Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 2. Precario. Construcción en suelo ajeno. Accesión
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 198
AÑO LXIII
JULIO - DICIEMBRE 1995
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 2. Precario. Construcción en suelo ajeno. Accesión
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

asentimiento doctrinario. (Así, A. Alessandri, *Responsabilidad* n. 26, págs. 49 y 483, pág. 577). En ésta el juicio precisamente dice relación con la determinación de los perjuicios y el establecimiento de su reparación. La cuestión disputada es la existencia del delito o cuasidelito y su reparación y entre los elementos de ellos está, en forma principal, el daño, hasta el punto que algunos sostienen que el perjuicio más que elemento de la responsabilidad es, en ese caso, condición de ella. De allí que no pueda quedar postergada hasta la etapa de cumplimiento de la sentencia, la determinación de lo que es precisamente el objeto del juicio y la cosa pedida en la acción entablada. El art. 173 del C. de Proc. Civil no autoriza pues a reservar, en materia extracontractual, el derecho a discutir la especie y monto de los perjuicios para la etapa de cumplimiento de la sentencia que se dicte en el juicio indemnizatorio y menos para un juicio diverso.

2. PRECARIO. CONSTRUCCION EN SUELO AJENO. ACCESION

DOCTRINA

Debe desestimarse la acción de precario deducida por quien se dice dueña de una construcción edificada en terrenos fiscales, porque su naturaleza jurídica y los derechos del dueño de la construcción se rigen por el art. 669 del C. Civil. De acuerdo a éste, 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 el propietario de éste, adquiere el dominio de los materiales que pierde el edificador y sólo tiene derecho a las indemnizaciones que le correspondan según la calidad de su posesión.

Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 1996, autos rol civil

COMENTARIO

¿Cuál es el alcance del art. 669 del C. Civil? Como se sabe, esta regla, colocada entre las del título V del Libro II, sobre la accesión, trata de la construcción, plantación o siembra sobre suelo ajeno, distinguiendo dos situaciones: aquella en que se ha edificado, plantado o sembrado con conocimiento del dueño del suelo y aquella en que la construcción, plantación o siembra se ha hecho a ciencia y paciencia del dueño. En el primer caso el dueño del suelo hace suyo el edificio, plantación o siembra pagando al tercero las indemnizaciones que se ordenan para el poseedor de mala fe en materia de reivindicación o bien, si lo prefiere, puede obligar a éste a que le pague el justo precio del terreno, si se trata de edificación o a pagarle la renta de ocupación en el caso de plantación o siembra. En el segundo caso, el dueño del terreno "será obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

Es esta última situación la que, en la práctica, ha generado más de alguna dificultad y de allí que esclarecer el sistema ideado por el Código tenga interés.

La sentencia de la Corte de Concepción entiende que el dueño del suelo se hace dueño de la construcción, plantación o siembra, por accesión y por el hecho de la incorporación.

No podemos compartir todos los fundamentos de la sentencia. Y para fundar nuestra divergencia, es importante referirnos al origen del art. 669 inc. 2°, porque los sentenciadores, en el fallo que comentamos, han aludido al derecho francés y, precisamente, aquella disposición se aparta de éste, como se probará.

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 2. Precario. Construcción en suelo ajeno. Accesión
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El Código francés soluciona la cuestión en el art. 555, que ha sido modificado por la ley 60-464 de 17 de mayo de 1960, conservándose, con todo, los principios originales. Esta regla hace prevalecer de modo absoluto la propiedad del dueño del suelo sobre la construcción o plantación ajena y concede a aquel un derecho de opción de pedir la destrucción de plantíos u obras a expensas del constructor o plantador o bien de conservar las obras o plantaciones, pagando el valor de los materiales y si el tercero estaba de buena fe, de pagar o el valor de las obras y plantaciones o el mayor valor que haya adquirido la finca.

