

## Advertencia

El artículo que aparecía en este lugar de la *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 19 (1998), pp. 391-397, firmado por Christian Grollmus Fritz, bajo el título “Edificación en suelo ajeno sin previo contrato”, ha sido retractado debido a la ostensible coincidencia textual que revela su cotejo con el firmado por don René Ramos Pazos bajo el título “Edificación en suelo ajeno sin previo contrato”, aparecido en la *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año 53, 178 (julio-diciembre de 1985), pp. 141-147, hecho que solo muy recientemente ha sido puesto en conocimiento de la dirección de la primera de las revistas nombradas.

Valparaíso, 19 de enero de 2015.

## EDIFICACIÓN EN SITIO AJENO SIN PREVIO CONTRATO

CHRISTIAN GROLLMUS FRITZ  
Universidad del Desarrollo  
Concepción

1. Como es sabido el artículo 669 regla la situación *del que construye en sitio ajeno sin previo contrato*, pues si existe este contrato, la situación queda regulada por él mismo, como ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento, artículos 1935 y siguientes del Código Civil.

2. El artículo 669 se coloca en dos situaciones diferentes que regla en incisos separados. En el primero, trata de la construcción en sitio ajeno, sin conocimiento del dueño del terreno; y en el segundo, de la construcción en sitio a ciencia y paciencia del dueño del terreno. En el primer caso, se otorga al dueño del terreno un *derecho de opción* entre hacerse dueño de lo construido, previo pago de las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la Reivindicación, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. En cambio, cuando se construye en sitio ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno, *éste no tiene opción*, sino que está obligado para recobrar el terreno, a pagar el valor de la edificación.

### I

3. La disposición que venimos comentando, plantea diversos problemas que nos interesa analizar.

En primer término, el determinar en qué momento el dueño del suelo se hace dueño de lo construido. Dos interpretaciones son posibles: a) que por el solo hecho de la construcción el dueño del terreno adquiera el dominio del edificio, sin perjuicio de la obligación de pagar tal construcción; o b) que el que edifica mantenga el dominio de lo construido hasta que se le pague su valor.

4. En favor de la primera interpretación se puede invocar el hecho de que el artículo 669 se encuentre ubicado en el título V del Libro II del Código Civil “De la accesión” y ésta, según el artículo 643 del mismo código “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...*” No hay duda que la construcción se junta al bien raíz (casco).

Sin embargo, tal interpretación no resulta aceptable si se piensa que el artículo

643 es una norma de carácter general (relativa a toda accesión), en cambio, existe una disposición especial -y que por eso es de aplicación preferente- el artículo 669 que estamos tratando, que afirma una cosa distinta. Nos dice éste que, si la construcción se hizo sin su conocimiento, tiene un derecho alternativo para o hacer suyo el edificio, pagando las indemnizaciones prescritas en el título de la reivindicación, o para obligar al edificador a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. Y para el caso de que el edificio se hubiere levantado con su conocimiento, el dueño del suelo deberá pagar el valor del edificio para recobrar su terreno.

5. De manera que no es posible, sin separarse del claro tenor del artículo 669, llegar a afirmar que el dueño del terreno se hace dueño de lo que en él se edifica, por el solo hecho de la incorporación de los materiales.

### Derecho Comparado

6. En el derecho español, con normas muy semejantes a nuestros artículos 643 y 669 (artículos 353 y 361 del Código Civil español respectivamente) se ha resuelto que “si bien en el artículo 361 se establece el derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, dispone que ha de ser previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, lo cual interpretado no sólo en su sentido literal, sino atendiendo al espíritu que lo informa, conduce a estimar que mientras esa indemnización no tenga efecto no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado y está en el caso de optar por adquirirlo mediante esa indemnización, o por obligar al que construyó o al que de él traiga causa a pagarle el precio del terreno ocupado, según dicho artículo...”<sup>1</sup>

Concordante con este criterio, Federico Puig Peña<sup>2</sup>, comentando el fallo recién indicado, señala que “en el Derecho español, si bien del artículo 360 se podría deducir la adquisición ipso iure por el dueño del terreno, no sucede lo mismo con lo determinado en el artículo 361”.

