

CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO  
A CIENCIA Y PACIENCIA DEL DUEÑO  
DEL TERRENO:  
UNA APROXIMACIÓN DOGMÁTICA  
AL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 669  
DEL *CÓDIGO CIVIL*

BUILDING IN ANOTHER'S LAND  
WITH THE OWNER'S ACQUIESCENCE:  
A DOGMATIC APPROACH TO ARTICLE 669.2  
OF THE CIVIL CODE

Manuel González González\*

RESUMEN

221

El presente artículo plantea que la accesión no es un modo de adquirir el dominio sino un modo de extinción de este. Adicionalmente, propone que la construcción en suelo ajeno es una hipótesis de enriquecimiento injustificado y que, desde esa perspectiva, la idea dogmática que subyace al inc. segundo del art. 669 del *Código Civil* es la aquiescencia de la mejora por parte del dueño del terreno, lo que justifica el deber de pagar el valor total de la obra.

Palabras clave: accesión, enriquecimiento injustificado, aquiescencia.

---

\* Research Student, University of Oxford. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. MSc Law, Anthropology and Society, The London School of Economics and Political Science. Dirección postal: St Hugh's College, Oxford, Reino Unido. Correo electrónico: manuel.gonzalez@law.ox.ac.uk. Artículo recibido el 4 de noviembre de 2016 y aceptado para su publicación el 10 de enero de 2017.

Agradezco los comentarios recibidos de Pablo Cornejo, Felipe Jiménez, Crescente Molina y de los árbitros de la revista, como también la generosa orientación en fuentes bibliográficas decimonónicas de Eduardo Escobar y el profesor Alejandro Guzmán Brito. Estoy en especial deuda con Adrián Schopf, quien supervisó la tesis de magíster que dio origen a este trabajo en la Universidad Adolfo Ibáñez. Ninguno de ellos tiene responsabilidad sobre posibles errores en el texto.

## ABSTRACT

In this article the autor claims that accession is not a way of acquiring ownership, but a case of expropriation. In addition, it is argued that building in another's land is a case of unjust enrichment. From this perspective, the dogmatic idea behind the second part of article 669 of the Chilean civil code is the acquiescence of the improvement by the landowner, and this explains the restitutionary duty to pay the total value of the building.

Keywords: accession, unjust enrichment, acquiescence.

## INTRODUCCIÓN

En lo que sigue, se ofrece una interpretación dogmática del inc. segundo del art. 669 del *Código Civil*. A través de dicho análisis se plantean posiciones doctrinarias que, aunque ciertamente no originales, no han sido difundidas en nuestro medio, con el objetivo de contribuir al debate nacional sobre el problema de la construcción en suelo ajeno desde una perspectiva comparada. En la primera parte, se ofrece un breve análisis sobre las posibles fuentes del inc. segundo del art. 669 del *Código Civil*. A continuación, se argumentará que en nuestro Derecho la accesión de bienes muebles a inmuebles no opera como un modo de adquirir el dominio, sino como una expropiación a partir de la cual se genera un enriquecimiento injustificado del dueño de la cosa principal, y, finalmente, se dará cuenta del valor normativo que el conocimiento del dueño del terreno tiene para la definición de la envergadura de la pretensión compensatoria del constructor, rechazando la respuesta tradicional de la doctrina nacional, que afirma la existencia de un contrato entre las partes.

222

I. NOTAS SOBRE LAS POSIBLES FUENTES  
DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 669 DEL *CÓDIGO CIVIL*:  
EL “PROYECTO INÉDITO” COMO PRIMER ANTECEDENTE

Esta disposición aparece por primera vez en el denominado “proyecto inédito”, que como es sabido, fue el resultado del trabajo de la célebre Comisión Revisora, cuyo encargo era la revisión del proyecto de *Código Civil* de 1853, preparado exclusivamente por Andrés Bello en materia de bienes. Esta comisión<sup>1</sup> comenzó su trabajo en junio de 1853 y participaron

<sup>1</sup> En este punto sigo directamente el trabajo más completo disponible: GUZMÁN BRITO (1982), p. 369 y ss.

en ella: Ramón Luis Irarrázabal, por entonces presidente interino de la Corte Suprema; Manuel José Cerda, quien era ministro de dicho tribunal; Alejo Valenzuela, ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y los juristas Diego Arriarán, Antonio García Reyes, Manuel Antonio Tocornal y Gabriel Ocampo. A fines de 1854 se integraría el presidente de la Corte de Apelaciones de Concepción, José Miguel Barriá<sup>2</sup>. El Presidente de la República, Manuel Montt, participaba de dicha comisión, aunque no de modo oficial, y Andrés Bello actuaba como secretario<sup>3</sup>.

La comisión no llevó actas oficiales sobre su trabajo, que introdujo, en general, profundos cambios en el proyecto de 1853, después de celebrar más de trescientas sesiones<sup>4</sup>. Según expone documentadamente Alejandro Guzmán, la ausencia de actas habría sido una solicitud del propio Manuel Montt, con el objetivo de impedir que “el espíritu de lucimiento y de nombradía ocupase el lugar de análisis y de la seria meditación”<sup>5</sup>. Andrés Bello habría tomado algunas notas privadas, pero (partes de) estas solo han sido citadas por Paulino Alfonso en un texto de clases universitario de 1882<sup>6</sup>.

Lo anterior es de elevada importancia, pues más allá de constatar la carencia de una herramienta interpretativa de inmejorable utilidad, la ausencia de actas implica que se incurra en una evidente falta de rigor cuando se alude exclusivamente a Andrés Bello como el creador de una disposición específica del proyecto inédito, ya que la introducción de reformas (al proyecto de 1853) pudo haber provenido, como es evidente, no solo de él, sino de la iniciativa de cualquier otro integrante de la comisión. Finalmente, no existen notas al margen del art. 669 en el proyecto inédito, que de todos modos mediana utilidad tendrían, ya que el mismo Miguel Luis Amunátegui ha reconocido que fue él quien las incorporó en el texto, a partir de apuntes sueltos de Andrés Bello<sup>7</sup>. Del mismo modo,

223

<sup>2</sup> Para un breve perfil biográfico de los miembros de la comisión STUARDO y VILLALOBOS (1956).

<sup>3</sup> GUZMÁN BRITO (1982), p. 371.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 372, citando a un observador anónimo, en un texto publicado en *El Mercurio*, Santiago, 14 de diciembre de 1855.

<sup>6</sup> Reproducidas por primera en GUZMÁN BRITO (1980).

<sup>7</sup> “Las numerosas e interesantes notas que lo acompañan, han sido sacadas de los mismos borradores de don Andrés Bello. Las mas de las veces éstas se han encontrado al pie del artículo o inciso a que ellas se refieren. En ocasiones, se han hallado en papales sueltos, i entonces se ha procurado darles la colocación que se ha creído mas acertada. No faltan casos también en que estas acotaciones no son mas que apuntes sueltos en que don Andrés Bello, sin remitirse a un artículo determinado, expone sus ideas sobre la materia”. (sic) BELLO (1890), p. xli; Huelga recordar este hecho, pues se suele apuntar a Andrés Bello como el autor de las notas marginales en el proyecto inédito. Victorio Pescio, por ejemplo, justifica el listado de autores y cuerpos legales que propone como

tampoco se advierten anotaciones relevantes (salvo por la voz ‘retención’) al margen de esta disposición en el ejemplar del proyecto de 1855 de propiedad de Gabriel Ocampo<sup>8</sup>.

Podría sostenerse que el único autor que ha ofrecido una explicación sobre el origen del inc. segundo del art. 669 es Rafael Mery Berisso<sup>9</sup>. Su contribución merece un análisis detenido. Como es sabido, para el trabajo de la Comisión Revisora se enviaron copias del proyecto de *Código Civil* de 1853, entre otros, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los jueces de letras<sup>10</sup>. Entre quienes enviaron observaciones sobre el proyecto de 1853 se encuentra el juez de letras Jovino Novoa. Sus observaciones ameritan ser reproducidas en extenso. A propósito del art. 804 de dicho proyecto afirma:

“Falta, pues, establecer el principio contrario. ¿Qué regla debe adoptarse si yo edifico, planto o siembro en suelo ajeno? El caso puede muy bien ocurrir, y es preciso que la ley lo resuelva”<sup>11</sup>.

Luego de citar el art. 555 del *Código Civil* francés, la regla romana y las *Siete Partidas* plantean:

224

“¿qué cosa más natural y justa, el que pierda su trabajo y material aquel que trabajó en terreno ajeno sabiendo que éste no le pertenecía, y sin obtener el consentimiento de su dueño? Y por el contrario, ¿no es también arreglado a equidad que el que emprendió la obra de buena fe, se reembolse de los gastos de un trabajo que va a utilizar el propietario del suelo? Sería otra cosa si manifiestamente fuese perjudicial al fundo el plantío o edificio, calificación que tocaría hacer a la justicia en juicio contencioso, pues entonces justo era que la demolición se hiciese a costa del que trabajó sin cuidarse de averiguar a ciencia cierta si trabajaba en lo suyo, y no del propietario que no tuvo parte ni conocimiento de la obra”<sup>12</sup>.

---

fuentes del *Código Civil* en materia de accesión, por cuanto “Así lo revelan y confirman las notas puestas por Don Andrés Bello en el articulado de los Proyectos Inédito y de 1853”. PESCIO (1984), p. 33. Para una crítica a la metodología seguida por Miguel Luis Amunátegui véase GUZMÁN BRITO (1982).

<sup>8</sup> BELLO (1855).

<sup>9</sup> MERY (1956).

<sup>10</sup> Las observaciones de las cortes de apelaciones de La Serena y Concepción, así como de algunos jueces de letras son reproducidas en el trabajo de Rafael Mery. Hasta la publicación de dicho trabajo esos documentos (con excepción de las observaciones de la Corte de La Serena) tenían el carácter de inéditos.

<sup>11</sup> MERY (1956), p. 102.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 103.

En virtud de estas observaciones, Rafael Mery concluye:

“La observación de Novoa encontró amplia acogida en el seno de la Comisión, que aprobó en reemplazo del artículo 805 el siguiente: (reproduce el artículo 805 del Proyecto Inédito, actual artículo 669)”<sup>13</sup>.

Sus planteamientos merecen los siguientes comentarios. En primer lugar, en cuanto al efecto que las observaciones de Jovino Novoa habrían tenido, no podemos saberlo a partir de la mera lectura de la disposición adoptada en definitiva (art. 805 del Proyecto Inédito). Ello porque el inc. segundo del actual art. 669 no distingue entre la buena o mala fe del constructor, consideración normativa que para Novoa tiene un peso central. En segundo lugar, si hubo efectivamente alguna influencia en la comisión para efectos de la redacción del art. 805 del Proyecto Inédito (actual 669), fue solo parcial, pues el art. 805 del Proyecto de 1853 era materialmente muy similar al inc. primero del art. 805 del Proyecto Inédito, en cuanto a los derechos del poseedor de buena fe (remisión a las reglas sobre prestaciones mutuas). Una innovación introducida en el inc. primero del art. 805 del Proyecto Inédito es el derecho alternativo del dueño del terreno a pagar las mejoras o a exigir la compra compulsiva del inmueble, pero ella no puede relacionarse en modo alguno con las observaciones de Novoa. Una consideración adicional es que de acuerdo con la reproducción de Rafael Mery, dichas observaciones están referidas al art. 804 del Proyecto de 1853, que regulaba la construcción con materiales ajenos en suelo propio. Sobre este artículo, curiosamente Novoa parte comentando lo siguiente:

“Falta, pues, establecer el principio contrario. ¿Qué regla debe adoptarse si yo edifico, planto o siembro en suelo ajeno? El caso puede muy bien ocurrir, y es preciso que la ley lo resuelva”.

La reflexión de Jovino Novoa es llamativa puesto que esa hipótesis, como hemos visto, estaba prevista en el art. siguiente (805). En virtud de ello, parece claro que sus observaciones no tenían por objetivo criticar el contenido del art. 805 del Proyecto de 1853, sino de contribuir al diseño de una regla que, por alguna razón, consideraba inexistente en dicho proyecto. Dicho lo anterior, su posible influencia de debe leerse *a contrario sensu*: si lo injusto es imponer cargas sobre el dueño del terreno que “no tuvo

---

<sup>13</sup> MERY (1956), p. 103 (paréntesis agregado).

parte ni conocimiento de la obra”, entonces imponerlas al dueño del suelo que sí tuvo parte o que tenía conocimiento de la obra no lo sería. La consideración del peso normativo del conocimiento del dueño del terreno ciertamente explica la evolución del art. 805, por cuanto en el Proyecto Inédito lo contempla en ambos incisos, a diferencia del art. 805 del Proyecto de 1853. ¿Fue Jovino Novoa quien gatilló la deliberación de la Comisión Revisora en este sentido? Pareciera que la conclusión de Rafael Mery es excesiva: tanto Jovino Novoa leído *a contrario sensu* como algunas disposiciones de códigos civiles europeos (y el Proyecto de Florencio García Goyena) –ninguna de las cuales son aludidas por Jovino Novoa en sus observaciones– podrían haberlo hecho, pero dada la inexistencia de actas oficiales no es posible afirmarlo con certeza.

*I. 1 ¿Cuál es la fuente  
del inciso segundo del artículo 669  
del Código Civil chileno?*<sup>14</sup>

226

Descartada la tesis de Rafael Mery, se justifica ensayar una aproximación al problema –si bien no es el propósito de este trabajo–, para lo que se hace especialmente necesario revisar los cuerpos legales que influenciaron el trabajo codificador liderado por Andrés Bello, así como las obras de los juristas que influyeron en él<sup>15</sup>, para –dada la inexistencia de actas oficiales– al menos aventurar una conjetura.

En relación con los códigos civiles extranjeros, Alejandro Guzmán comenta que los utilizados por Andrés Bello fueron los siguientes: el *Codex Maximilianeus Babaricus Civilis* (1756), el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794), el *ABGB* austríaco (1811), el *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* (1819), el *Code Civil* de la Luisiana (1825), el *Codice civile per gli stati di S.M. il re di Sardegna* (1837), el *Código Civil* holandés (1838) y el peruano (1852)<sup>16</sup>. Adicionalmente, tuvo marcada influencia el proyecto

---

<sup>14</sup> Utilizo la voz ‘fuente’ en sentido amplio, vale decir, en lo que sigue no se pretende identificar necesariamente una disposición específica de otro *Código Civil* o cuerpo de Derecho antiguo desde el cual la regla habría sido tomada, sino de identificar sus motivos o inspiración.

<sup>15</sup> Sin perjuicio de las prevenciones aquí ofrecidas, el estudio del perfil jurídico de Andrés Bello es imprescindible por el papel que conocidamente representó en la redacción del *Código Civil*. Sobre el resto de los comisionados, solo una investigación *ad-hoc* podría proporcionar luces sobre su influencia efectiva en el texto del *Código*, pues no existen publicaciones disponibles a consultar, al menos en relación con la accesión.

<sup>16</sup> GUZMÁN BRITO (1982), p. 423.

de *Código Civil* español de 1851 liderado por el jurista Florencio García Goyena<sup>17</sup>, sin perjuicio de que nunca fuera sancionado como ley<sup>18</sup>.

Para construir un listado general (es decir no exhaustivo), a lo anterior hay que agregar la importante influencia que tuvieron las Siete Partidas y el Digesto e Instituciones de Justiniano.<sup>19</sup> Sumado a esto, también hay que añadir, en materia de bienes, las obras de Pothier, Delvincourt, Rogron, Troplong, Duvergier, Touillier, Delangle y Durantón.<sup>20</sup>

De los cuerpos legales citados, tres códigos contemplan la hipótesis de construcción en suelo ajeno con conocimiento del dueño del terreno. El primero de ellos es el prusiano, que en su art. 332 disponía:

“Si el propietario del terreno, con conocimiento de la construcción del edificio, no se opone a su continuación, de manera de enviar una reclamación a quien edifica, deberá contentarse con una simple indemnización por el terreno”<sup>21</sup>.