Los autores que comentan el sistema entienden que él soluciona una cuestión práctica, haciendo imposible la coexistencia de dos propiedades, de forma que, en definitiva, prevalece el dominio del suelo, fundándose en el brocardo "*superficies solo cedit*", que es una de las aplicaciones del más amplio principio "*accessorium sequitur principale*". Cabe destacar que, en la situación que nos ocupa, el principio de lo accesorio sobrepasa sus consecuencias lógicas. En efecto, la lógica no manda que el dueño de lo principal, en el caso el suelo, se haga dueño de lo accesorio. Se trata ahora de utilizarlo como un medio técnico para solucionar el problema de la construcción en suelo ajeno, dificultad que podría admitir otras soluciones, como es el caso de nuestro artículo 669 y que no hagan aplicación de tal principio. Las diferencias entre las consecuencias lógicas y el simple uso técnico del principio han sido expuestas magistralmente por un autor y a él nos remitimos (G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, especialmente ns. 178 y sgts., págs. 261 y sgts., París 1969). La solución técnica del derecho francés está prevista, en realidad, por la regla general del art. 552, de acuerdo al cual "la propiedad del suelo incluye la superficie de la superficie y del fondo" y la previa del art. 551 "todo lo que se une e incorpora con una cosa pertenece al dueño de ésta según las reglas siguientes". El art. 555 lo que hace es regular entonces, más que la propiedad, atribuida ya por aquellas dos reglas al dueño del suelo, la indemnización que se debe por el hecho de construir en suelo ajeno. Pero "el propietario del suelo se ha hecho automáticamente propietario de la construcción desde su erección" (G. Goubeaux, op. cit. n. 194, pág. 278). En suma, el sistema francés, en palabras de un autorizado maestro, es el siguiente: "Poco importa que los trabajos hayan sido ejecutados por el propietario o por un tercero; poco importa que hayan sido hechos con materiales pertenecientes al propietario o al constructor o un tercero: en todos los casos, ellos pertenecen al propietario. El legislador no ha querido hacer ceder el principio, aun cuando el propietario ha utilizado, así sea de mala fe, los materiales ajenos. En razón de la atracción que ejerce el inmueble, todo lo que incorpora al suelo se transforma en inmueble por naturaleza y, por consiguiente, propiedad del propietario del suelo... La adquisición de la propiedad es inmediata y definitiva; se realiza de pleno derecho, fuera de toda manifestación de voluntad del propietario del suelo" (F. Chabas, en *Leçons de droit civil*, H.L. y J. Mazeaud, t.2, vol. 2, Les biens, n. 1592, pág. 325, París 1994). La accesión es así un verdadero y real modo de adquisición de las construcciones y plantaciones y el problema que resta es sólo el de determinar las indemnizaciones debidas.

Pero 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. Según tal disposición, "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". Comentándolo,

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 2. Precario. Construcción en suelo ajeno. Accesión
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

García Goyena decía que "es diferente al art. 555 francés, y mucho más sencillo y equitativo" y agregaba que coincidía con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3. Esta regla, casi textualmente, fue luego recogida por el Código español en el art. 361, distinguiéndose, para la accesión de muebles a inmuebles, que es el caso, entre construcción de buena fe o de mala fe. En la hipótesis de buena fe, que es la que interesa, el dueño del terreno pasa a serlo de lo que se construye, planta o siembra por el tercero; pero *previo* el pago de la indemnización al tercero. La doctrina española ha entendido siempre que ello significa que el dueño del terreno no se hace dueño de lo construido o plantado en tanto no haya pagado la respectiva indemnización y por eso, el que construyó, plantó o sembró tiene un derecho de retención mientras el pago no se le haga, permaneciendo por lo mismo el dominio de la obra en manos del tercero (J. Santamaría, *Comentarios al Código Civil*, al art. 361, pág. 402, Madrid 1958; L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, t.3, pág. 174, 3a. edic., Madrid 1987). Esa es también la solución adoptada por el Tribunal Supremo (así, sentencias de 27 de noviembre 1902, 2 de enero de 1928, 21 de mayo de 1928, 18 de marzo de 1948). De este modo, la adquisición de la obra no es automática, ya que el artículo indica que tendrá derecho a hacerla suya. (Así, L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t.3, pág. 266, Madrid 1995). El art. 2588 del Código argentino ha seguido la misma regla ya que señala que el dueño del predio "tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes..."