### Doctrina Chilena

7. En nuestro país, don Luis Claro Solar, parece entender que el dueño del suelo se hace dueño del edificio por el solo hecho de la incorporación de los materiales. Después de citar el artículo 669, señala que “aplica la ley el mismo principio que determina la accesión: el edificio y el terreno *forman un solo todo*, en que el terreno es lo principal y el edificio lo accesorio, desde que no puede subsistir sin el terreno en que ha sido construido, y por lo tanto, por la fuerza y potestad del dominio que tiene en el terreno (*vi ac potestate rei suae*) el propietario del terreno adquiere el dominio de los materiales ajenos con que ha sido levantado el edificio”. Y agrega,

---

<sup>1</sup> S. 2-1-928, C.L. T 98, pag. 5, citado por RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel “Doctrina Civil del Tribunal Supremo, Edic.1951, T I, artículos 1 al 529, págs. 1254-1255”.

<sup>2</sup> PUIG PEÑA, Federico, “Tratado de Derecho Civil Español” T. III, Derechos Reales, Eic. pág 128.

“sea pues, que la persona que edifica en terreno ajeno proceda de buena o mala fe, sea porque posee el terreno creyendo haberlo adquirido por medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio, o de mala fe, porque sabe que el terreno es ajeno, pierde el dominio de los materiales 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 ceden al suelo y lo adquiere el dueño de éste en el todo y cada una de sus partes”<sup>3</sup>.

## Jurisprudencia Chilena

8. Nuestros tribunales también han tenido oportunidad de dar su opinión sobre la materia que nos preocupa. Así, en una vieja Gaceta de los Tribunales<sup>4</sup>, se puede leer una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Iquique, que resolvió el siguiente problema:

Se demandó la reivindicación de un edificio construido en sitio ajeno. La demandante alegó ser dueña exclusiva del edificio. El tribunal de primera instancia desechó la demanda, señalando en uno de sus considerandos “que según el espíritu y alcance de las disposiciones del Código Civil, tratándose de la accesión de cosas muebles a inmuebles, el dueño de las segundas se adueña de las primeras, debiendo las indemnizaciones que las leyes establecen”. He subrayado la expresión “se adueña”, porque demuestra que el magistrado de primer grado entendió que la construcción pasó, desde el momento en que se hizo, a ser de propiedad del dueño del terreno.

Apelado el fallo, la I. Corte de Iquique, en sentencia del 4 de noviembre de 1891, se confirmó la de primera instancia. Merece nuestra atención la consideración segunda del fallo: “*Que el reclamo de la demandante sobre el edificio construido en el terreno disputado no le da acción real que pueda ejercitar contra el actual poseedor don Carlos Marchesse*”. En buenas cuentas, está afirmando que el actor no es dueño de la construcción, entendiendo en esa forma, que el dueño era el demandado (dueño del sitio).

La sentencia, sin embargo, no fue unánime. Hay un voto especial del Ministro J. Miguel Varas, del mayor interés, especialmente las consideraciones sexta y séptima: “Que el derecho real de dominio que corresponde sobre el edificio al que edifica en terreno ajeno, está expresamente declarado en el artículo 669 del Código Civil, en el que se dispone que el dueño del suelo tiene el derecho de hacer suyo el edificio, mediante el pago de la indemnización correspondiente al que edificó; y no se comprende que la ley haya querido otorgar el derecho de adquirir la cosa al que ya es dueño de ella, de lo que se deduce que el dueño del terreno no es dueño del edificio por el solo hecho de la edificación, sino mediante el pago de la indemnización correspondiente, y mientras ésta no se efectúe, el que edificó conserva su derecho de dominio sobre el edificio”. El motivo 7 del voto especial, agregó que “ese derecho de dominio se corrobora además con la disposición contenida en el inciso 2º del mismo artículo, en el que se establece que el dueño del terreno, para recobrar-

<sup>3</sup> CLARO SOLAR, Luis: “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”. T. VIII; pág. 232.

<sup>4</sup> Gaceta 1891, pág. 417, sentencia 903.

lo, tendrá que pagar el valor del edificio al que edificó a ciencia y paciencia suya, restricción que no se habría impuesto al dueño del suelo si lo fuera a su vez del edificio por el solo hecho de la edificación”.

Años después, la Excma Corte Suprema tuvo oportunidad de manifestar opinión en la materia que nos ocupa. No se trató en este caso, de un juicio reivindicatorio, sino de una tercería de dominio. Los hechos, en síntesis, fueron los siguientes: en un juicio ejecutivo seguido ante un juzgado de Valparaíso se embargaron edificios construidos en terreno ajeno. El dueño del suelo, que alegó ser comunero del edificio construido en él, interpuso una tercería de dominio, solicitando que se declarara que el embargo afectaba únicamente a la cuota que al ejecutado correspondía en los edificios. Llamamos la atención, que no sostuvo que como los edificios estaban construidos en terreno de su dominio exclusivo, eran también de su propiedad exclusiva.