El segundo de ellos, el *ABGB*<sup>22</sup> austríaco, en su art. 418 establecía:

“Si el dueño del terreno ha tenido conocimiento de la construcción y no ha inhibido inmediatamente al constructor de buena fe, sólo podrá exigir el precio común por el terreno”<sup>23</sup>.

Y finalmente, el *Código Civil* de Cerdeña, en su art. 463 disponía:

“Sin embargo, cuando la construcción de un edificio ingresa una parte suya en suelo del vecino, si existe buena fe del constructor

227

<sup>17</sup> GUZMÁN BRITO (1982), p. 423. Véase, además, el trabajo de LIRA URQUIETA (1956), p. 84 donde afirma que entre el *Código* chileno y el proyecto de Florencio García Goyena, en materia de accesión “no existen diferencias apreciables”. Sobre la influencia del proyecto de Florencio García Goyena en el *Código Civil* chileno: LASSO (1970), p. 294; LIRA URQUIETA (1961), pp. 11-12 y GUZMÁN (1982), p. 423.

<sup>18</sup> No obstante ese hecho, hay que destacar que el proyecto representó un papel trascendental en el proceso de codificación español. Véase BARÓ PAZOS (1992), p. 101. Según LACRUZ BERDEJO (1974), p. 293, un 65% de los arts. del *Código Civil* de 1888 tienen inmediata relación con el Proyecto de 1851.

<sup>19</sup> GUZMÁN BRITO (1982), pp. 414-415.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 424. De los autores citados, solamente las obras de Robert Pothier no tienen el carácter de un comentario del *Código Civil* francés.

<sup>21</sup> Traducción libre de la edición francesa: MINISTRE DE JUSTICE (1801). Esta regla es en sí misma muy interesante, dada su radicalidad en cuanto a los derechos del invasor, pero se aleja de la tradición romana, pues es inversa al principio *superficies solo cedit*: aquí es el edificio el que atrae al terreno. En este sentido HUEBNER (1918), p. 267.

<sup>22</sup> Que, a su vez, influenció el Proyecto de Florencio García Goyena. Cfr. RAMOS NÚÑEZ (2012), p. 293; GUZMÁN BRITO (2000), p. 427.

<sup>23</sup> Traducción libre desde la edición en inglés de WINIWARTER (1866).



y la construcción fue hecha a ciencia y sin oposición del propietario del suelo, podrá el edificio y el suelo ocupado ser declarado de propiedad de quien realizó la construcción, reembolsando al propietario del suelo el doble del valor del sitio ocupado, como también resarciendo los daños que pudieren causarse”<sup>24</sup>.

Como se observa, las dos últimas disposiciones otorgan relevancia sustantiva al conocimiento del dueño de la cosa principal (= terreno) para determinar el contenido de los derechos del mejorador de buena fe, otorgándole un derecho de compra compulsiva por el precio común del terreno, en el caso del *ABGB*, y a adquirirlo pagando el doble del valor de la extensión “invadida” del suelo, junto a los perjuicios que correspondan, bajo el *Código Civil* sardo<sup>25</sup>.

Por su parte, el proyecto de Florencio García Goyena, en su art. 407, disponía lo siguiente:

“Cuando haya habido mala fe, no solo por parte del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno, sino por parte del dueño, se entenderá compensada esta circunstancia y se arreglarán los derechos de uno y otro conforme á lo resuelto para el caso de haber procedido de buena fé. (Inciso primero) Se entiende haber mala fé por parte del dueño siempre que el edificio, siembra ó plantación se hiciera a vista, ciencia y paciencia del mismo sin oponerse”. (Inciso segundo) (sic).

228

Es interesante el comentario que ofrece Florencio García Goyena sobre este artículo en un libro publicado al año siguiente del proyecto mismo (1852):

<sup>24</sup> Traducción libre desde el original.

<sup>25</sup> Para los propósitos de esta exposición, es evidente que el único aspecto pertinente de la disposición sarda es que tematiza el conocimiento del dueño del terreno en el supuesto de construcción en suelo ajeno, pero es claro que la valoración normativa de dicho conocimiento difiere de la del *ABGB* y del proyecto español (y del chileno, naturalmente), ya que lejos de establecer una “sanción” al propietario, en términos del aumento de la envergadura del derecho compensatorio correlativo del constructor, pareciera cercano a premiarle, exigiendo el doble del valor de la cosa. El adagio *volenti non fit iniuria*, citado expresamente por Florencio García Goyena en el comentario del proyecto para la regla que se transcribe a continuación –siendo consistente, en este contexto, con lo dispuesto por el *ABGB*–, no tiene cabida alguna en la regla sarda: Incluso, se le reconoce derecho a perjuicios. Esta disposición fue recogida de manera literal en el *Código Civil* italiano de 1865, en su art. 452, que fue criticada por Biagio Brugi en términos similares: “No me parece bueno que el propietario pueda especular con su propia aquiescencia: tanto así que debiera estimarse como buena fe el convencimiento (del constructor) de que el propietario del suelo ha consentido la construcción” (paréntesis agregado) BRUGI (1918), p. 226.



“El dolo del uno se compensa con el dolo del otro; ninguno de los dos puede echárselo en cara; y en igualdad de circunstancias es siempre de peor condición el que aspira á enriquecerse con daño de otro”<sup>26</sup>.

Concluye su comentario expresando que “al que sabe y consiente no se le hace injuria”<sup>27</sup>. Si bien apoya sus dichos en las *Siete Partidas* y algunos pasajes del *Digesto* de Justiniano, lo cierto es que la disposición misma es innovadora y un contenido equivalente no está recogido en ninguna de esas compilaciones<sup>28</sup>. ¿Habría tomado Andrés Bello o alguno de los miembros de la Comisión Revisora derechamente el comentario de Florencio García Goyena para definir los derechos del constructor en el inc. segundo del art. 669?

Por una parte, es notoria la existencia de una gran similitud entre estas disposiciones (chilena y española). Ambas utilizan la expresión “a ciencia y paciencia” para referirse al conocimiento del dueño del terreno de la actividad del constructor. Asimismo, debe considerarse que la disposición chilena no discrimina entre la buena o mala fe del constructor, por lo que podría decirse que es perfectamente consistente con la justificación que Florencio García Goyena ofrece para la regla de su proyecto: “En igualdad de circunstancias es siempre de peor condición el que aspira a enriquecerse con daño a otro”. No obstante, hay una objeción evidente: esa justificación se plantea como el comentario de una disposición más equilibrada que la del *Código Civil* chileno (el art. 407 del proyecto de *Código Civil* español), que dispone que en presencia de mala fe de ambos intervinientes, se entiende que el constructor está de buena fe para efectos de determinar la envergadura de su pretensión compensatoria, vinculándola a las reglas sobre prestaciones mutuas y, por lo tanto, a un criterio de utilidad económica de la mejora. Nuestro *Código*, en cambio, establece (de acuerdo con esta lectura) que la mala fe del constructor es irrelevante y, por ende, tiene derecho a una compensación completa, sin

229

<sup>26</sup> GARCÍA GOYENA (1852), p. 363.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Florencio García Goyena cita los siguientes preceptos: Regla 23, título 34, *Partida* 7; D.4.3.36, D.44.4.5.2, D.50.17.154, D.50.17.33, D.50.17.74, D.50.17.90, D.50.17.145. Debe aclararse que en D.44.4.5.2 lo que se contiene es una hipótesis de fraude, lo que supone una relación entre las partes distinto al que se establece en las reglas de accesión. En dicho pasaje Paulo comenta: “Si á alguien le doné una cosa, y no se la entregare, y aquel, á quien se la doné sin haberte entregado la posesión hubiere edificado en este lugar sabiéndolo yo, y cuando él hubiere edificado adquiriera yo la posesión, y me pidiera la cosa donada, y yo opusiera la excepción de que la donación fue hecha excediendo de la cuantía legal, se ha de oponer la réplica de dolo? Porque obré con dolo consintiendo que él edificara, y no reintegrando los gastos (sic)”. GARCÍA DEL CORRAL (1897).

sujeción a los criterios funcionales propios de las reglas sobre prestaciones mutuas: ya sea que lo que se construye es un palacio de mármol en una zona aislada o un edificio de bodegas en una zona industrial, el invasor tiene derecho a compensación por el valor total si el dueño del terreno tenía conocimiento de su actividad.

Por último, debe considerarse que, si bien en el Proyecto de 1853 no se contemplaba la hipótesis de construcción en suelo ajeno con conocimiento del dueño del terreno, sí existía una regla que hacía determinante el conocimiento del dueño de las cosas para todo el resto de los supuestos de accesión (de muebles a muebles), el art. 802, que disponía lo siguiente:

“Las reglas de los artículos precedentes suponen que por una parte no se ha tenido conocimiento del hecho, i por la otra se ha procedido de buena fe. (Inciso primero). El que ha procedido de mala fe, perderá lo suyo, i además quedará sujeto a la acción criminal a que haya lugar”. (Inciso segundo) (sic).

230

Es decir, en el Proyecto de 1853, en todas las hipótesis de accesión el conocimiento del dueño de la cosa unida a otra (por un tercero) era relevante<sup>29</sup>, salvo en el caso de construcción en suelo ajeno (art. 805). A este respecto, como se dijo, el régimen era equivalente al del *Code* francés. Lo que hizo el proyecto inédito fue, en mi opinión, hacer más coherente el sistema de reglas sobre accesión, pues no se advierte razón para discriminar entre accesiones de muebles a muebles o de muebles a inmuebles para efectos de otorgarle peso normativo al conocimiento del dueño de los bienes respecto de la actividad del tercero que los utiliza o intenta aprovecharse de estos para efectos de determinar la envergadura de la pretensión compensatoria correlativa<sup>30</sup>.

En conclusión, de la breve revisión de los autores, códigos y compilaciones referidos, la única certeza con que contamos es que para la inclusión del conocimiento del dueño del terreno en la hipótesis de construcción en suelo ajeno en nuestro *Código Civil*, los comisionados pudieron inspirarse o, bien, en el *ABGB* o, bien, en el proyecto de Florencio García Goyena, pero sin lugar a dudas estableciendo una disposición por completo innovadora en cuanto a los derechos del constructor, que difería de la otorgada por

<sup>29</sup> En esto, el *Código Civil* francés es idéntico, pues considera el conocimiento del dueño de las cosas unidas a otros como determinante para zanjar el conflicto de intereses que la accesión entre bienes muebles suscita. Véanse los arts. 568, 576, 577 de dicho *Código*.

<sup>30</sup> En una nota manuscrita al margen del art. 658 del Proyecto Inédito, en el ejemplar de Gabriel Ocampo, se lee: “Este principio domina toda la materia de la accesión por adjunción, especificación y mezcla. Qui prohibet potest et non prohibet consentire videtur. Vide art. 666”. En el *Código Civil* de 1855 dicho artículo se contiene en el 666.

ambos códigos. Por último, si se compara el inc. segundo del art. 669 del *Código Civil* chileno con el artículo 332 del *Código Civil* prusiano, se observa que ambos concentran todo su peso normativo en el conocimiento del dueño del terreno –siendo irrelevante la buena o mala fe del constructor–, para efectos de determinar el derecho del invasor. En el caso del *Código* chileno, el dueño del terreno debe tolerar el edificio compensando la totalidad de su valor, rigiendo –en lo referente al principio de accesión para efectos de la adquisición/pérdida de la propiedad– la regla romana: *superficies solo cedit*. El *Código* prusiano, en cambio, invirtiendo el principio romano referido, dispone que la tolerancia del propietario del terreno implica la pérdida de la propiedad del mismo, solamente teniendo derecho a la indemnización por su valor, como ocurre en general en las accesiones de bienes muebles a muebles en los códigos decimonónicos (si el dueño de los materiales tiene conocimiento de la unión que un tercero hace de estos con otra cosa mueble, solo tiene derecho a una compensación por su valor, extinguiéndose su propiedad sobre los mismos)<sup>31</sup>.

## II. ACCESIÓN COMO EXPROPIACIÓN

En el Derecho Civil moderno, la accesión fue entendida por algunos códigos decimonónicos de influencia romana como un modo de adquirir el dominio<sup>32</sup>. En el caso del *Código Civil* chileno, esto se recoge en el art. 643, que dispone:

231

“La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles”.

Con seguridad, puede decirse que las hipótesis de accesión por unión operan, en ausencia de un contrato entre las partes<sup>33</sup>, cuando una cosa cor-

<sup>31</sup> En el caso chileno, esto está recogido en el art. 666: “El que haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacía por otra persona, se presumirá haberlo consentido y sólo tendrá derecho a su valor”.

<sup>32</sup> Pero también como una simple facultad o extensión del dominio, como ha sido entendido, por ejemplo, en el *Código* francés, austríaco y portugués de 1867. Véase CASTÁN TOBEÑAS (1978), p. 310. También se ha afirmado que: “La inclusión del derecho de accesión en la lista de atributos del titular de un derecho de propiedad facilita la descripción completa del concepto civil (continental) de propiedad” (paréntesis agregado) BROCHU (2008), p. 127 Para una revisión exhaustiva de la evolución histórica de la accesión como modo de adquirir el dominio véase LEITAO (2007).

<sup>33</sup> ALESSANDRI *et al.* (2005), p. 182, para el tipo de accesión que nos interesa, es decir, de bienes muebles a inmuebles.

poral se junta a otra de modo permanente, pasando a ser parte integrante de ella. Al igual que en el Derecho Romano, esto supone la existencia de una cosa accesoria que se subordina a otra, considerada como principal. En casos de *inaedificatio*, el suelo siempre es considerado como la cosa principal<sup>34</sup>, es decir, *superficies solo cedit*. La doctrina ha entendido que el ordenamiento jurídico, para evitar una separación en exceso costosa (en el sentido de ineficiente), asigna al propietario de la cosa principal *ex lege* la de la cosa accesoria, estableciendo un deber de compensación en beneficio de quien sufre la expropiación<sup>35</sup>. La *ratio legis* de las reglas que regulan la accesión de bienes muebles a inmuebles se encuentra en la preservación del valor creado por la unión de ambas cosas (principal y accesoria)<sup>36</sup> y la protección de terceros<sup>37</sup> (en la forma de certeza jurídica)<sup>38</sup>. Como se observa, la accesión no obedece a un criterio estrictamente jurídico para asignar los derechos de propiedad con ocasión del fenómeno de unión de cosas, ya que después de todo, en principio, ambos derechos de propiedad merecen el mismo reconocimiento (en tanto derechos de propiedad)<sup>39</sup>. Una solución de ese tipo (es decir, más apegada a los principios jurídicos) es la que defendió Hugo Grocio, quien, contrariando al Derecho Romano y autores medievales, planteó que de acuerdo con el Derecho Natural, entre el dueño de la cosa accesoria y la principal debía existir una comunidad sobre la propiedad de la cosa compuesta por ambas<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Una explicación frecuente en la doctrina es que el terreno es casi indestructible y, por ello, se le considera como algo permanente. En este sentido: VAN VLIET (2002), p. 67; VAN ERP y AKKERMANS (2012), p. 618. Para una crítica a la consideración del terreno como la cosa principal, y la consecuente protección irrestricta de los propietarios de estos, véase GARRIDO DE PALMA (1969).

<sup>35</sup> GAMBARO (1995), p. 758; BOULY (2014), p. 114.

<sup>36</sup> En el Derecho Romano, desde temprana época, al dueño de los materiales incorporados en un edificio construido en terreno ajeno no le era permitido ejercer la *actio ad exhibendum* para pedir la separación y su posterior reivindicación de los mismos, en virtud de un precepto contenido en la Ley de las XII Tablas: “*Tignum iunctum ædibus vineave [et concapit] ne solvito*” que no permitía la remoción de las vigas de un edificio por razones de política urbanística: *ne urbs ruinis deformetur* (“Para que la ciudad no se deforme por las ruinas”). Véase GUZMÁN BRITO (1996), p. 560 y VOCI (1952), p. 256. Constatando lo anterior véase ATRIA (2004), p. 24, con ulteriores referencias.