De este modo, en las situaciones del art. 669 del C. Civil nuestro, si bien se han eliminado algunas distinciones, simplificando el sistema español, la adquisición del edificio, plantación o siembra hecha en suelo ajeno, no se hace de modo automático y por accesión, como ocurre en el sistema seguido por el derecho francés. Lo que el art. 669 consagra es, como se ha dicho para el código español, "un derecho potestativo o de configuración jurídica, esto es, un poder de decidir mediante un acto de su voluntad la situación jurídica final del fundo".

"El acto de ejercicio de este derecho de configuración define la situación jurídica del fundo. En tanto este poder jurídico del dueño del terreno no es ejercitado, existe una situación interina o intermedia de perfiles muy borrosos... La adquisición de la propiedad de la obra por el dueño del suelo, en la mecánica del art. 361 (C. español), no parece que sea automática e inmediata pues el precepto habla, como sabemos, de un "derecho a hacer suya la obra" (L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t.3 n. 23, pág. 266). Otro autor precisa que la adquisición de la construcción "no opera en forma automática y necesita de declaración de voluntad del dueño" (E. Serrano Alonso, "La accesión de bien mueble a mueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981, págs. 669 y sgts., esp. pág. 681 y 682) y finalmente, otro autorizado doctrinador agrega que "es condición previa para apropiarse, el pago" (J. Santos Briz, *Derecho Civil*, t.2, Derecho de Cosas, págs. 220 y 221, Madrid, 1972).

También, la mayoría de la doctrina nacional, aunque sin examinar profundamente la cuestión, ha entendido que el dueño del terreno, en los casos del art. 669, no se hace dueño de la construcción, plantación o sementera por el solo hecho de la incorporación, sino que es el pago de la indemnización el que da el dominio ("Existe un verdadero contrato", escribía Barros Errázuriz, *Derecho Civil*, t.1, n. 269, pág. 334, 4a. edic., Santiago 1930; "aquí tampoco puede hablarse de accesión, sino de tradición", dice A. Alessandri, *Derecho Civil*, t.2, Bienes, pág. 85, Santiago, s.f.; "se adquiere por tradición" dice Vodanovic, *Tratado de los Derechos Reales*, basados en explicaciones de Alessandri y Somarriva, t.1, pág. 186, 5a. edic. 1993. Más claramente, R. Ramos P., "Edifi-

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 2. Precario. Construcción en suelo ajeno. Accesión
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cación en sitio ajeno, sin previo contrato", en esta Revista, N°. 178, 1985, págs. 141 y sgts.). La Excma. Corte había sostenido que "el artículo 669 del referido Código dispone que el hecho de edificarse en terreno ajeno constituye una accesión 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" (C. Suprema, 1 diciembre, 1928, *Rev. de Der*. t.27, sec. 1a. pág. 71, cons. 4). Tan sólo Claro Solar, citado por lo demás en la sentencia que se comenta, no es terminante al respecto, cuando trata de los casos previstos en el art. 669, como sí lo es al tratar del art. 668 (L. Claro Solar, *Derecho Civil*, t.7, Bienes, ns. 691, 692 para el art. 668, ns. 696 y sgts. para el art. 669).