El tribunal de primera instancia dio lugar a la tercería. La Corte de Valparaíso, sin embargo, revocó el fallo por razones que no dicen relación directa con la materia que nos preocupa. Finalmente, la Corte Suprema, casó la sentencia de segunda instancia y mantuvo la de primera. Nos interesa consignar la consideración 2ª de la sentencia de reemplazo, pues claramente sentó la doctrina que cuando se construye en sitio ajeno, el dueño del suelo no adquiere el dominio del edificio hasta que no paga la indemnización correspondiente. Dijo: “*Que asimismo el artículo 669 del referido Código dispone que el hecho de edificarse en terreno ajeno constituye una accesión de mueble a inmueble, que puede el dueño de éste adquirir por los medios que esa disposición indica, esto es, pagando el valor de los edificios o plantaciones; de donde claramente se deduce que la ley concibe perfectamente compatibles el derecho de propiedad sobre los edificios independientemente considerado del dominio que tiene el dueño del suelo donde aquellos se levantaron.*”<sup>5</sup>

## II

9. A esta altura de nuestro comentario, nos parece necesario precisar *que nos pronunciamos abiertamente por la idea de que cuando se construye en sitio ajeno, el dueño del terreno no se hace dueño por ese solo hecho de lo edificado, sino una vez que lo paga.*

No obstante esta conclusión, no nos resuelve el problema de saber, por qué modo de adquirir el dueño del suelo adquiere el dominio de lo construido.

Dos soluciones parecen posibles: que se estime que el modo de adquirir es la tradición, o bien, que se adquiera por *accesión*.

Descartamos la primera posibilidad por cuanto, para que haya tradición se requiere la *voluntad* del tradente y del adquirente y, en el presente caso, el adquirente (dueño del suelo) va a adquirir el dominio del edificio, aun cuando el tradente (edificador) *no lo quiera*. La voluntad del que construye no juega. Creemos del caso agregar que, a nuestro entender, lo que decimos rige aun en el caso contemplado en el artículo 669 inciso 2º, esto es, cuando la construcción se haga a la vista y paciencia del dueño del suelo, pues tampoco en este caso existiría la voluntad del tradente, edificador. El único caso en que podría estimarse que existe tal voluntad, sería cuando el edificador construye en sitio ajeno a sabiendas que es ajeno.- Sólo en ese caso,

---

<sup>5</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVII, Sec. 1ª, pág 71.

podría entenderse que el actuar en esa forma está consintiendo en que la construcción pase al dominio del dueño del suelo. No estamos entonces de acuerdo con quienes piensan que en el caso del inciso 2º del artículo 669, la construcción sería adquirida siempre por tradición.<sup>6</sup>

Las explicaciones anteriores nos llevan a la conclusión de que el modo de adquirir por el que el dueño del suelo adquiere el dominio de la construcción, es la accesión. Por lo demás, el legislador así debe haberlo entendido desde que reguló esta materia a propósito de la accesión. Claro está que 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.

### III

10. Interesa analizar, en seguida, los derechos de cada una de las partes que intervienen en este conflicto de intereses.

*El dueño del suelo tiene -ya lo hemos dicho- 1) si la construcción se hizo sin su conocimiento, un derecho alternativo para hacer suyo el edificio pagando las indemnizaciones correspondientes o para exigir que se le pague el valor del terreno con los intereses legales. 2) si se hizo con conocimiento, tiene derecho a adquirir el dominio de la construcción previo su pago.*

A su vez, el edificador tiene en ambos casos la calidad de dueño de la obra hasta que se le pague. Este dominio del edificador está sujeto a la condición resolutoria de extinguirse, si el dueño del suelo paga la construcción.

11. En el caso del inciso 1º del artículo 669, es importante determinar el plazo que tendría el dueño del terreno para ejercer su derecho de opción. Nos parece que se trata de una acción real, porque emana del derecho de dominio. De consiguiente, no se extingue por prescripción. Subsistirá mientras siga siendo dueño del suelo, por aplicación del artículo 2517 del Código Civil.

12. Problema diferente es saber si el dueño de la construcción tiene acción para exigir que se le pague la indemnización.