<sup>37</sup> VAN VLIET (2002), pp. 69-71; VAN ERP y AKKERMANS (2012), p. 618.

<sup>38</sup> MILO (2006), p. 593; Massimo Bianca, en cambio, entiende que el fundamento de la accesión está dado por “el principio de atracción de la cosa principal” BIANCA (1999), p. 350.

<sup>39</sup> Comentando un caso en que alguien construye una casa con piedras de propiedad ajena, Rudolf von Ihering observa: “Si tuviéramos que llevar adelante la idea de propiedad hasta sus últimas consecuencias, la estructura completa tendría que ser destruída para retirar las piedras”. VON IHERING (1913), p. 390.

<sup>40</sup> GROTIUS (2005) en el caso de *inaedificatio*, véase el párrafo XXII, capítulo VIII, libro II, p. 659.

Es un hecho fascinante –en el contexto de la historia de esta institución– el que Jean Étienne-Marie Portalis rechazara expresamente la posición de Hugo Grocio al momento de discutir la regulación de la construcción en suelo ajeno en el *Code*:

“La imposición forzada de una sociedad entre ambos sujetos haría imposible la igualdad de las partes interesadas en la asignación de los beneficios de dicha sociedad”<sup>41</sup>.

Advirtiendo, además, el peligro que envolvía someter de ese modo a la propiedad inmobiliaria en contra de la voluntad de su propietario, apelando a que no existían motivos razonables para ello. Llevar a cabo la idea de Grocio implicaría, de acuerdo con Portalis, “imponer al propietario del fundo una servidumbre insólita y contraria al derecho natural y al derecho civil”<sup>42</sup>.

Junto al *Code*<sup>43</sup>, el principio romano *superficies solo cedit* imperó en todos los códigos civiles decimonónicos para los casos de *inaedificatio*<sup>44</sup>. Empero, distanciándose de esa tradición, la idea de *dominium dormiens* respecto de los materiales (considerados separadamente respecto del edificio que integran) desapareció<sup>45</sup>. En consecuencia, el dueño del terreno ahora se hace dueño de las cosas muebles que se incorporan en él mediante la construcción de un edificio de manera definitiva: aunque el edificio se derrumbe, tendrá el dominio de las cosas accesorias (= materiales). Junto a ello, desapareció la célebre *actio de tigno iuncto*<sup>46</sup>, que obligaba al constructor a pagar el doble del valor de los materiales.

233

<sup>41</sup> FENET (1827), p. 126.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Según el mismo Jean Étienne-Marie Portalis, el *Code* sigue directamente al Derecho Romano en cuanto a la regla *superficies solo cedit*, como consta en las actas. FENET (1827), p. 126.

<sup>44</sup> Esto es consistente con que algunos sistemas jurídicos reconozcan el Derecho Real de superficie (que disocia la propiedad del terreno y del edificio), pues este es establecido convencionalmente, como se verá más adelante. El listado de códigos vigentes –promulgados en el siglo XIX o no– (que aquí se han considerado relevantes de comparación) que reconocen la regla *superficies solo cedit* es la siguiente: *Código Civil* francés (art. 555), *Código Civil* alemán (art. 946), *Código Civil* italiano (art. 934), *Código Civil* suizo (art. 671), *Código Civil* portugués (art. 1339), *Código Civil* español (art. 358), *Código Civil* austríaco (art. 417).

<sup>45</sup> Para un acabado estudio sobre cómo operaba esta idea en el Derecho Romano véase RATTI (1930).

<sup>46</sup> Con la notable excepción del *Código Civil* peruano de 1852, famoso por su tradicionalismo, que la contenía en su art. 508, aunque con requisitos propios del Derecho Moderno: exigía expresamente conocimiento del constructor sobre hecho que las cosas muebles eran ajenas.

## II.1 *Accesión automática y accesión condicionada*

Constatado lo anterior, cabe preguntarse por la verdadera naturaleza jurídica de la accesión en el Derecho Civil moderno, al menos en los supuestos de *inaedificatio*. ¿Se comporta la accesión como un auténtico modo de adquirir el dominio?

Al menos desde el siglo XIX (lo que coincide con el surgimiento de la gran mayoría de los códigos civiles), diversos autores han defendido la tesis consistente en que la accesión no es un modo de adquirir el dominio, sino un modo de pérdida de la propiedad, por cuanto la cosa accesoria que se incorpora a otra (principal), pierde su individualidad jurídica, no siendo, por lo tanto, susceptible de propiedad separada<sup>47</sup>. Por lo tanto, sostienen estos autores, se concluye que lo que una persona pierde y otra (supuestamente) adquiere no es la misma: simplemente se recibiría un “aumento” o mejora en la cosa principal<sup>48</sup>.

Esta discusión es de vital importancia para resolver uno de los problemas vinculados a la construcción en suelo ajeno: el momento de la “adquisición” del dominio del edificio (o materiales). Sostendré que la denominada teoría de la “accesión automática”, que plantea que la adquisición/pérdida de la propiedad de los materiales se verifica al momento de la incorporación de estos en el suelo, es la solución correcta, y que supone, en rigor, entender la accesión como un modo de pérdida o extinción de la propiedad. La posición contraria –predominante en Chile y España– es la denominada “accesión condicionada”, que afirma que la accesión produce el efecto de *atribución* del dominio de los materiales solo cuando el dueño del terreno paga las indemnizaciones que la ley establece a favor del (antiguo) propietario de estos.

La concepción automática de la accesión supone entenderla, como se dijo, como un modo de pérdida de la propiedad. Considérese la opinión que en Francia defiende Louis Josserand, quien plantea que por el hecho de la incorporación de los materiales en el inmueble se gatilla una “expropiación instantánea”, al ser los materiales, en tanto *cosas*, absorbidos por el inmueble. La consecuencia de ello, expresa este autor, es que la accesión no opera como un modo de adquirir el dominio<sup>49</sup>. En una influyente obra, Gilles Goubeaux adhiere a la *automaticidad* de la accesión

<sup>47</sup> Tesis que es fiel a la tradición romana. Los efectos de la regla *superficies solo cedit* en el Derecho Romano, observa Pietro Bonfante, son bastante claros: el suelo y lo que se construye sobre él no son susceptibles de propiedad separada. BONFANTE (1928), p. 87.

<sup>48</sup> DEMOLOMBE (1866), pp. 144-145; MARCADÉ (1873), p. 419; WINDSCHEID (1930), p. 692; JOSSERAND (1938), p. 919; RIPERT y BOULANGER (1987), p. 158. Un prolijo resumen de estas ideas puede encontrarse en PLISECKA (2006).

<sup>49</sup> JOSSERAND (1938), p. 919.

apelando principalmente al fundamento económico subyacente al art. 555 del *Código Civil* francés<sup>50</sup>, agregando que dicha disposición

“no confiere al propietario la elección o no de adquirir la propiedad por accesión, sino un derecho personal a que la construcción sea demolida”<sup>51</sup>.

Dadas las características del *Código Civil* alemán, no existe controversia dogmática sobre la automaticidad de la accesión en dicho sistema jurídico: el *Código* la recoge de manera expresa. Sin perjuicio de esto, es ilustrativo revisar someramente el modo en que los autores describen los efectos jurídicos de la accesión. Ludwig Enneccerus explica el fenómeno de la siguiente manera:

“El desplazamiento de la propiedad tiene lugar en el momento de la unión. Es indiferente quién lleva a efecto la unión, si el propietario del inmueble, el de la cosa mueble o un tercero, si ocurrió sin la mano del hombre, por fuerzas naturales; es indiferente si se hizo con intención o sin ella, de buena o de mala fe: incluso el ladrón que utilice en la construcción de su casa la viga robada, se convierte en propietario de ésta”<sup>52</sup>.

Y agrega:

“El desplazamiento de la propiedad sobrevive a la unión. Si ésta se deshace, la propiedad sobre la cosa mueble [...] no revierte *ipso facto* al propietario anterior”<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> GOUBEAUX (1969), pp. 278-279, aunque debe notarse que el art. 555 no es el mejor ejemplo de eficiencia, toda vez que permite la demolición del edificio, a costa del constructor.

<sup>51</sup> *Op. cit.*, p. 279 Esta facultad de elección, según el autor, supone el hecho de ser dueño de la obra desde que esta se incorpora en su inmueble.

<sup>52</sup> ENNECCERUS *et al.* (1971), p. 479. Constatando el efecto automático de la accesión en este contexto véase SCHUSTER (1907), p. 400; LOEWENWARTER (1943), p. 425; KOHLER (1996), pp. 237-238.

<sup>53</sup> ENNECCERUS *et al.* (1971) Esta observación, aplicable tanto al *Código* alemán, francés, italiano, español y chileno, es de la mayor importancia y permite rechazar lo sostenido por William Dross en orden a que la teoría de la accesión automática supone considerar la accesión no como una regla de derecho sino como un “simple fenómeno natural” DROSS (2000), p. 195. De ser correcta la tesis del académico francés, si la unión de las cosas cesa, la propiedad debiera cesar también, cuestión que no ocurre en el Derecho Civil Moderno, que abandona, como se ha dicho, la figura de *dominium dormiens* respecto de los materiales (individualmente considerados): no regresan al patrimonio de su antiguo propietario si el edificio se derrumba.



Como observa Harry Westermann, el art. 93 del *Código Civil* alemán: “Excluye que las partes esenciales de una cosa sean objeto de derechos independientes, y, con ello, la cosa unitaria fuerza a una unidad jurídica. La finalidad es mantener la unidad económica, lo más posible, y excluir las dificultades que podrían derivarse de una atribución diferenciada de las distintas partes esenciales”<sup>54</sup>.

En Italia, Antonio Gambaro plantea que la accesión es automática, pues:

“el pago (de las compensaciones) no integra un elemento constitutivo del supuesto de hecho de la adquisición, sino que agota sus efectos en el ámbito de la compensación debida en caso de enriquecimiento sin causa”<sup>55</sup>.

Según este autor, ello explica de mejor manera por qué estas reglas (sobre accesión) se aplican en ausencia de contrato entre las partes sobre la materia<sup>56</sup>. Francesco de Martino es de similar opinión, planteando que la adquisición del dominio de lo accesorio tiene lugar tan pronto se verifica la incorporación<sup>57</sup>.

236

Ante todo, estas posturas comparten la idea de que, en los casos de accesión, la cosa accesorio pierde su individualidad jurídica por su incorporación física en la principal, lo que conlleva la extinción del derecho de propiedad que recae sobre esta<sup>58</sup>. Empero, debe destacarse una excepción: es evidente que en relación con los materiales que el constructor tiene derecho a retirar, en virtud del *ius tollendi* que reconoce la generalidad de los códigos, no existe pérdida automática de propiedad por accesión<sup>59</sup>. En el *Código Civil* chileno, como se expuso en la anterior nota al pie, para determinar el tipo de mejoras que el constructor puede llevarse depen-

<sup>54</sup> WESTERMANN *et al.* (1998), p. 711.

<sup>55</sup> GAMBARO (1995), p. 766.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> DE MARTINO (1954), p. 415; En el mismo sentido MESSINEO (1946), p. 74; PARADISO (1994), p. 77; MONTEL (1957), p. 134; BRANCA (1958), p. 266.

<sup>58</sup> PUGLIATTI (1962), p. 194.

<sup>59</sup> En el caso del poseedor de mala fe, respecto de las mejoras útiles el inc. segundo del art. 910 del *Código Civil* chileno dispone: “Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados”. Adicionalmente, el inc. primero del art. 911 dispone: “En cuanto a las mejoras voluptuarias, el propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe, que solo tendrán con respecto a ellas el derecho que por el artículo precedente se concede al poseedor de mala fe respecto de las mejoras útiles”.

den de su buena o mala fe, en cuanto a su valoración económica. Pero el criterio decisivo es el que establece el art. 912:

“Se entenderá que la separación de los materiales, permitida por los artículos precedentes, es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiere reponerla inmediatamente en su estado anterior, y se allanare a ello”.

A lo anterior debe agregarse que en Chile no se encuentra reconocido el derecho real de superficie<sup>60</sup>, que permite disociar de forma jurídica el inmueble, estableciendo la propiedad separada del terreno, por una parte, y la del edificio construido sobre él, por el otra. Con todo, el Derecho Real de Superficie no constituiría una excepción a la accesión automática propiamente tal, ya que dicho Derecho se establece convencionalmente<sup>61</sup>, y como se dijo más atrás, las hipótesis de construcción en suelo ajeno que los códigos incluido el chileno) regulan, suponen ausencia de vínculo contractual.

En la doctrina chilena, la discusión sobre el momento de la adquisición del dominio de los materiales se ha focalizado en el art. 669 (construcción en suelo ajeno con materiales propios), pues el art. 668 dispone expresamente: “el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción”. El art. 669, en cambio, dispone en su inc. primero que el dueño del terreno “tendrá el derecho de hacer suyo el edificio” (pagando las indemnizaciones correspondientes). Del mismo modo, el inc. segundo de dicha disposición establece que, si el dueño del terreno tiene conocimiento de la actividad del constructor “será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera”.

Entre nosotros, la defensa de la concepción automática de la accesión constituye la posición minoritaria. Luis Claro Solar pareció defenderla:

“Sea, pues, que la persona que edifica en terreno ajeno proceda de buena fe [...] o de mala fe [...] pierde el dominio de los materiales,

<sup>60</sup> PEÑAILILLO (2013), p. 146, estima que sería conveniente acogerlo en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual se requeriría una ley especial, dado que nuestro sistema está adscrito al régimen de derechos reales con reserva legal. Por su parte, Alejandro Borzutzky planteaba que el sistema jurídico chileno obedece a la forma *numerus apertus*, por lo que sería perfectamente válido que los particulares lo crearan convencionalmente. BORZUTZKY (1972), p. 195.

<sup>61</sup> BERGEL *et al.* (2010), p. 331 y ss.; Alejandro Borzutzky agrega que también sería posible constituirlo mediante un acto de última voluntad: que mediante un testamento se instituya un legado *ad hoc*. BORZUTZKY (1972), p. 149.

y sólo tiene derecho a las indemnizaciones que le corresponden según la calidad de su posesión, porque el edificio en que sus materiales han sido incorporados cede al suelo y lo adquiere el dueño de éste en el todo y en cada una de sus partes”<sup>62</sup>.

Largas décadas después fue sostenida por Fernando Atria<sup>63</sup>, quien alude a la finalidad de la regla *superficies solo cedit* que subyace al art. 669 (negar la reivindicación de los bienes muebles incorporados por razones de política urbanística)<sup>64</sup> y al hecho de que los edificios son bienes inmuebles por adherencia<sup>65</sup>. En consecuencia, afirma, el dueño del terreno adquiere el dominio del edificio por accesión<sup>66</sup>. Posteriormente, María de los Ángeles Soza haría un planteamiento similar, agregando que las indemnizaciones previstas en el art. 669 no tienen por objetivo que el dueño del terreno se haga dueño del edificio (por cuanto desde que este se construye, ya lo es por accesión), sino como una exigencia de las reglas sobre prestaciones mutuas<sup>67</sup>.

238

Por el contrario, hay quienes postulan que la accesión, en la hipótesis de construcción en suelo ajeno, no se comporta como un modo de adquirir el dominio por el solo hecho de la incorporación, pues ese efecto (= la adquisición de la propiedad de los muebles incorporados en el terreno) está condicionado al pago de las indemnizaciones que la ley establece. Es decir, mientras ese pago no se realice, el constructor es dueño del edificio. Esta tesis fue defendida en Chile por primera vez por René Ramos Pazos<sup>68</sup>, quien señala:

“[...] se trata de una accesión en que la ley exige un requisito adicional, que es el pago de la construcción. Con el pago se consuma la accesión”<sup>69</sup>.

