad de lo construido por parte del dueño del suelo no fue inmediata, y presentaba excepciones que se sustentaban en la existencia de buena fe o mala fe tanto del dueño del suelo o del dueño de los materiales.

---

<sup>571</sup> PASQUINO, P. (2011). “Rimedi pretori in alcuni casi di accessione”. En *Teoría e storia del diritto privato*, N° 4, Nápoles, p. 93.

#### **IV. 1. Primera regla de accesión de lo construido: Accesión de lo construido al suelo, cuando el dueño del suelo usa materiales ajenos (I. 2. 1. 28) (D. 41. 1. 7. 10)**

La primera regla enunciada no implica una adquisición inmediata de la propiedad de lo construido por parte del dueño del suelo, sino una suspensión temporal de la acción reivindicatoria y exhibitoria por parte del dueño de los materiales, no pudiendo ejercitarlas a fin de no destruir los edificios ni dañar las actividades en las fincas (D. 47. 3. 1). Para hacerse de la propiedad el dueño del suelo deberá pagar el duplo del valor de los materiales a su dueño (I. 2. 1. 28) (D. 41. 1. 7. 10).

El pago realizado cumple la función de transferir la propiedad, además de indemnizar al dueño de los materiales por la imposibilidad de retirarlos del edificio (al menos hasta que el edificio se destruya), si bien no se señala ni en el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto ni en la Instituta si el dueño del suelo debe actuar de buena o mala fe.

En la sección referida a las acciones del Digesto se regula la acción de “*Tigno iuncto*” (del madero empotrado), la cual cuenta con las características de una acción penal de hurto, ya que está destinada a obtener una pena civil por el hurto de una cosa. Así, se indica que “La Ley de las Doce Tablas no permite arrancar ni reivindicar el **madero hurtado** que fue empleado en una casa o en viñas” (D. 47. 3. 1).<sup>572</sup> La referencia al hurto como delito es clara; así, se “da la acción del duplo contra el que fue convicto de haberlo empleado”. Esta pena del pago del duplo aparece regulada en la sección de delitos de la Instituta, donde se indica que “la acción de hurto, ya del duplo, ya del cuádruplo,<sup>573</sup> corresponde únicamente para la reclamación de la pena, porque además tiene el dueño la persecución de la misma cosa, que puede obtener vindicándola o por la condición” (I. 4. 1. 21).

<sup>572</sup> El subrayado y énfasis son añadidos.

<sup>573</sup> La mención al doble y al cuádruplo se refiere a las penas indicadas en la Instituta, tanto para el hurto manifiesto (cuádruplo) y del no manifiesto (duplo) (I. 4. 1. 5).

Lo antes indicado debe ser concordado con la definición que tienen las fuentes sobre el hurto, las cuales señalan que “el hurto es el apoderamiento fraudulento o de la cosa misma, o también de su uso o posesión (...)” (I. 4. 1. 1), asimismo, que la palabra *furtum* (hurto) tiene cuatro posibles orígenes: 1) *furvum*, que significa negro porque el hurto se realiza de noche y clandestinamente la mayoría de las veces; 2) *fraus* (fraude); 3) *ferre*, que significa quitar y las palabras griegas usadas para referirse a los ladrones o al verbo “llevar” (I.4.1.2). Estas características contenidas en la definición y etimología del hurto nos llevan a concluir que se le brindaba relevancia a la intención del agente que cometía el delito, ya sea en su intención alevosa de cometer el acto de noche (I. 4. 1. 2), en la mención al ánimo fraudulento de la apropiación (I.4.1.1) o en la intención de esconder el acto cometido y las cosas sustraídas (I. 4. 1. 3).

En ese sentido, la acción de “*Tigno iuncto*”, como una acción penal de hurto, debía tomar en cuenta la mala fe e intención fraudulenta del titular del suelo que utilizaba a sabiendas las maderas ajenas para su edificación, así que, si bien el Libro Cuadragésimo Primero del Digesto no precisa si se requiere de buena o mala fe en el pago del doble del valor de los materiales, consideramos que la mala fe sí debía encontrarse presente.

Aquí, la mala fe del dueño del suelo genera una sanción en su contra, pues al conocer la condición ajena de los materiales, y aun así usarlos, comete un hurto, el cual genera la acción penal de “*Tigno iuncto*” que implica el pago del doble del precio de los materiales a su dueño.

#### **IV. 2. Segunda regla de accesión de lo construido: Accesión de lo construido al suelo, cuando el dueño de los materiales construye en suelo ajeno de mala fe (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12)**

Esta regla pone el énfasis en la figura del dueño de los materiales, y cuando se presenta la mala fe del mismo se entenderá que pierde la

propiedad de los materiales que utilizó en suelo ajeno, pues se presume que al conocer la condición ajena del suelo perdió voluntariamente la propiedad de los materiales (D. 41. 1. 7. 12). Dado ello, no tiene la acción ni para recibir el duplo de los materiales, ni para reivindicarlos o solicitar su exhibición.

Aquí, la mala fe del titular de los materiales genera una sanción en su contra, ya que pierde el valor de sus materiales al presumirse que voluntariamente los ha perdido. Asimismo, la imposibilidad de reclamar los materiales, incluso si el edificio se ha destruido, supone también un castigo. Por otro lado, la adquisición del edificio y de los materiales que lo conforman por parte del propietario del suelo es una consecuencia favorable al mismo a causa de la injerencia realizada en su propiedad.