Un autor, estudiando el problema en el derecho español, señala que si bien el artículo 361 (equivalente según hemos dicho a nuestro 669) está pensado en favor del dueño del terreno, *tal principio no debe excluir, ante el silencio de la norma, el que el constructor pueda requerir al dueño del terreno para que opte por una u otra de las alternativas.* Con ello -continúa- se evitarán las situaciones transitorias de indeterminación acerca de la titularidad de lo construido y, aunque el tema es totalmente discutible, pienso que un plazo adecuado para que el dueño del terreno manifieste su opción sería el establecido para el ejercicio del retracto legal en el artículo 1881 y siguientes del Código Civil (es decir, seis meses para bienes raíces, y quince días para bienes muebles) o, en todo caso, sería el juez quien a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria fijaría al dueño del suelo el plazo de ejercicio de su opción<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA, "Los bienes y los derechos reales", pág. 315, 3ª edición, año 1974.

<sup>7</sup> *Revista de Derecho Privado, julio - agosto 1981. Ver artículo "La accesión mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil". Eduardo Serrano Alonso, págs. 669 y siguientes.*

Un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 26 de octubre de 1983, (causa rol N° 616-83) resolvió que el edificador carecía de acción para exigir al propietario del suelo, que hiciera uso del derecho de opción que le otorga el inciso 1° del artículo 669.

#### IV

13. Otro aspecto importante es el determinar la forma cómo el dueño del suelo y el edificador harán valer sus derechos (¿qué acción tiene?).

En el caso del inciso 1° del artículo 669, si el dueño del suelo optare porque se le pague el precio del terreno más los intereses legales, deberá intentar demanda en ese sentido, que se tramitará de acuerdo a las reglas del juicio ordinario, atendido lo dispuesto en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora si el interés del dueño del suelo es recuperar el sitio y hacerse dueño del edificio (situación que se presentará tanto en la situación del inciso 1° del 669, cuando opta por hacer suyo el edificio, o en el caso del inciso 2° del mismo artículo), deberá intentar la acción correspondiente. Esta acción podrá ser la reivindicatoria, si quien edificó es poseedor del sitio, vale decir, lo ocupa con ánimo de señor o dueño, o la acción de precario del 2195 inciso 2°, si el que construyó detenta el sitio, sin previo contrato y por mera tolerancia o ignorancia del dueño del suelo. En el primer caso se seguirá el procedimiento ordinario; en el segundo, el sumario (artículo 680 N° 6 del C. de Procedimiento Civil).

Si el juicio es reivindicatorio, podrá el demandado reconvenir solicitando el pago de la construcción, pago que se regulará por las normas de los artículos 909 y siguientes del C. Civil.

Si el demandado no reconviene o no puede reconvenir (lo que ocurrirá cuando la acción es de precario, por tramitarse en juicio sumario), podrá en el cumplimiento de la sentencia, pedir en forma incidental, que se fije la indemnización a que tiene derecho. Ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 239 del C. de Procedimiento Civil. Y podrá hacer valer el derecho de retención que le otorga el artículo 914 del Código Civil.<sup>8</sup>

14. Si el dueño del suelo solicita la restitución del sitio y se allana a pagar las indemnizaciones respectivas, la acción será inmueble. En cambio, en el caso en que se demande el pago del terreno e intereses legales, la acción será mueble. Todo ello en conformidad a lo dispuesto en el artículo 580 del C. Civil.

#### V

##### Consecuencias

15. Hemos dicho en el punto 9 de este trabajo, que la edificación hecha en suelo ajeno es de propiedad del edificador hasta que el dueño del suelo la paga.

---

<sup>8</sup> En la causa seguida por don Luis A. González con Ulises Pino y otro, sobre comodato precario, que conoció la Corte de Apelaciones de Concepción, en el mes de septiembre de 1983, el edificador demandó el pago de la construcción, en la etapa de cumplimiento de la sentencia que dio lugar a la acción de precario. La causa terminó en un avenimiento.

a. De lo anterior fluye que hasta el momento del pago, la edificación puede ser embargada por los acreedores de quien hizo la construcción.

b. 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.

c. 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 de 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. 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.

## VI

16. Una última cuestión que, por su relevancia, he dejado para el final. Si estamos en lo cierto en cuanto a que el edificador es dueño de la construcción hasta que se la paguen, quiere decir que este aspecto debe ser tomado en cuenta al estudiar los títulos de bienes raíces, pues, en caso contrario y por poner un ejemplo corriente, quien compre el inmueble “con todo lo edificado y plantado” (fórmula de estilo en todos los contratos de venta de bienes raíces), estaría comprando, en lo que se refiere al edificio, una cosa ajena, con las graves consecuencias que esta situación genera.