Adicionalmente, este autor describe los efectos jurídicos que la solución que defiende implican:

---

<sup>62</sup> CLARO SOLAR (1979), p. 232.

<sup>63</sup> ATRIA (2004), pp. 26-27.

<sup>64</sup> “Las consideraciones de política urbanística mencionadas más arriba se cumplen sólo si el dueño de los muebles lo pierde de pleno derecho por el solo hecho de incorporarse éstos a un inmueble por adherencia”. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> SOZA (2010), p. 176.

<sup>68</sup> RAMOS PAZOS (1985), p. 144.

<sup>69</sup> *Op. cit.*, p. 145 El mismo René Ramos aclara que está refiriéndose a ambos incisos del art. 669.

“De lo anterior fluye que hasta el momento del pago, la edificación puede ser embargada por los acreedores de quien hizo la construcción. Fluye también, que si los acreedores del dueño del suelo embargan el bien raíz, el edificador podrá plantear, respecto de la construcción, la correspondiente tercería de dominio. Otra consecuencia del mismo principio es que si el edificador es dueño de la construcción, tiene respecto de ella todos los atributos del dominio. Podrá, en consecuencia, usar la construcción si está en su poder, gozar y disponer de ella; podrá venderla, enajenarla, constituir a su respecto cualquier derecho real que proceda, considerando su condición de cosa mueble; podrá darla en arriendo, etc. Claro está que no puede olvidarse que su dominio es resoluble, de tal suerte que el mismo carácter tendrán las enajenaciones o gravámenes que constituya”<sup>70</sup>.

Posteriormente Ramón Domínguez Águila plantearía una posición similar, con ocasión del comentario de un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción<sup>71</sup>, donde se resolvió sobre la base de la concepción automática de la accesión<sup>72</sup>. Critica el fallo, el que se habría fundamentado aludiendo al Derecho Civil francés y autores como Gilles Goubeaux, por que según él:

“[...] tal no fue el sistema seguido por nuestro art. 669. Aunque en el Proyecto de 1853 (art. 805) la regla era diversa y la nota de Bello cita al art. 555 del C. francés, es un hecho que la disposición del artículo definitivo fue tomada, sin duda alguna, del art. 404 del Proyecto español de 1851 y de los comentarios que le hizo García Goyena”<sup>73</sup>.

Merece la pena reproducir el pasaje en que este autor cita a Florencio García Goyena: “Comentándolo, García Goyena decía que ‘es diferente al

<sup>70</sup> RAMOS PAZOS (1985), p. 147. La posición y el razonamiento de René Ramos es la tesis que actualmente sostiene la Corte Suprema. El pasaje transcrito del art de René Ramos ha sido reproducido completo en fallos recientes. Véase Lizama con Salgado y otros (2015): Corte Suprema, 16 de diciembre de 2015, rol 7685-2015 (casación en el fondo) y Rojas con Díaz (2016): Corte Suprema, 2 de junio de 2016, rol 37023-2015 (casación en el fondo).

<sup>71</sup> Cuyo objetivo era un juicio de precario. La fecha del fallo es 23 de julio de 1996, lamentablemente no se individualiza el rol.

<sup>72</sup> Pues la Corte entendió que el dueño del suelo se hace dueño de la construcción por el hecho de la incorporación, según DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1995), p. 189.

<sup>73</sup> *Op. cit.*, p. 190. El art. 404 de dicho proyecto disponía: “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 prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, o de obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta”.

art. 555 francés, y mucho más sencillo y equitativo’<sup>74</sup>. Como se observa, Ramón Domínguez asume que Florencio García Goyena describió esa diferenciación respecto al art. 555 del *Código* francés en relación con los efectos de la accesión como modo de adquirir el dominio: incondicionados respecto del pago de impensas en el francés, y condicionados en el caso del proyecto de *Código* español de 1851. Esto no es efectivo. Si se observa el comentario completo que Florencio García Goyena ofrece en su obra, la diferencia identificada respecto del *Código* francés es en relación con el tratamiento que se le da al constructor de buena fe, para efectos de determinar la envergadura de su pretensión compensatoria. El art. 555 del *Code* es notoriamente más severo en relación con ese supuesto que el art. 407 del proyecto español de 1851.

El artículo 555 del *Código* francés original (es decir, previo a la reforma introducida por la ley 60-464 del 17 de mayo de 1960) disponía lo siguiente:

“Cuando las plantaciones, fábricas y obras se han hecho por un tercero, pero con materiales suyos, el propietario del suelo tiene acción para retenerlas o para obligar al tercero a que las quite de allí.

Si el dueño del terreno pide la destrucción de los plantíos u obras, se hará a expensas del que las hizo, sin que tenga derecho a indemnización alguna: también se le puede condenar al resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda haber causado al propietario del suelo. Si el propietario prefiriese conservar esos plantíos y fábricas deberá reembolsar el valor de los materiales y el de la mano de obra, sin consideración al mayor o menor valor que haya podido recibir la finca; sin embargo, si los plantíos, fábricas y obras se han hecho por un tercero que ha sido vencido en demanda de evicción, pero que no hubiese sido condenado a la restitución de frutos, no podrá el propietario, atendiendo a la buena fe de aquel, pedir la destrucción de dichas obras, plantíos o fábricas, pero tendrá la elección o de reembolsar el valor de los materiales y jornales o pagar una suma igual al mayor valor que la finca haya adquirido”<sup>75</sup>.

El comentario completo de Florencio García Goyena sobre el art. 404 del Proyecto español de 1851 fue el siguiente:

“Es diferente del 555 Francés, y mucho más sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título

<sup>74</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1995), p. 191.

<sup>75</sup> He utilizado la siguiente traducción: LABORDA y GALINDO (1850).

28, Partida 3, que niegan toda repetición al que edificó ó plantó de mala fe en suelo ajeno y la conceden al que lo hizo de buena. El artículo adopta esta diferencia capital y equitativa, desembarazándola de las distintas distinciones injustificables de si el dueño del terreno es ó no muy pobre, si el que edificó ó plantó está ó no en posesión, si han de abonarse los frutos percibidos entretanto; distinciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento en lo principal.

¿Por qué han de abonarse en este caso los frutos percibidos con buena fe, no abonándose en ningún otro? El accidente de poseer ó no el edificante ó plantante, de ser rico ó pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia en el fondo?

El artículo descansa en la regla de derecho civil ó principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fe; y la elección que en él se da al dueño del terreno salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401. *Prévia la indemnización: pretium materiae et mercedes fabrorum*, dice el párrafo 30 citado: ‘Todas las despensas que ovriere fecho de nuevo en la cosa’, la ley 41 de Partida (sic)<sup>76</sup>.

Como resulta evidente, Florencio García Goyena no tematiza en lo absoluto la cuestión relativa a los efectos de la accesión como modo de adquirir el dominio (condicionada al pago o automática, en virtud del hecho de la incorporación de los materiales) y sí, en cambio, lo relacionado a los derechos restitutorios asociados al supuesto de hecho descrito (construcción en suelo ajeno), problema que es independiente del modo en que se comporta la pérdida y adquisición del dominio: de manera automática o condicionada. La manifiesta ausencia de un planteamiento, siquiera sutilmente esbozado por parte de Florencio García Goyena, debilita, entonces, la tesis de la condicionalidad de la accesión defendida por Ramón Domínguez a partir de la supuesta historia fidedigna del establecimiento de la regla, pues el autor se limita a destacar la opinión (descontextualizada) de Florencio García Goyena, en cuanto a que el art. 404 del proyecto sería *distinto* al art. 555 del *Code*, pero omite toda referencia a la argumentación que justifica el uso de ese calificativo, como se pudo apreciar. Finalmente, Ramón Domínguez cita doctrina española que defiende la tesis condicionada de la accesión. En verdad, no puede hablarse de un “sistema español” en materia de accesión incondicionada (como señala Ramón Domínguez), sino de opiniones que se basan en la literalidad del artículo pertinente

<sup>76</sup> GARCÍA GOYENA (1852), pp. 361-362.

del *Código Civil* para justificar su posición. Considérese lo dispuesto en el art. 361 del *Código Civil* español, que reza:

“El dueño del terreno en que se edificar, sembrar o plantar 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”.

Los autores españoles que defienden la concepción condicionada de la accesión en este supuesto de hecho, justifican su posición de un modo evidentemente exegético<sup>77</sup>.

Ramón Domínguez sigue a la doctrina española a este respecto, haciendo suyas, de este modo, sus inconsistencias, porque llega al extremo de sostener que el *Código* chileno adopta la teoría automática (en el caso del art. 668) y la condicional (en el caso del art. 669) de la accesión mueble a inmueble. Ello porque el art. 668 “dice que el dueño del suelo ‘se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción’” y el art. 669 dispone que “tendrá derecho a hacer suyo el edificio”. Concluye:

“Hay pues una diferencia notable entre ambos artículos, porque mientras el primero confiere el dominio en forma automática por la sola incorporación, el segundo, en las dos hipótesis que trata,

<sup>77</sup> DÍEZ-PICAZO (1966), p. 851: “La adquisición de la propiedad de la obra por el dueño del suelo en la mecánica del artículo 361 no parece automática e inmediata, pues el precepto habla, como sabemos de un ‘derecho a hacer suya la obra’”; CARRASCO (1986), p. 223, afirma que la adquisición del edificio es un derecho doblemente condicionado: “Se trata de ‘un derecho a hacer suya’ la construcción” y sujeta “al abono de la indemnización prevista por los arts. 453 y 354”; LACRUZ BERDEJO (2008), p. 137: “La ley [...] ofrece al dueño una alternativa, a la que debe someterse el incorporante, entre *hacer suya* la obra (luego no lo era hasta entonces) indemnizando, o bien ceder el terreno recibiendo el precio” (cursiva y paréntesis original); Una posición más elaborada de la “accesión” condicionada puede verse en DE ALBA (2004), p. 117, quien derechamente expresa que para el supuesto de construcción en suelo ajeno no opera la accesión propiamente tal. Con todo, el *output* de su argumentación es equivalente al de los autores citados, en cuanto a la posibilidad de la disociación jurídica del inmueble mientras no se paguen las indemnizaciones a favor del constructor. En Chile, Christian Acuña justifica la disociación jurídica del inmueble en términos equivalente al de los autores citados al comienzo de esta nota, afirmando: “Sostener el criterio contrario es desconocer el tenor de lo dispuesto en el artículo 669 que dispone que el dueño del suelo puede hacer suyo lo edificado mediante el pago de indemnizaciones. En efecto, si a esa fecha lo edificado o plantado no pertenece al dueño del suelo, solo puede pertenecer a quien lo construyó o plantó”. ACUÑA (2000), pp. 133-134.



sólo atribuye el dominio de la edificación luego del pago de un precio”<sup>78</sup>.

Frente a Ramón Domínguez, conviene recordar lo sostenido por Guillermo Cerdeira en el contexto del *Código Civil* español:

“¿Qué razón, amén de la literal, conduce a una interpretación aislada y opuesta a la del resto del sistema legal? No parece que sea esa suficiente razón como para interpretar de contraria forma un mismo fenómeno adquisitivo –el de la accesión– cuando el fundamento elemental es idéntico –el del artículo 358 CC con su máxima *superficies solo cedit*–”<sup>79</sup>.

También merece la pena reproducir la opinión Ángel Sanz, contenida en una célebre ponencia<sup>80</sup>. Quien rechaza que el efecto de adquisición de la propiedad derivado de la accesión esté condicionado al pago de la compensación correspondiente, por ser contraria a la naturaleza jurídica de la accesión, de su evolución histórica, de los principios que la informan en el *Código Civil* español y de la interpretación gramatical del precepto<sup>81</sup>. Explica:

“Esta adquisición es absoluta, de forma que no exige más requisito que la incorporación; si a ella se añade en algunos casos la indemnización, no es porque lo imponga la naturaleza de la institución, sino como un elemento de equidad, como es la reparación del enriquecimiento injusto del propietario y el empobrecimiento injusto del edificante”<sup>82</sup>.

Ofreciendo argumentos que son válidos tanto para el *Código Civil* español como el chileno, explica que la tesis de la accesión condicionada implica lo siguiente:

“1° El principio de accesión no es absoluto, sino relativo –aplicándose con distinta eficacia según haya buena o mala fe en el edificante– y condicionado –pendiente de un acto de voluntad del dueño–; 2° La accesión, en caso de edificación de buena fe, no produ-

<sup>78</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1995), p. 192.

<sup>79</sup> CERDEIRA (2012), p. 54.

<sup>80</sup> SANZ (1947).

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 144.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 145.

ce por sí la adquisición de lo edificado, sino que otorga al dueño un derecho a adquirirlo, es decir, se convierte en un derecho de adquisición análogo a los derechos de tanteo y retracto legal: la adquisición del dominio no tendrá, por tanto, su causa directa en la accesión, sino en el resultado del ejercicio de tal derecho de adquisición, y equivaldrá a una transmisión de lo edificado mediante pago de un precio, esto es, a una especie de compraventa impuesta al edificante; 3° la indemnización no tendrá por fin compensar un enriquecimiento injusto, sino pagar un precio de compra de lo edificado, y entonces no se explica cómo habrá de tener la cuantía que determina el artículo 453, pues lo lógico sería referirla al valor actual del edificio vendido”<sup>83</sup>.

Afirma, también, que de acuerdo con los principios del *Código Civil* español, no es posible que la propiedad del suelo y del edificio pertenezca a distintas personas, por lo que el edificio construido sobre un terreno pertenece siempre al dueño de este<sup>84</sup>. Ello lo recoge el art. 361:

“la inseparabilidad de los dominios es tan enérgica que si el dueño del suelo no quiere aceptar las consecuencias de la accesión tiene que vendérselo al propio edificante”<sup>85</sup>.

244

Y también se deriva de lo previsto en la edificación de mala fe (art. 362), en la hecha con materiales de un tercero (art. 365), en la posesión (arts. 453 y 454) y “de un modo más general en el artículo 1097”. Sobre esto, concluye:

“Una solución contraria sería una excepción y, por tanto, había de ser establecida expresamente: ¿cómo derivarla de una mera interpretación de texto?”<sup>86</sup>.

Estas conclusiones, *mutatus mutandi*, son válidas en el Derecho chileno, que ha sido interpretado a este respecto por la mayoría de los comentaristas del modo que Ángel Sanz rechaza.

Como se ha anunciado, la posición que se defiende en este trabajo es que en las hipótesis de *inaedificatio*, la accesión opera como un modo de pérdida de la propiedad, por la inexistencia jurídica de la cosa expropiada

---

<sup>83</sup> SANZ (1947), pp. 145-146.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

en virtud de la regla *superficies solo cedit*. El hecho de la incorporación de los materiales de construcción en un terreno de manera permanente, en la forma de edificio, conlleva la implicancia jurídica del cambio de estatus de las cosas incorporadas, que pasan de ser muebles a inmuebles, de acuerdo con la clasificación que el *Código Civil* provee<sup>87</sup>. Ello se aprecia con toda claridad en el art. 568, que establece:

“Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles”.

Por ello, en contra de lo dicho por René Ramos, no es correcto señalar que un edificio es una cosa mueble<sup>88</sup>, y mucho menos que “el pago consume la accesión”<sup>89</sup>. Adicionalmente, debe considerarse lo ordenado en el art. 2421, que a propósito de la hipoteca dispone: “La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada”. La consideración de ambos preceptos permite concluir que el edificio es la misma *cosa* que el terreno, en términos jurídicos. Es decir, no se trata de que compartan la misma naturaleza (= bien inmueble): son *el mismo* inmueble. Esto lo explica con toda claridad Juan Feliú:

“Los edificios, las construcciones en general son inmuebles por adherencia, por estar permanentemente adheridos al terreno. Las inscripciones conservatorias están, referidas al dominio del suelo; esto es, a la propiedad de una extensión de terreno, determinada por su ubicación (comuna, calle y número), sus deslindes, su extensión en algunos casos, y por su nombre en el de los fondos rurales. El dueño del terreno no adquiere por tradición el dominio de lo que se construye o edifica en éste, lo adquiere por *accesión de mueble a inmueble*, que es un modo de adquirir cuya validez no exige ni requiere inscripción conservatoria”<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Un comentario de este fenómeno en el *Código Civil* francés y belga puede verse en BOULY (2014), p. 112 y ss.