### ***IV. 3. Tercera regla de accesión de lo construido: Accesión de lo construido al suelo, cuando el dueño de los materiales construye en suelo ajeno de buena fe (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12):***

La tercera regla es interesante ya que implica que el dueño de los materiales construyó en un predio ajeno obrando de buena fe. Esto es, sin conocer que los bienes no le pertenecían, tiene derecho a exigir el reembolso de los gastos realizados en el bien (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12).

En este caso igual se produce una accesión del edificio al suelo, pero la adquisición de la propiedad no es inmediata, ya que ésta no se consumará hasta que se cumpla con el pago de los materiales y los jornales de los operarios al constructor. Sin embargo, en caso de que el dueño del suelo se niegue a pagar al constructor los conceptos señalados, éste podrá oponerle la excepción de dolo malo a fin de solicitar el pago.

La excepción de dolo malo tiene su origen en la equidad y regula una amplitud de casos en los que una persona decide alterar la natural equidad de las cosas aprovechándose de su propio dolo (D. 44. 4. 1. 1). Este dolo es entendido como un proceder negativo y perjudicial.

El dolo malo como mecanismo de tutela en los casos de accesión de lo construido procede cuando no se desea pagar el costo de los materiales y los jornales que se emplearon en la construcción (D. 41. 1. 7. 12) y también se presenta en cuando una persona le vende a otra un solar ajeno sobre el que construye y luego el verdadero dueño lo reclama. En dicho momento, el constructor de buena fe puede oponer la excepción de dolo malo si no se cumple con el pago de lo edificado (D. 19. 1. 46. 1).

Aquí, la conducta del constructor, es decir, la existencia de buena fe, cumple un rol opuesto al de los casos de mala fe, ya que otorga un mecanismo de tutela al constructor, que le permite oponerse a la acción del dueño del suelo contraria a la equidad natural, que implicaría obtener una edificación gratuita a costa de una persona que fue engañada para construir en el inmueble ajeno.

Con el desarrollo de las tres reglas antes expuestas podemos confirmar la hipótesis inicialmente propuesta, la cual indicaba que en los casos de accesión de edificaciones al suelo el rol de la buena o mala fe del constructor era fundamental para determinar la existencia de una sanción (I. 2. 1. 28) (D. 41. 1. 7. 10) (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12), como el pago del duplo del valor de los materiales ajenos hurtados o la pérdida de los materiales si fueron puestos de mala fe en el predio ajeno o, en su defecto, un mecanismo de defensa, como la excepción de dolo malo (I. 2. 1. 30) (D. 41. 1. 7. 12).

## V. Conclusiones

- a. La accesión es entendida actualmente como una forma de adquisición de la propiedad. Sin embargo, dicha adquisición de la propiedad no operaba inmediatamente en el derecho romano justiniano, ya que las fuentes establecen que la accesión de lo edificado al suelo requiere el pago del duplo del precio de los materiales, como ocurre cuando el dueño del suelo hurta materiales ajenos para efectuar la construcción.

- b. La regla general en el derecho romano justinianeo es que lo edificado siempre cede al suelo. Sin embargo, la adquisición de la propiedad de los materiales de lo edificado no siempre opera inmediatamente, pues en algunos casos se requiere de requisitos como el pago del doble del valor de los materiales usados.
- c. La mala fe del dueño del suelo que usa materiales ajenos sin permiso es un requisito para la procedencia de la acción de “*Tigno iuncto*”, ya que ésta era una acción penal que procedía ante el hurto de materiales que terminaban insertos en una construcción.
- d. En la accesión de bienes muebles a inmuebles, la buena fe del constructor es fundamental para determinar si se genera una sanción o un mecanismo de tutela en favor del dueño de los materiales. Si éste construye de mala fe en suelo ajeno terminará perdiendo los materiales, mientras que si lo hizo de buena fe puede reclamar el costo de los mismos y los jornales de los operarios, pudiendo incluso valerse de la excepción de dolo malo si el dueño del suelo se niega a efectuar el pago.

## Bibliografía consultada

- CALORE, E. (2022). “*Superficies solo cedit*: il legame naturale tra superficie e suolo nel diritto romano e la scelta dei codificatori latinoamericani del XIX secolo sul diritto di superficie e sulla proprietà orizzontale”. En VELÁZQUEZ ARROYO, L. y ADAME GODDARD, J. (coord.). *Estudios de Derecho Romano y Derecho Civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*. México: Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- FOSAR BENLOCH, E. (1954). “El derecho de superficie”. En *Anales de la Universidad de Valencia*, Vol. 28, Cuaderno 3-2.

- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F. (2007). “La formación histórica del modo de adquirir denominado accesión”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, Valparaíso.
  
- ORZIKH, Y. (2016). *Introduction to the Roman Private Law*. Odesa: Feniks.
  
- PASQUINO, P. (2011). “Rimedi pretori in alcuni casi di accessione”. En *Teoría e storia del diritto privato*, N° 4, Nápoles.
  
- PLISECKA, A. (2006). “Accessio and specificatio reconsidered”. En *The Legal History Review*, N° 74 (1-2), Países Bajos.
  
- POTHIER, R. (1882). *Tratado del Derecho de Dominio de Propiedad*. Tomo VII. Madrid: Librería de V. Suárez.
  
- SLATER, R. (1959). “Accessio, specificatio and confusio: Three skeletons in the closet”. En *The Canadian Bar Review*, Vol. XXXVII, N° 4, Ottawa.
  
- SOSA RIED, M. (2019). “La edificación. Antecedentes históricos de los artículos 668 y 669 del Código Civil chileno”. En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° XLI, Valparaíso.
  
- ZAERA GARCÍA, A. (2008). “Superficies Solo Cedit”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 12, La Coruña.