<sup>88</sup> RAMOS PAZOS (1985), p. 147.

<sup>89</sup> *Op. cit.*, p. 145. En relación con la accesión condicionada que plantea René Ramos, concuerdo con Christian Atria en que la tesis es insostenible ATRIA (2004), p. 27, pues “[...] no se ve qué razón podría haber para tratar a aquél en cuyo terreno sin conocimiento otro ha construido de modo más desfavorable que al que de mala fe ha usado muebles de otro para construir en su propio terreno”.

<sup>90</sup> FELIÚ (2006), p. 38 (cursiva original). Como observa este autor, los edificios son “en general” inmuebles por adherencia. Los edificios o construcciones móviles no se acogen a este régimen y, por lo tanto, en el contexto de estas reglas (= construcción en suelo ajeno sin contrato) no siguen la suerte de lo principal.

A lo anterior debe agregarse que las reglas de accesión que siguen el principio romano *superficies solo cedit* en materia de *inaedificatio*, buscan evitar la disociación jurídica del inmueble<sup>91</sup>, impidiendo que existan dominios separados del suelo y de lo construido sobre él en casos donde no ha existido un acuerdo contractual entre las partes<sup>92</sup>. El efecto es automático y opera *ex lege*: por disposición de la ley y no de las partes<sup>93</sup>. ¿Cómo entender, entonces, la posición correlativa del expropiado en cuanto a las indemnizaciones a que tiene derecho? Como se verá en la siguiente sección, la construcción en suelo ajeno puede explicarse como una hipótesis de enriquecimiento. La moderna doctrina sobre el enriquecimiento injustificado<sup>94</sup> otorga herramientas para entender los derechos que tiene el constructor en terreno ajeno, que dependen, en buena medida, de la conducta de los agentes involucrados. De este modo, se argumentará que es posible entender los derechos compensatorios del mejorador en términos de la relación interna<sup>95</sup> que este tiene con el dueño del terreno.

Adicionalmente, podrá constatar que la comprensión de los derechos compensatorios del empobrecido desde la óptica del enriquecimiento injustificado permite evitar recurrir a explicaciones ineptas para la hipótesis

<sup>91</sup> BOULY (2012), p. 30.

<sup>92</sup> Es decir, esta consideración es válida, incluso, en los sistemas jurídicos que reconocen el Derecho Real de Superficie, que como se indicó, es establecido en forma convencional. Argumentando que el hecho de un tercero no puede afectar el derecho del dueño del terreno véase SÁNCHEZ ROMÁN (1900), p. 146 y ss. GONZÁLEZ y MARTÍNEZ (2009), pp. 912-913.

<sup>93</sup> FINKENAUER (2012), p. 21.

<sup>94</sup> Como observa Hanoch Dagan: “Basar la obligación en un enriquecimiento injustificado del receptor de éste es desesperanzadoramente circular o una aseveración concluyente basada en otras razones que hacen el trabajo real pero a las que no se alude explícitamente”. DAGAN (2004), p. 19. Mi propósito en este artículo es explorar las razones que explican el enriquecimiento injustificado del dueño del terreno a cuya ciencia y paciencia un tercero edifica. En consecuencia, el análisis aquí ofrecido no tiene la pretensión de dar cuenta de un principio unitario de enriquecimiento injustificado subyacente al *Código Civil* chileno capaz de justificar todas las hipótesis de su aplicación. Lo anterior no implica un obstáculo para utilizar la etiqueta “enriquecimiento injustificado” o “enriquecimiento sin causa” para designar *grosso modo* el tipo de problema jurídico que suscita el inc. segundo del art. 669 del *Código Civil* (al menos en cuanto a la envergadura del remedio restitutorio que este dispone).

<sup>95</sup> *Contra* Fernando Atria, que estima que el “deber” del dueño del terreno hacia el constructor, en el inc. segundo del art. 669, obedece no a la relación interna entre constructor y propietario sino a limitaciones de orden público del derecho de dominio, fundadas en consideraciones de política urbanística ATRIA (2004), p. 24. Más adelante se argumentará que la aquiescencia del dueño del terreno difícilmente puede considerarse como *externa* a la relación entre constructor y dueño del terreno, en el contexto de la doctrina del enriquecimiento injustificado y su evolución en el Derecho Comparado. Adicionalmente, se observará que Fernando Atria confunde la justificación de la regla de accesión con la que define la envergadura del remedio restitutorio del constructor (ambas, según él, se basan en razones de política urbanística).

de construcción en suelo ajeno con conocimiento del dueño del terreno, como lo hacen algunos autores chilenos, que afirman la existencia de un auténtico contrato entre las partes.

### III. CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO COMO ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

¿Cuál es la razón jurídica que subyace al deber de pagar el valor total del edificio en la hipótesis de construcción a suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno? Los autores chilenos han sostenido, en su mayoría, que en el supuesto de hecho del inc. segundo del art. 669 no operaría la accesión como modo de adquirir el dominio. El primero en plantear aquello fue Jacinto Chacón:

“En este caso, en efecto, no hai accesión ni conflicto alguno de propiedad, porque la unión de los materiales del uno a la heredad del otro se ha verificado por tácito consentimiento de los interesados, estableciéndose por este hecho, entre ambas partes, obligaciones que aunque contraídas sin convención, no son por eso menos respetables por cuanto son voluntarias. De aquí es que, habiendo tácitamente permitido plantar, sembrar o edificar a otro en su terreno, el propietario no puede deshauciarlo sin pagarle el precio del edificio, plantación o sementera. De otro modo, el propietario se enriquecería injustamente en detrimento del dueño de los materiales, lo que es ilícito”<sup>96</sup>.

247

Por su parte, Alfredo Barros Errázuriz, sostuvo en su obra general que “[...] cuando el edificio, plantación o siembra se ha hecho con conocimiento del dueño del terreno, existe un verdadero contrato”<sup>97</sup>. Posteriormente, Arturo Alessandri formularía una posición similar: “Aquí tampoco puede hablarse de accesión, sino de tradición, porque hay consentimiento de las partes”.<sup>98</sup> Recientemente, Rodrigo Barcia ha dicho:

<sup>96</sup> CHACÓN (1890), p. 162. Si bien aquí no se considera esta opinión como correcta, es destacable que Jacinto Chacón no recurra a la figura del contrato para justificar la prescripción del inc. segundo del art. 669 (= pagar el valor total de la obra). Como se observa, parece otorgarle un valor normativo central a la voluntad o aquiescencia del dueño de una cosa utilizada o mejorada por un tercero para efectos de explicar la envergadura del remedio del constructor, aunque en un lenguaje confuso.

<sup>97</sup> BARROS ERRÁZURIZ (1930), p. 335.

<sup>98</sup> ALESSANDRI (1937), p. 93. La misma idea fue defendida en coautoría con Manuel Somarriva ALESSANDRI *et al.* (2005), p. 186.

“En este caso, puede decirse que hay consentimiento de las partes, a lo menos tácito; entonces, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, no hay accesión, sino una verdadera compraventa”<sup>99</sup>.

Por su parte, Claudia Schmidt afirma:

“Siguiendo el aforismo jurídico conforme al cual ‘lo accesorio sigue la suerte de lo principal’, el dueño del suelo se hace dueño de lo edificado, de lo plantado o sembrado. Sin embargo, en la especie no hay propiamente accesión, pues ésta es definida como un modo de adquirir gratuito, y ello no se da en este caso, pues de lo contrario se violentaría el principio general del derecho de la reparación del enriquecimiento injusto”<sup>100</sup>.

Agregando que en definitiva:

“Si el dueño del terreno estaba en conocimiento que en él se edificaba, plantaba o sembraba por otro con materiales, vegetales o semillas de dominio del que realiza esta industria, para recobrar el terreno deberá pagar el edificio, la plantación o sementera. En definitiva, habrá compraventa”<sup>101</sup>.

248

Su posición es notoriamente radical, pues también afirma que en ningún supuesto de accesión de mueble a inmueble esta opera como el modo en que los materiales se adquieren. Por ello concluye:

“[...] las normas dadas por el *Código Civil* en materia de accesiones corporales muebles a cosas corporales inmuebles por naturaleza no son tales, es más, en ellas; se plantean contratos que los entiende ce-

<sup>99</sup> BARCIA (2008), p. 104.

<sup>100</sup> SCHMIDT (2009), p. 140. Desde un punto de vista metodológico, es chocante el valor que esta autora le otorga a la “definición” (puramente dogmática) de la accesión como un modo de adquirir gratuito. Por lo demás, no cita argumento ni texto alguno en apoyo de esa definición, que ciertamente no es aplicable a los supuestos de accesión de muebles a inmuebles. Aunque comparte la tesis de la compraventa en el caso del inc. segundo del art. 669 del *Código*, Rodrigo Barcia entiende que en la accesión de muebles a inmuebles la accesión no es un modo de adquirir gratuito BARCIA (2008), p. 98. Al respecto, considero correcta la opinión de Daniel Peñailillo, quien a propósito de la distinción entre modos de adquirir el dominio gratuitos y onerosos señala: “estimamos que los modos de adquirir son ajenos a la mencionada distinción. Desde luego, ella se refiere a actos jurídicos, y ocurre que algunos modos (como la accesión) ni siquiera están constituidos por actos”. PEÑAILILLO (2006), p. 195.

<sup>101</sup> *Op. cit.*, p. 141.

lebrados la ley, se protege la buena fe y por lo mismo, consideramos que su ubicación dentro de la accesión debiera de una futura reforma legislativa repensarse y tratarse independientemente (sic)”<sup>102</sup>.

Por último, Gonzalo Ruz entiende el problema de manera idéntica a Rodrigo Barcia, afirmando:

“En este caso, puede decirse que hay consentimiento de las partes, a lo menos tácito. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, no hay accesión, sino verdadera compraventa y tradición de los materiales, plantas o semillas”<sup>103</sup>.

En contra de lo dicho por Claudia Schmidt, es perfectamente consistente afirmar que en una hipótesis de accesión se gatillan compensaciones basadas en el enriquecimiento injustificado del dueño de la cosa principal. Así se entiende el problema de la construcción en suelo ajeno en Alemania<sup>104</sup>, Italia<sup>105</sup>, Francia<sup>106</sup> y por algunos autores en España<sup>107</sup>. Pero más allá de constatar este hecho y abordar el problema de igual manera (es decir, evaluar los derechos del constructor desde la perspectiva del enriquecimiento injustificado del dueño del terreno), en lo que sigue se ofrecen razones para descartar esta interpretación del inc. segundo del art. 669. En primer lugar, y como fuera expuesto en el capítulo precedente, el principio romano *superficies solo cedit* implica que en hipótesis de *inaedificatio* la cosa incorporada desaparezca en tanto *cosa*, es decir, por el hecho de la incorporación se entiende parte del inmueble principal<sup>108</sup>. La posibilidad de un contrato de compraventa mediante el cual se transferiría la propiedad del edificio construido supone, necesariamente, que es posible bajo el ordenamiento jurídico chileno que exista una disociación jurídica del inmueble y, por lo tanto, que la propiedad del suelo y del edificio recaiga en personas distintas. En el capítulo previo planteo que la disociación jurídica del inmueble no es posible en nuestro Derecho, siendo este argumento motivo suficiente para descartar la tesis del contrato. Pero también existen otras razones a considerar. La tesis del contrato de compraventa supone que el constructor está de mala fe. ¿Qué pasa con la hipótesis en que el constructor está de buena fe? La tesis del contrato la deja fuera, incluso, en los términos en

<sup>102</sup> PEÑAILLO (2006), pp. 141-142.

<sup>103</sup> RUZ (2011), p. 235.

<sup>104</sup> KOHLER (1996), p. 238; LARENZ (1958), p. 522.

<sup>105</sup> GAMBARO (1995), p. 766.

<sup>106</sup> FILIOS (1999), p. 53.

<sup>107</sup> BASOZABAL (1998), p. 300 y ss.

<sup>108</sup> Me remito a dicha sección, donde el argumento completo es ofrecido.



que sus autores la formulan, pues del constructor de buena fe no puede decirse que consiente siquiera *tácitamente*. En este sentido, aunque la tesis del contrato fuera correcta respecto del edificante de mala fe, su explicación es incompleta. Asimismo, cabe preguntarse: ¿Operan las garantías propias del contrato de compraventa? ¿Qué ocurre si el edificio se derrumba por algún vicio de la construcción? ¿Tiene el dueño del terreno una acción de carácter contractual contra el edificante? ¿Qué pasa cuando el dueño del terreno se entera de la construcción de un edificio en su terreno cuando este está construido –por ejemplo– en un ochenta por ciento? ¿Operan las prestaciones mutuas –y la accesión como modo de adquirir el dominio– para el primer ochenta por ciento –según el art. 669.1– y para el restante veinte existe un contrato de compraventa, operando la tradición como modo de adquirir? ¿Por qué la ley fijaría un precio en un contrato de compraventa en este ámbito?<sup>109</sup>. Además, si los materiales no eran de propiedad del constructor, sino ajenos, ¿cómo justificar que no proceda la inoponibilidad de la venta de cosas ajenas a su verdadero dueño?<sup>110</sup>.

El absurdo de estas preguntas deriva de lo inadecuada que resulta la explicación del contrato para justificar lo dispuesto en el inc. segundo del art. 669, dada su falta de asidero sistemático.

250

<sup>109</sup> El acuerdo en el precio es un requisito esencial del contrato de compraventa, de acuerdo con el art. 1801 del *Código Civil* chileno. Aunque se considere que el objeto del contrato son los materiales de construcción, esta objeción es procedente, pues los materiales de construcción, en este caso, no caben dentro de la excepción que establece el inciso segundo de dicha disposición, por no tratarse de materiales de un edificio que va a derribarse (a menos que alguien se atreva a defender la idea consistente en que el *Código* entiende que se celebró un contrato de compraventa por ciertos materiales de construcción cuya tradición se realizaría mediante su incorporación en un inmueble, en la forma de un edificio que luego sería derribado), ni de materiales que adhieren *naturalmente* al suelo.

<sup>110</sup> De acuerdo con la posición canónica, la accesión, en tanto modo de adquirir originario, hace dueño al propietario del suelo de los materiales incorporados en él de modo permanente, en la forma de edificio. La implicancia jurídica de ello es que la validez del título del propietario, respecto de los muebles incorporados en el terreno no depende de la transferencia legítima de parte de su anterior dueño. Es irrelevante que el dueño de los materiales sea quien los incorpora o un tercero, en virtud de la *ratio legis* de la regla romana *superficies solo cedit*, basada en consideraciones de política urbanística, que subyace a los arts. 668 y 669 del *Código Civil*. Para la posición que se defiende en este trabajo, la cuestión se explica de modo diverso: la incorporación de los materiales en el inmueble extingue *ex lege* la propiedad de los materiales por su inexistencia jurídica como *cosa*. De eso se deriva que el anterior propietario no tenga acción reivindicatoria respecto de los mismos (pero sí derecho a la indemnización que corresponda, en razón del enriquecimiento injustificado del dueño de la cosa principal). Como se ve, este supuesto de hecho (adquisición del dominio de los bienes muebles por accesión, de acuerdo con la explicación tradicional) también constituye una causal de inoponibilidad de los contratos por falta de consentimiento, por tratarse de un modo de adquirir originario, si bien en el texto clásico chileno se omite referencia a aquello. Véase LÓPEZ SANTA MARÍA (2005), pp. 378-379.

Como se ha insistido, el dueño de los materiales pierde su propiedad sobre los mismos *ex lege*, por el solo hecho de su incorporación (en forma de edificio) en suelo ajeno. Salvo por el margen de acción que provee el *ius tollendi* del constructor en suelo ajeno –que podrá retirar los materiales no considerados esenciales–, la accesión opera en forma automática y, por lo tanto, el dueño de los materiales pierde su dominio y, en consecuencia, la acción reivindicatoria respecto de los mismos. Su pretensión en contra del dueño del terreno será, entonces, una fundamentada en su enriquecimiento injustificado, lo que gatilla una restitución por impensas, que en el caso del *Código Civil* está dado por las prestaciones mutuas, bajo la hipótesis del inc. primero del art. 669 y del pago total del beneficio obtenido, por tolerancia o aquiescencia del beneficio obtenido<sup>111</sup>. Ello en virtud de la racionalidad de las reglas sobre compensación en este contexto. Esta explicación, en el ámbito de la parte general, es en algún sentido similar a la de María Fernanda Ekdahl, quien la entiende como un caso de *venire contra factum proprium*<sup>112</sup>. En verdad, la justificación de la radicalidad de la prescripción del inc. segundo del art. 669 (= pagar el valor total de la obra, independiente de su utilidad) no está dada simplemente por la conducta contradictoria del dueño del terreno y la protección que la ley provee “para resguardar los derechos de terceros”, como se sostiene en la obra referida.

Es imprescindible considerar la lógica de las reglas sobre prestaciones mutuas desde la perspectiva del libre albedrío en el ejercicio del Derecho de Propiedad. Las reglas sobre prestaciones mutuas se aplican en casos de enriquecimiento *impuesto*<sup>113</sup> (como en el inc. primero del art. 669). El conocimiento y pasividad del receptor de un beneficio –como es la hipótesis del inciso segundo de dicha disposición– implica que la naturaleza del enriquecimiento no pueda ser calificada de dicha manera. Es importante hacer una distinción que muestre que lo relevante no es la *transferencia* de propiedad de los materiales de una persona a otra, sino el enriquecimiento que recibe una de ellas en *desmedro* de la otra<sup>114</sup>.

251

<sup>111</sup> En el caso en que el dueño del terreno quisiera recobrar la posesión material del inmueble, ya que el *Código* no le otorga al constructor una *acción* en sentido estricto para exigir el pago del valor total de la obra.

<sup>112</sup> María Fernanda Ekdahl entiende la regla de este modo, señalando que lo dispuesto en el inc. segundo del art. 669 merece un comentario especial. Comenta la autora: “[...] pese a optarse por la vigencia del acto contradictorio, el legislador contempla también ciertas vías alternativas de resguardo o protección de los derechos de terceros afectados por la admisión de dicha contradicción” EKDAHL (1989), p. 237. No comparto esta explicación porque la estimo insuficiente.

<sup>113</sup> BASOZABAL (1998), p. 301; GALLO (1990), p. 451.

<sup>114</sup> Desmedro patrimonial que el *Código* evalúa en términos de eficiencia, pues la medida del “remedio” está sujeta a una consideración funcional dependiendo del tipo de mejora, por un lado, y a la buena o mala fe del invasor y propietario de la cosa principal, por otra.

En la hipótesis del art. 668, que regula la construcción en suelo propio con materiales ajenos, el *Código* dispone que el dueño del terreno debe pagar su justo precio u otros materiales equivalentes, ya esté de buena o mala fe<sup>115</sup>. Por su parte, el inc. primero del art. 669 dispone que en el supuesto de construcción en suelo ajeno, las relaciones entre el dueño del terreno y el constructor se resuelven mediante la aplicación de las reglas sobre prestaciones mutuas, que definen el contenido o medida de la pretensión restitutoria del empobrecido (o el enriquecimiento normativamente relevante del dueño del terreno). En ambos casos, lo dicho opera en el caso en que el dueño del inmueble no tenga conocimiento de la propiedad ajena de los materiales (art. 668.1) o de la actividad del constructor en su terreno (art. 669.1). ¿Por qué la diferencia? Como se observa en el primer caso, de construcción en suelo propio con materiales ajenos, la medida de la pretensión restitutoria no se ve reducida de modo alguno: se debe pagar el valor total de los materiales. En el segundo caso (art. 669.1), en cambio, cuando se construye en suelo ajeno la medida de la pretensión restitutoria está sujeta a lo dispuesto por las reglas sobre prestaciones mutuas, que se caracterizan por establecer un criterio de funcionalidad económica (mejoras necesarias, útiles o voluptuarias) asociado a la buena o mala fe del constructor. Para entender la diferencia, es conveniente tener presente la crítica que algunos autores han dirigido en contra de la *imposición de mejoras* que las reglas sobre prestaciones mutuas establecen (especialmente a favor del poseedor de buena fe) en contra del dueño del terreno.

Ernest Weinrib sostiene que estas reglas, fundadas en criterios de uso óptimo de los bienes “subrogan precariamente la voluntad del dueño”<sup>116</sup>. Por su parte, Jean Carbonnier afirma que la imposición de pagar una construcción realizada *contra la voluntad del dueño del terreno* es una limitación al derecho de propiedad<sup>117</sup>. Siguiendo un razonamiento similar, Peter Birks plantea el caso:

“Suponga que he estado ausentado y cuando regreso encuentro que mi casa ha sido ampliada. Yo no solicité que fuera realizada la obra. Por mis propias razones, yo quería que la casa estuviera igual que antes. Usted no puede decir que me he enriquecido cuando lo que he recibido es algo que yo no he elegido tener. Usted reclama que ahora la casa puede ser vendida en £ 5.000 más de lo que valía antes, pero yo no quiero venderla. Podría ser que éste fuera el lugar donde

<sup>115</sup> Lo que solo es determinante para la indemnización de perjuicios, en caso que el dueño de los materiales no haya tenido conocimiento de su conducta.

<sup>116</sup> WEINRIB (2004), p. 235.

<sup>117</sup> CARBONNIER (1995), p. 371.

mi familia ha vivido durante siglos, pero no necesito aducir razones de ese tipo. La devaluación subjetiva (subjective devaluation) es un argumento que reclama un derecho a ser perverso. No es asunto suyo tomar decisiones por mí”<sup>118</sup>.

Estas críticas parecen ser en extremo radicales en cuanto al modo en que el conflicto de intereses que los casos de accesión suscitan debe resolverse. La experiencia indica que la protección del poseedor de buena fe es deseable, sobre todo por lo que ha observado Hanoch Dagan en cuanto a la necesidad de que el sistema tolere cierto margen de error<sup>119</sup>. Empero, deben recordarse las premisas normativas elementales del Derecho Privado. El Derecho Civil protege el uso exclusivo de los bienes, cuestión que puede entenderse a la luz de la distinción entre *misfeasance* y *non-feasance* propia del *Common Law*. El Derecho Privado se estructura sobre la idea normativa de *misfeasance*, ya que solo trata a las acciones que implican una violación de derechos, en contraste con la idea de *non-feasance*, que impone responsabilidad en caso de no proveer a otro con un beneficio que este necesita<sup>120</sup>.

Como explica Peter Benson

“la idea normativa fundamental que la *misfeasance* refleja es una ciertamente definida, aunque severamente limitada, concepción moral de independencia mutua”<sup>121</sup>.

253

Este razonamiento es trasladable al legítimo interés que un propietario tiene de desconocer beneficios que le han sido conferidos sin su consentimiento. Es en este sentido que las reglas sobre prestaciones “limitan” el Derecho de Propiedad, pues representan una suerte de excepción a la primacía de la voluntad del dueño respecto del destino de sus recursos y de las obligaciones patrimoniales que es libre de contraer, cuestión que en general es promovida y defendida por este sector del Derecho. En este sentido, aunque su existencia es inevitable, las obligaciones no contraídas voluntariamente por los agentes siempre han sido miradas con sospecha, ya por razones de principio o por pragmatismo. Como ironizaba el italiano Giovanni Pacchioni, muchas veces “la manera más fácil y simple de arruinar a una persona es enriqueciéndola”<sup>122</sup>. Esta es una consideración relevante para inclinarse a favor de la voluntad del dueño de la cosa principal. En

---

<sup>118</sup> BIRKS (1985), p. 110.

<sup>119</sup> DAGAN (2004), pp. 37-85.

<sup>120</sup> WEINRIB (1995), p. 97.

<sup>121</sup> BENSON (2010), p. 734.

<sup>122</sup> PACCHIONI (1893), p. 679.

esto se juega una cuestión central en el contexto de relaciones no contractuales: ¿Qué debe proteger el Derecho Civil? ¿La posición individual de los propietarios (= decisión sobre el uso de sus bienes) o consideraciones de bienestar colectivo? La respuesta de los sistemas jurídicos actualmente no es absoluta en ninguno de las dos alternativas antagónicas planteadas en la pregunta<sup>123</sup>.

Como se expuso más atrás, bajo las reglas de accesión y sobre prestaciones mutuas subyacen consideraciones tanto de eficiencia en el uso de los recursos como de protección del interés del propietario *enriquecido*. Como lo ha sostenido Hanoch Dagan, la decisión que los sistemas jurídicos toman en este sentido, en términos de la envergadura del contenido de la pretensión compensatoria que reconocen a aquellos que de algún modo usan recursos ajenos, deriva del *ethos* socio-económico de cada comunidad<sup>124</sup>.

En la tradición continental hay dos ejemplos ilustradores. Los *códigos civiles* de Suiza y Portugal, en el supuesto de construcción en suelo ajeno de buena fe, permiten al edificante derrotar la regla de accesión y de ese modo adquirir el dominio del terreno sobre el que construyen, pagando como compensación el valor del terreno<sup>125</sup>. El requisito (además de su buena fe) es de eficiencia: las obras deben ser de tal entidad que aumenten el valor total del terreno.

254

Volviendo a la reflexión transcrita de Peter Birks, se puede afirmar que, junto a la de Jean Carbonnier, representan la posición extrema desde la perspectiva de la protección de la propiedad, por cuanto se favorece de manera exclusiva al detentador de un título jurídico formal respecto de la cosa, no de quien la detenta y usa, necesariamente. En el otro extremo se

<sup>123</sup> Para un lúcido análisis del problema en el derecho comparado véase VERSE (1998).

<sup>124</sup> DAGAN (1997), p. 9.

<sup>125</sup> *Código Civil* suizo, art. 673: “Si el valor del edificio claramente excede el valor del terreno, aquél que ha actuado de buena fe puede exigir que la propiedad del edificio y el suelo sean conferidos al dueño de los materiales bajo la condición de una adecuada compensación al dueño del terreno”. De acuerdo con un comentarista por “compensación adecuada” se entiende el valor del terreno, sin la construcción. CURTI-FORRER (1912), p. 522; *Código Civil* portugués, art. 1340 N° 1: “Si alguien, de buena fe construye en terreno ajeno o hiciere una plantación o siembra, y el valor de dichas obras, siembras o plantaciones han provocado que la totalidad del predio tenga un valor mayor del que antes tenía, el autor de la incorporación adquiere la propiedad de éste, pagando el valor que el predio tenía antes de las obras, siembras o plantaciones”. En Chile (aunque en otro ámbito, propiamente contractual), el régimen más ventajoso sobre la posición del mejorador de inmueble ajeno es el que introdujo el DFL N° 33 de 1931 operativo en el contexto de arrendamientos de bienes raíces urbanos de bajo costo. Dicho decreto establece en su art. 85 un derecho legal de retención del inmueble mientras no se paguen: 1: el valor de las mejoras y 2: el 25% del aumento de precio que haya experimentado el suelo durante la ocupación del arrendatario. Para un comentario de esta disposición, entendida como una limitación al derecho de propiedad, véase LIRA URQUIETA (1944), p. 181.

encuentran autores como Hanoch Dagan, quien en los últimos veinte años ha promovido una interpretación del Derecho Privado y sus instituciones desde la perspectiva de la justicia distributiva, aunque respetando la estructura bilateral característica de las relaciones jurídicas del Derecho Civil<sup>126</sup>. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, recientemente Robert Cooter y Ariel Porat han propuesto que la ley debiera reconocer derechos restitutorios por beneficios no solicitados (*unrequested benefits*) de manera mucho más frecuente y así inducir a las personas a proveerlos más. Ellos comparan la respuesta que la responsabilidad civil extracontractual dispone cuando una persona ha dañado a otra (otorgando plena compensación a la víctima) en contraste con lo que prescribe el Derecho Restitutorio basado en enriquecimiento injusto, que para los casos en que alguien ha conferido a otro un beneficio o enriquecimiento no solicitado por este último, no reconoce derechos para el empobrecido (al menos en el Derecho estadounidense)<sup>127</sup>. Estos autores proponen considerar el siguiente caso hipotético como objeto de análisis:

“Imagina que tu vecino rompe algunas tablas de tu reja para de ese modo tener una mejor vista desde su terraza. Bajo el derecho actual, tu vecino debe compensarte por el valor total del daño. Por otro lado, imagina ahora que fueron unos vándalos los que rompieron tu reja y el vecino la reparó. Tu vecino, que quería evitar que los perros destrozaran tus flores, no obtuvo tu consentimiento para ello porque tú estabas inubicable viajando al extranjero. Cuando regresas, tu vecino te pide un modesto reembolso por los costos. Bajo el derecho actual, no estás obligado a reembolsar a tu vecino, sin perjuicio de que te hayas beneficiado de su trabajo y del hecho que la obtención de tu consentimiento de manera anticipada era imposible”<sup>128</sup>.

255

A continuación, estos autores plantean:

“Aunque parecen diferentes, los costos y beneficios son los mismos en economía salvo por su signo. Causar daño hace surgir el mismo problema de incentivos que la recepción de beneficios”<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Véanse, por ejemplo, DAGAN (1999) y la concepción del derecho de propiedad privada que defiende en DAGAN (2011), donde afirma que la facultad de exclusión de terceros no es el rasgo que mejor define ese Derecho.

<sup>127</sup> En Chile y los sistemas jurídicos de tradición continental en general la cuestión se define de acuerdo con los requisitos y ámbito de aplicación del cuasicontrato de agencia oficiosa o gestión de negocios.

<sup>128</sup> COOTER y PORAT (2014), p. 149.

<sup>129</sup> *Ibid.*

No es este el lugar para ofrecer una crítica extensa al análisis económico del Derecho, pero sí puede decirse con certeza que este tipo de reflexiones demuestran por qué esa aproximación es notoriamente limitada como herramienta dogmática al momento de explicar las instituciones vigentes. Lo que para la economía representa el mismo problema (= causar daños u otorgar beneficios), para el Derecho Civil, que se organiza de forma normativa sobre la base del uso exclusivo de los bienes para sus titulares, es radicalmente distinto. Como se ha apuntado, la voluntad de las personas, en tanto titulares de derechos patrimoniales, representan un papel cardinal en la envergadura de la pretensión restitutoria asociada a casos de otorgamiento de beneficios no solicitados, o de imposición de mejoras. Esa cuestión es invisible a la luz de la óptica económica, cuya técnica promueve la generación de riqueza considerada en su globalidad. Naturalmente, el diseño del Derecho Privado es influido de manera importante por consideraciones de tipo económico, como es la regla *superficies solo cedit* (que en todo caso, determina la adquisición y pérdida del derecho de propiedad sobre bienes muebles, pero no define –por sí misma– los derechos compensatorios asociados), pero es evidente que lo que prima por regla generalísima es la voluntad de los propietarios, por sobre intereses colectivos, como la generación global de riqueza, al momento de asignar derechos restitutorios por enriquecimientos impuestos. Atendidas estas consideraciones, volvamos a la pregunta inicial, ¿por qué la diferencia entre el 668.1 y el 669.1? Es evidente que en el caso de construcción en suelo propio con materiales ajenos el dueño no puede levantar un reclamo serio de vulneración de su libre albedrío sobre su propiedad, como el que expuso Peter Birks. Después de todo, es él quien realiza la conducta que lo enriquece (y la ley lo favorece con la expropiación de los materiales). Bajo el supuesto de construcción en suelo ajeno (669.1) en cambio, sí es atendible la objeción de Ernest Weinrib, Jean Carbonnier y Peter Birks, toda vez que la conducta la ejecuta un tercero sin el conocimiento del dueño del terreno. En consecuencia, es razonable que la ley zanje el asunto con una solución intermedia, basada en criterios de funcionalidad económica, aunque el constructor estuviera de buena fe, ¿por qué tendría el verdadero dueño del inmueble soportar la carga de mejoras de lujo?

Ahora en relación con el inc. segundo del art. 669 (construcción a ciencia y paciencia del dueño del terreno), lo dicho aquí permite levantar una crítica a lo dicho por Fernando Atria, consistente en que “el artículo 669.2 impone el deber de velar por intereses ajenos”<sup>130</sup>. En primer lugar, porque la conducta del tercero tiene un impacto directo en el patrimonio del dueño del terreno: por la incorporación que este hace de los materiales

<sup>130</sup> ATRIA (2004), p. 32.



en el mismo, el propietario del suelo se hace dueño de ellos (luego, no es un interés “ajeno” el rechazar enriquecimientos que se radican en el propio patrimonio del agente). Y, en segundo lugar, porque el conocimiento y pasividad del dueño del terreno son incompatibles con un rechazo posterior del enriquecimiento, que por ello deja de ser *impuesto* contra su voluntad. En palabras de George Klippert “Beneficio y volición son dos dispositivos de control que en el caso del mejorador de suelo comienza a traslaparse”<sup>131</sup>. Ernest Weinrib, con ocasión de un comentario sobre este problema en el Derecho Talmúdico, explica:

“El dueño, sabiendo esto (la actividad del invasor) y permitiendo que el trabajo procediera sin protesta, no puede posteriormente tratar la mejora como no deseada [...]. Esta noción de aquiescencia puede ser considerada como una extensión del poder del dueño de advertir al potencial mejorador: porque en cualquier momento la protesta del dueño pone fin a una potencial pretensión del mejorador, la omisión de efectuar una protesta puede ser construida como una libre aceptación (free acceptance) de la mejora”<sup>132</sup>.

Como observa Ugo Mattei comentando una regla similar del *Código Civil* italiano,

“en casos de conflicto entre propiedad y posesión, a nadie le está permitido dormir sobre sus derechos. Si mi vecino construye sobre mi terreno, debo confrontarlo dentro de un breve período después de enterarme de su construcción ilegal”<sup>133</sup>.

En rigor, Ugo Mattei comenta un supuesto de construcción extralimitada que el *Código obliga* a tolerar, si el edificante estaba de buena fe y el dueño del terreno no se opuso a la construcción<sup>134</sup>. Sin perjuicio de ser un supuesto ligeramente diverso, en términos de principios (o de consideraciones de parte general) la razón detrás de la “sanción” al dueño del suelo es la misma: quien no ejerce su derecho a oposición debe tolerar la mejora. En el Derecho Comparado se reconoce esta cuestión por regla general. Pueden consultarse las siguientes disposiciones: art. 938 del *Código* italiano, § 912.1 del *Código* alemán, art. 418 del *Código* austríaco y art. 674 del *Código* suizo.

<sup>131</sup> KLIPPERT (1983), p. 77.

<sup>132</sup> WEINRIB (2004), p. 233 (paréntesis agregado).

<sup>133</sup> MATTEI (2000), p. 113.

<sup>134</sup> Con derecho a compensación, como en todos los códigos europeos que a continuación se citan a propósito de las reglas equivalentes que contienen sobre construcciones extralimitadas con conocimiento del dueño del terreno.

El conocimiento del propietario y la falta de oposición de este frente a un beneficio que a sabiendas está siendo otorgado por un tercero por error en dicha propiedad es calificado en el Derecho inglés y el *Common Law* en general como un caso de enriquecimiento injusto por *free acceptance*<sup>135</sup>, como se ha mencionado. Este hecho es destacable porque históricamente en el *Common Law* no se reconocieron derechos restitutorios a los *mistaken improvers*<sup>136</sup> hasta el surgimiento de los denominados *betterment acts*<sup>137</sup>. El tercer *Restatement* reconoce esta cuestión con toda claridad en su parágrafo 10:

“Un propietario que tiene conocimiento del error del mejorador, pero que se abstiene de intervenir y permite que las obras continúen, pierde la posición de sede de equity que es usualmente el contrapeso de la pretensión compensatoria del mejorador”<sup>138</sup>.

Del mismo modo, en otros sistemas jurídicos donde los derechos restitutorios del invasor no son reconocidos con amplitud, el conocimiento del dueño del terreno gatilla inmediatamente su procedencia<sup>139</sup>.

En conclusión, no puede considerarse que las objeciones que plantea Fernando Atria sean correctas. ¿Es razonable sostener que la “obligación es una que tiende a evitar que el que actúa ilegalmente sufra perjuicio”?<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> El origen de esta doctrina se encuentra en GOFF y JONES (1966), p. 30, donde se sostuvo: “En casos de prestación de servicios o suministro de bienes el requerimiento de que el demandado haya recibido un beneficio es particularmente restrictivo debido al principio, ya referido, que, aparte de la agencia oficiosa (*necessitous intervention*), no se considerará usualmente que el demandado se ha beneficiado por la recepción del servicio o de los bienes a menos que los haya aceptado (o en el caso de los bienes, los haya retenido), habiendo teniendo una oportunidad para rechazarlos” (Paréntesis agregado) Se utilizaba en dicha edición el concepto *freely accepted*, y a partir de la segunda edición, del año 1978 la fórmula definitiva *free acceptance*. El libro de Robert Goff y Gareth Jones fue, en palabras de Peter Birks, “la respuesta inglesa al Restatement (americano)”, véase BIRKS (2002), p. 18 (paréntesis agregado).

<sup>136</sup> PALMER (2007), p. 54; SUTTON (1990), p. 249. El primer *restatement* tampoco reconocía derechos restitutorios –aunque se hacía referencia a las posibilidades de obtenerlos en sede Equity–, véase S 42, THE AMERICAN LAW INSTITUTE (1937).

<sup>137</sup> Una exposición comparativa de estos estatutos puede consultarse en DICKINSON (1985).

<sup>138</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUTE (2011).

<sup>139</sup> DU PLESSIS (2012), p. 281; VAN DEN HORST (1989), p. 175.

<sup>140</sup> ATRIA (2004), p. 23. Curiosamente, este autor define como ilegal la conducta del constructor para efectos de levantar el argumento relativo a la “anomalía” del inc. segundo del art. 669, pero algunas páginas más adelante señala (en el contexto de la discusión del derecho legal de retención del constructor): “Que no tenga derecho a usar y gozar la cosa no quiere decir que deba abstenerse de usarla y gozarla. *Aquí la situación es la misma que la del poseedor de mala fe: éste también carece del derecho de usar y gozar la cosa, pero su uso y goce no es ilícito.* La regla que le prohíbe usar y gozar no es una regla de propiedad en el sentido

En verdad, lo que hace el inc. segundo del art. 669 del *Código* es simplemente extender (no en un sentido temporal, naturalmente) el ámbito de aplicación de las reglas que existen en el Derecho Comparado sobre construcción extralimitada, que obligan al dueño de un inmueble a tolerar una construcción de la cual tiene conocimiento, pero a la que no se opone. La correcta interpretación de esta disposición lleva a comprenderla de modo opuesto al de dicho autor, que plantea:

“Es perfectamente posible que el dueño no advierta al constructor por desidia, lo que en derecho civil calificaría como negligencia. Pero una persona normalmente no tiene obligación de mostrar diligencia respecto de los intereses de otra: sólo tiene un deber general de cuidado”<sup>141</sup>.

Su conclusión –sobre deberes de cuidado– es correcta, pero impertinente en este contexto, pues el inc. segundo del art. 669 (así como los códigos civiles europeos ya aludidos) lo que establece es la medida de la pretensión compensatoria de un tercero que introduce mejoras en cosa ajena. Si existe conocimiento y falta de oposición del dueño del terreno, este deberá tolerar la mejora, que por ello deja de ser *impuesta*, en los términos que la dogmática sobre enriquecimiento injustificado lo entiende<sup>142</sup> (pero no como un contrato, como sostienen algunos autores chilenos). Por cierto, esto implica un acto positivo: comunicarse con el constructor, ejercer la denuncia de obra nueva o dar aviso a la autoridad, etc. Fernando Atria entiende ese acto positivo en sentido fáctico (se requiere una acción, un desplazamiento) y luego le otorga una implicancia normativa: constituiría un acto cuyo objeto es beneficiar a otro. Incluso, si se aborda el problema como uno de “deberes de cuidado” habría que destacar un argumento similar: la importante distinción conocida en el *Common Law* entre *misfeasance* y

259

---

de Guido Calabresi y Douglas Melamed sino una de responsabilidad: si la usa y goza, deberá al dueño la renta por el uso, y el precio de los frutos de los que se hubiere apropiado para el goce. Para el poseedor de mala fe la regla está en el artículo 907 del *Código Civil*. *Op. cit.*, p. 30 (el destacado es mío) Como observa Peter Benson, interpretadas como una diferencia entre titularidades (*entitlements*) y no meramente de remedios disponibles, la distinción entre reglas de propiedad y responsabilidad planteadas por Guido Calabresi y Douglas Melamed son incompatibles con una concepción del Derecho Privado que se organiza sobre la idea normativa del uso exclusivo de los bienes para sus titulares. BENSON (2010), p. 752.

<sup>141</sup> ATRIA (2004), p. 23.

<sup>142</sup> Para el conocimiento del dueño del terreno como factor determinante para determinar la envergadura de la pretensión compensatoria correlativa del constructor puede consultarse DIETRICH (1998), p. 244.

*non-feasence* es normativa, no fáctica<sup>143</sup>. Luego, si se ofrecen buenas razones para “exigir” un comportamiento determinado (como promover el ejercicio de los derechos de propiedad, en la forma de oponerse a beneficios no solicitados), no puede decirse que ello constituye un deber de velar por intereses ajenos (por el simple hecho de ser una conducta positiva).

Finalmente, cabe observar que Fernando Atria confunde la justificación de la regla de accesión con la justificación de la envergadura de la pretensión compensatoria que el *Código* reconoce al mejorador, cuando en rigor se trata cuestiones distintas. Señala, además, a propósito de la regla del inc. segundo del art. 669, que:

“la obligación especial del dueño de actuar diligentemente respecto de los intereses del constructor es anómala, y para esa anomalía es importante encontrar una explicación. Una probable explicación parece estar en consideraciones de política urbanística. Ésta es, por otra parte, la justificación más probable del surgimiento de la regla romana *superficies solo cedit*, que yace bajo el artículo 669: el constructor no puede reivindicar los bienes muebles con los que ha construido porque no puede permitírsele reivindicar la viga que sostiene el resto del edificio”<sup>144</sup>.

260

Y agrega:

“Las consideraciones urbanísticas operan en ambos sentidos: el dueño del inmueble se hace dueño de lo construido sobre él (y el constructor no puede reivindicar sus muebles porque pierde el dominio sobre ellos), pero el dueño de los muebles tiene derecho a ser indemnizado. La indemnización es más significativa mientras más atendible haya sido el error del constructor, y por eso la doble regla del artículo 669”<sup>145</sup>.

Fernando Atria está en lo correcto al plantear que la *regla superficies solo cedit* responde a consideraciones de política urbanística, pero la envergadura de la pretensión compensatoria del constructor puede diseñarse de diversas maneras que son compatibles con la regla romana referida (como puede apreciarse en el Derecho Comparado), y no necesariamente de acuerdo con “cuanto más atendible sea el error del constructor”<sup>146</sup>. Es,

---

<sup>143</sup> BENSON (2010), p. 732.

<sup>144</sup> ATRIA (2004), p. 24.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*

como se ha indicado, un problema propio de la doctrina del enriquecimiento injustificado, que se articula (al menos en este supuesto) centralmente bajo el valor normativo de la acquiescencia (o ausencia de ella) del receptor de la mejora<sup>147</sup>. En palabras de uno de los principales defensores de la lógica interna del Derecho Privado:

“En el contexto del enriquecimiento injustificado, la imputación de aceptación por parte del demandado a través de su inactividad no refleja un deber de conferir un beneficio gratuito al demandante, sino que está orientada a si acaso el beneficio otorgado sin ánimo gratuito puede tratarse como un beneficio oneroso que es aceptado (por el receptor inactivo)”<sup>148</sup>.

Y agrega:

“Al no tomar la oportunidad de rechazar un beneficio, uno expresa su propia voluntad con respecto a él y se asume la responsabilidad por las implicancias de su naturaleza no-gratuita”<sup>149</sup>.

En definitiva, frente a la tesis de Fernando Atria parece tener mejor rendimiento la explicación de Ernest Weinrib sobre la naturaleza y modo de operación de la regla que define la envergadura de la pretensión compensatoria de los mejoradores cuya conducta no es rechazada por el receptor del beneficio, como en el supuesto contenido en el inc. segundo del art. 669 del *Código Civil*<sup>50</sup>.

261

---

<sup>147</sup> Esta idea de aquiescencia explica el art. 669 del *Código Civil* chileno, que dispone que cuando hay conocimiento del dueño del terreno la magnitud del error del constructor, o su buena o mala fe es irrelevante. Como se ha visto, la aquiescencia (como consideración normativa para determinar la envergadura del remedio) tiene un extendido reconocimiento en el Derecho Comparado.

<sup>148</sup> WEINRIB (2012), p. 210 (paréntesis agregado).

<sup>149</sup> *Op. cit.*, pp. 210-211. Esta idea puede vincularse al tradicional adagio mencionado por Gabriel Ocampo (*supra* n. 30): Qui prohibet potest et non prohibet consentire videtur.

<sup>150</sup> Dicho esto, es evidente que la regla del inc. segundo del art. 669 del *Código Civil* podría ser más equilibrada, diferenciando entre mejoradores de buena y mala fe. Pero de ese diagnóstico a los planteamientos ofrecidos por Fernando Atria hay un trecho significativo, pues como él mismo lo afirma, la advertencia al constructor en general puede considerarse como una carga poco gravosa, y como ha quedado dicho, la idea normativa de acquiescencia es tanto o más estructural del Derecho Civil como la inexistencia de velar por intereses ajenos (que el autor equivocadamente identifica en este supuesto, como parece claro a la luz de la explicación de Ernest Weinrib).

## CONCLUSIONES

- 1) No existe certeza sobre el origen preciso del inc. segundo del art. 669 del *Código Civil* en cuanto a sus fuentes. *Códigos* anteriores al chileno, y que según voces autorizadas influyeron en Andrés Bello, contenían disposiciones en algún grado similares, pero ninguna idéntica a la regla chilena. Lo único cierto es que Andrés Bello o alguno de los integrantes de la Comisión Revisora, pudo haberse inspirado en el *ABGB* y el proyecto de *Código Civil* español de Florencio García Goyena. Dada la inexistencia de actas oficiales de dicha comisión, no puede afirmarse una apreciación más concluyente que esta.
- 2) En el *Código Civil* chileno, al igual que en los *códigos* civiles europeos más influyentes, los efectos de la accesión (= expropiación de los materiales) operan automáticamente, es decir, por el hecho de la incorporación. La denominada “accesión condicionada” no tiene asidero en nuestro sistema jurídico, puesto que los edificios son inmuebles por adherencia y el *Código Civil* no permite la disociación jurídica del inmueble: el edificio siempre es de propiedad del dueño del terreno, pues *superficies solo cedit*.
- 3) La construcción en suelo ajeno es una hipótesis de enriquecimiento injustificado, lo que fundamenta las compensaciones a las que el constructor tiene derecho.
- 4) El inc. segundo del art. 669 del *Código Civil* no contempla la existencia de un contrato entre las partes. Los materiales no se transfieren, estos se extinguen como *cosas* en cuanto son incorporadas en el inmueble, de acuerdo con la aplicación sistemática de las reglas del *Código* y de la *ratio legis* de la accesión.
- 5) El inc. segundo del art. 669 no contiene un deber de velar por intereses ajenos, sino una regla que define el contenido compensatorio a que el constructor en suelo ajeno tiene derecho, en el supuesto en que el dueño del inmueble tenga conocimiento de su conducta. De este modo, el *Código* dispone que, de tener conocimiento y no oponerse a la construcción, el dueño del terreno debe compensar al constructor por la totalidad de las mejoras, pues dicho enriquecimiento no es impuesto contra su voluntad. De este modo, el *Código* toma (en este contexto) una posición normativa que favorece la consideración de la aquiescencia del receptor del enriquecimiento por sobre lo atendible que sea el error del mejorador.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACUÑA FERNÁNDEZ, Christian (2000). *Estudio de los Bienes y los Derechos Reales*. Santiago: Metropolitana Ediciones.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1937). *Derecho Civil: de los bienes*. Santiago: Zamorano y Caperán.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC (2005). *Tratado de los Derechos Reales*. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- ATRIA, Fernando (2004). “Derechos Reales”. *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez* N° 1. Santiago.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2008). *Lecciones de Derecho Civil Chileno: De los bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARÓ PAZOS, Juan (1992). *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*. Santander: Universidad de Cantabria.
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1930). *Curso de Derecho Civil: primer año*. Santiago: Editorial Nascimento.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier (1998). *Enriquecimiento Injustificado por Intromisión en Derecho Ajeno*. Madrid: Civitas.
- BELLO, Andrés. *Proyecto de código civil: [Anotaciones de Gabriel Ocampo]*. Santiago: Imprenta Nacional, 1855. Disponible en <http://libros.uchile.cl/568> [fecha de consulta: 24 de febrero 2017].
- BELLO, Andrés (1890). *Obras Completas de Andrés Bello*. Santiago: Pedro G. Ramírez. Vol. XIII: Proyecto Inédito de *Código Civil*.
- BENSON, Peter (2010). “Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law”. *University of Toronto Law Journal*. N° 60. Toronto.
- BERGEL, Jean-Louis, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI (2010). *Les Biens*. 2ª ed. Paris: LGDJ.
- BIANCA, Massimo (1999). *Diritto Civile: La Proprietà*. Milano: Giuffrè.
- BIRKS, Peter (1985). *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press.
- BIRKS, Peter (2002). *The Foundations of Unjust Enrichment*. Wellington: Victoria University Press.
- BONFANTE, Pietro (1928). *Corso di Diritto Romano*. Roma: Attilio Sampaolesi. Vol. II: la proprietà.
- BORZUTZKY ARDITI, Alejandro (1972). *El Derecho de Superficie*. Santiago: Editorial Andrés Bello.
- BOULY, Sofie (2014). “Does the Expansion of the Concept “Immovable” Influence Immovable Accession?”, in Brams AKKERMANS, Ernst MARAIS & Eveline RAMAEKERS (eds.). *Property Law Perspectives II*. Cambridge: Intersentia.
- BOULY, Sofie (2012). “The Relation Between the Superficies and the Ground... Back to Basics”, in Bram AKKERMANS y Eveline RAMAEKERS (eds.). *Property Law Perspectives*. Cambridge: Intersentia.



- BRANCA, Giuseppe (1958). "Accessione", en AA. VV. *Enciclopedia del Diritto I*, Varese: Giuffrè.
- BROCHU, François (2008). "The Law of Property", in Aline GRENON y Louise BÉLANGER-HARDY (eds.). *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*. Toronto: Thomson - Carswell.
- BRUGI, Biagio (1918). *Della Proprietà*. Napoli-Torino: Eugenio Marghieri-Unione Tip.-Editr. Torinese. Volume II.
- CARBONNIER, Jean (1995). *Droit Civil: Les Biens*. 16ª ed. Paris: PUF.
- CARRASCO PERERA, Ángel (1986). *Ius Aedificandi y Accesión*. Madrid: Montecorvo.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1978). *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid: Reus. Tomo II. Vol. I.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2012). "El Automatismo en la Accesión Inmobiliaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 88. Madrid.
- CHACÓN, Jacinto (1890). *Exposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno*. 3ª ed. Santiago: Imprenta Nacional. Tomo II.
- CLARO SOLAR, Luis (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. III.
- COOTER, Robert D. & Ariel PORAT (2014). *Getting Incentives Right: Improving Torts, Contracts and Restitution*. Princeton: Princeton University Press.
- CURTI-FORRER, Eugène (1912). *Commentaire du Code Civil Suisse*. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé.
- DAGAN, Hanoch (1999). "In Defense of the Good Samaritan". *Michigan Law Review*. N° 97. Ann Arbor.
- DAGAN, Hanoch (2011). *Property: Values and Institutions*. New York: Oxford University Press.
- DAGAN, Hanoch (2004). *The Law and Ethics of Restitution*. New York: Cambridge University Press.
- DAGAN, Hanoch (1997). *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DE ALBA LACUVE, Chantal Moll (2004). *La edificación en suelo ajeno*. Barcelona: Grupo Difusión.
- DE MARTINO, Francesco (1954). "Dei Beni - Della Proprietà", in Antonio SCIALOJA e Giuseppe BRANCA (eds.). *Commentario del Codice Civile: Libro Terzo, Della Proprietà*. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano.
- DEMOLOMBE, Charles (1866). *Cours de Code Napoléon X*. 3ª ed. Paris: August Durand-L. Hachette et Cie. Tome Second.
- DICKINSON, Kelvin H. (1985). "Mistaken Improvers of Real State". *North Carolina Law Review*. N° 64. Chapel Hill.
- DIETRICH, Joachim (1998). *Restitution: A New Perspective*. Sydney: The Federation Press.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1966). "La Modificación de las Relaciones Jurídico-Reales y la Teoría de la Accesión". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 455. Madrid.

- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1995). “Precario. Construcción en Suelo Ajeno. Accesión”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 198. Concepción.
- DROSS, William (2000). *Le Mekanisme de L'accession*. Thèse de doctorat Université de Nancy II, Nancy. Disponible en [https://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/457621/filename/Mekanisme\\_de\\_l\\_accession.pdf](https://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/457621/filename/Mekanisme_de_l_accession.pdf) [fecha de consulta: 24 de febrero de 2017].
- DU PLESSIS, Jacques (2012). *The South African Law of Unjustified Enrichment*. Cape Town: Juta.
- EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda (1989). *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF (1971). *Tratado de Derecho Civil: Derecho de Cosas*. 3ª ed. Barcelona: Bosch. Tomo I.
- FELIU SEGOVIA, Juan (2006). *Manual de Estudio de Títulos de Dominio de la Propiedad Inmobiliaria*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FENET, Pierre-Antoine (1827). *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*. Paris: Marchand du Breuil. Tome XI.
- FILIOS, Christian P. (1999) *L'enrichissement Sans Cause en Droit Privé Français*. Athènes-Bruxelles: Ant. N. Sakkoulas - Bruylant.
- FINKENAUER, Thomas (2012). “Acquisition of Title by Operation of Law”, in Jürgen BASEDOWN, Klaus J. HOPT, Reinhard ZIMMERMANN & Andreas STIER (eds.). *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press. Tome II.
- GALLO, Paolo (1990). *L'Arricchimento Senza Causa*. Padova: CEDAM.
- GAMBARO, Antonio (1995). *Il Diritto di Proprietà*. Milano: Giuffrè.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L. (1897). *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Primera Parte, Digesto*. Barcelona: Jaime Molinas Editor. Tomo III.
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1852). *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Tomo I.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (1969). “¿Superficies Solo Cedit? El principio de Accesión y el Principio de Superficie”. *Revista de Derecho Notarial*. N° LXIII. Enero-marzo. Madrid.
- GOFF, Robert y JONES, Gareth (1966). *The Law of Restitution*. London: Sweet & Maxwell.
- GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, Jerónimo (2009). *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters. Tomo I.
- GOUBEAUX, Gilles (1969). *La Règle de L'Accessoire en Droit Privé*. Paris: LGDJ.
- GROTIUS, Hugo (2005). *The Rights of War and Peace, Book II*. Indianapolis: Liberty Fund.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1980). “Algunas Actas de las Sesiones de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1853”. *Revista de Estudios Historico-Jurídicos*. N° 5. Valparaíso.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982). *Andrés Bello Codificador*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile. Tomo I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996). *Derecho Privado Romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000). *La Codificación Civil en Iberoamérica: Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- JOSSEAND, Louis (1938). *Cours de Droit Civil Positif Français, I*. Paris: Recueil Sirey.
- KLIPPERT, George B. (1983). *Unjust Enrichment*. Toronto: Butterworths.
- KOHLER, Jürgen (1996). “The Law of Rights in rem”, in Werner F. EBKE & Matthew W. FINKIN (eds.). *Introduction to German Law*. Den Haag: Kluwer.
- LABORDA Y GALINDO, Pío (1850). *Código Civil Francés: traducido y anotado*. Madrid: Imprenta de Don José María Alonso.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2008). *Elementos de Derecho Civil*. Madrid: Dykinson. Tomo III. Vol. 1.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1974). “Las “Concordancias” de García Goyena y su Valor para la Interpretación del Código Civil”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 50. Madrid.
- LARENZ, Karl (1958). *Derecho de Obligaciones*. (trad. Jaime Santos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LASSO GAITE, Juan Francisco (1970). *Crónica de la Codificación Española, IV: Codificación Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia. Tomo I.
- LEITAO, Francisca (2007). “La formación histórica del modo de adquirir el dominio denominado accesión”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° 29. Valparaíso.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1956). *El Código Civil chileno y su época*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1944). *El Código Civil y el nuevo Derecho*. Santiago: Nascimento.
- LIRA URQUIETA, Pedro (1961). “Estudio Preliminar”, en INSTITUTO DE CULTURA HISPÁNICA (ed.). *Código Civil de Chile*. Madrid: Instituto de Cultura Hispánica.
- LOEWENWARTER, Victor (1943). *Derecho Civil alemán comparado*. 2ª ed. Santiago: Nascimento.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). *Los Contratos: Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo II.
- MARCADÉ, Victor (1873). *Explication Théorique et Pratique du Code Civil*, 7ª ed. Paris: Delamotte et Fils. Tome II.
- MATTEI, Ugo (2000). *Basic Principles of Property Law*. Westport: Greenwood Press.
- MERY BERISSO, Rafael (1956). “El Código Civil de la República de Chile y los Tribunales de Justicia: un capítulo desconocido de la historia de su redacción”. *Anales de la Universidad de Chile*. N° 103. Santiago.
- MESSINEO, Francesco (1946). *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè. Volume II.

- MILO, J. Michael (2006). "Property and Real Rights", in Jan M. SMITS (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar.
- MINISTRE DE LA JUSTICE (1801). *Code Général pour les États Prussiens*, Paris: Imprimerie de la République. Tome I.
- MONTEL, Alberto (1957). "Accessione (Diritto Civile)", en AA.VV. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET.
- PACCHIONI, Giovanni (1893). *Trattato della Gestione degli Affari Altrui*. Lanciano: Rocco Carabba.
- PALMER, George E. (2007). "History of Restitution in Anglo-American Law", in Ernst VON CAEMMERER & Peter SCHLECHTRIEM (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law: Vol. X Restitution, Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*. Tübingen y Leiden: Mohr Siebeck - Martinus Nijhoff Publishers.
- PARADISO, Massimo (1994). *L'Accessione al Suolo Artt. 934-938*. Milano: Giuffrè.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los Bienes: la propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2013). "Por si Acogemos el Derecho de Superficie", en Rodrigo BARCIA LEHMANN (ed.). *Fundamentos de Derechos Reales en el Derecho chileno*. Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters.
- PESCIO VARGAS, Victorio (1984). *Los modos de adquirir el dominio*. Valparaíso: EDEVAL.
- PLISECKA, Anna (2006). "Accessio and Specificatio Reconsidered", *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis*. N° LXXIV. Leiden.
- PUGLIATTI, Salvatore (1962). *Beni e Cose in Senso Giuridico*. Milano: Giuffrè.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2012). "The Lost Arc: A Panorama of the Influence of the ABGB on Latin American Codifications", in Barbara DÖLEMEYER & Heinz MOHNHAUPT (eds.). *200 Jahre ABGB (1811-2011)*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.
- RAMOS PAZOS, René (1985). "Edificación en Sitio Ajeno sin Previo Contrato: En torno al artículo 669 del Código Civil". *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. N° 178. Concepción.
- RATTI, Umberto (1930). "Rinascita della proprietà in tema di accessione", in AA. VV. *Studi in Onore di Pietro Bonfante*. Milano: Fratelli Treves. Vol. I.
- RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jean (1987). *Tratado de Derecho Civil (según el tratado de Planiol): Los Derechos Reales*. Buenos Aires: La Ley.
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2011). *Explicaciones de Derecho Civil: Tomo III, Bienes*. Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe (1900). *Estudios De Derecho Civil*. Madrid: Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra. Tomo III.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel (1947). "Edificación en suelo ajeno: sus problemas", en AA.VV. *Curso de Conferencias Ilustre Colegio Notarial de Valencia*. Valencia: Imprenta Diana.

- SCHMIDT HOTT, Claudia Y. (2009). *Teoría general de los Derechos Reales*. Santiago: Thomson Reuters.
- SCHUSTER, Ernest J. (1907). *The Principles of German Civil Law*. Oxford: Clarendon Press.
- SOZA REID, María de los Ángeles (2010). “La Edificación y la Adquisición del Dominio del Edificio”, en Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA *et al.* (eds.). *Estudios De Derecho Civil V*. Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing.
- STUARDO ORTIZ, Carlos y Sergio VILLALOBOS (1956). *Génesis histórica del Código Civil de Chile*. Santiago: Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil.
- SUTTON, Richard (1990). “What Should be Done for Mistaken Improvers?”, in Paul FINN (ed.). *Essays on Restitution*. Sydney: The Law Book Company.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE (1937). *Restatement of the Law of Restitution, Quasi Contracts and Constructive Trusts*. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1937.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE (2011). *Restatement of the Law Third: Restitution and Unjust Enrichment*. St. Paul: American Law Institute Publishers. Tome I.
- VAN DEN HORST, Marleen H.J. (1989) *Compensation for Improvements*. Amsterdam: Free University Press.
- VAN ERP, Sjeff & AKKERMANS, Bram (2012). *Cases, Materials and Text on Property Law*. Portland: Hart Publishing.
- VAN VLIET, Lars (2002). “Accession of Movable to Land: I”, *Edinburgh Law Review*. N° 6. Edinburgh.
- VOCI, Pasquale (1952). *Modi di Acquisto della Proprietà*. Milano: Giuffrè.
- VON IHERING, Rudolf (1913). *Law as a Means to an End*. Boston: The Law Book Company.
- VERSE, Dirk A. (1998) “Improvements and Enrichment: A Comparative Analysis”, *Restitution Law Review*. N° 6. Oxford.
- WEINRIB, Ernest J. (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- WEINRIB, Ernest J. (2004). “Planting Another’s Field: Unrequested Improvements Under Jewish Law”, in Jason W. NEYERS *et al.* (eds.). *Understanding Unjust Enrichment*. Oxford: Hart Publishing.
- WEINRIB, Ernest J. (2012). *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- WESTERMANN, Harry, Harm Peter WESTERMANN, Karl-Heinz GURSKY y Dieter EICKMANN (1998). *Derechos Reales*, 7ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. Tomo I.
- WINDSCHEID, Bernhard (1930). *Diritto delle Pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. Vol. I.
- WINIWARTER, Joseph M. Chevalier (trad.) (1866) *General Civil Code for all the German hereditary provinces of the Austrian Monarchy*. Vienna: Rudolpfg Lechner.

*Sentencias citadas*

Lizama con Salgado y otros (2015): Corte Suprema, 16 de diciembre de 2015, rol 7685-2015 (casación en el fondo).

Rojas con Díaz (2016): Corte Suprema, 2 de junio de 2016, rol 37023-2015 (casación en el fondo).