Puede también agregarse que, mientras el art. 668, en el caso de edificación con materiales ajenos en suelo propio, dice que el dueño del suelo "se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción", estando con todo obligado a indemnizar al dueño de los materiales, el art. 669 dispone en el inc. 1°, que el dueño del suelo "tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe" para la reivindicación y, en el caso del inc. 2°, manda que el dueño del suelo "será... obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera". 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, sólo atribuye el dominio de la edificación luego del pago de un precio. La redacción final adoptada por Bello difiere notablemente en el art. 669 de la que había previsto en el Proyecto de 1853, cuyo art. 809 era categórico, ya que allí se ordenaba que las construcciones "*pertenecerán* al dueño del terreno con las obligaciones que para los poseedores de buena o mala fe" establece el título de la reivindicación.

De este modo, aunque la sentencia ha resuelto acertadamente el juicio, negando lugar a la acción de precario por no haberse acreditado el dominio del bien demandado, atendidos los demás hechos de la causa, tal cual fueron expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos referidos al art. 669 del C. Civil no nos parecen los más ajustados al sistema de adquisición de la construcción en suelo ajeno previsto por nuestro derecho. El hecho que alguien sostenga que ha construido en suelo ajeno, no determina, por esa sola circunstancia, que el dueño del suelo sea, al mismo tiempo, dueño de la construcción, mientras no se acredite que éste ha hecho la opción prevista en el inc. 1° y ha efectuado el pago de la indemnización del caso al constructor o bien que haya pagado el valor de la construcción en el caso del inc. 2°. Mientras ello no ocurra, hay dos derechos de dominio que coexisten, cuestión que no es extraña ni contraria a la lógica puesto que, como lo hemos dicho, en el caso, el principio de lo accesorio sólo se ha usado como medio técnico para resolver los problemas que la dualidad de dominios provoca; pero sin que sea una consecuencia necesaria y lógica el que lo accesorio siga, en la titularidad del dominio, a lo principal. Como lo explica, para el caso del derecho francés, el autorizado doctrinador a que ya hemos aludido: "No basta constatar que un edificio es accesorio del suelo que lo soporta, para despojar de su propiedad al propietario de la construcción y atribuirla al dueño del terreno. La regla de lo accesorio no se impone por sí sola, sino que es utilizada para dar una solución práctica a una dificultad que el libre juego de los principios no permite resolver eficazmente. La ley usa la vocación que lo accesorio tiene de seguir a lo principal, ella la refuerza y hace producir a la regla de lo accesorio, efectos exhorbitantes" (G. Goubeaux, op. cit. n. 369). Así entonces, conferir al dueño del suelo el dominio de la construcción hecha por un tercero, por el mero hecho de la incorporación, es decir, por el modo de adquirir accesión, es una forma técnica de solucionar las divergencias que pueden producirse entre

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 2. Precario. Construcción en suelo ajeno. Accesión
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dos propiedades superpuestas; pero no es la única, ya que no se trata entonces de la consecuencia lógica del principio de lo accesorio. Otra forma de solucionarlo es la que adopta el art. 669 de nuestro Código: mantiene las dos propiedades en forma distinta y en sus propios titulares; pero confiere al dueño de lo principal una facultad o poder, para hacer suyo lo accesorio mediante el pago de una indemnización o precio. No hay pues, realmente, accesión, ya que el dominio se atribuye no por la incorporación material, sino por el ejercicio del derecho o facultad del adquirente y previo pago al cedente.

La demanda debía desestimarse porque no se había acreditado el dominio de la construcción cuya entrega se pedía, desde que los antecedentes probatorios de la causa agregados por la actora no probaban su derecho, como lo exige el art. 2195 inc. 2° del C. Civil; pero no era posible sostener que ese dominio era imposible por las reglas del art. 669 del C. Civil, puesto que éste admite, sin problemas y mientras el pago ya referido no se haga, la propiedad de una construcción en distinto titular que el del suelo.

3. PRECARIO Y COMODATO PRECARIO. REGLAS APLICABLES. SUSPENSION DE LANZAMIENTO

DOCTRINA

El precario, regulado en el art. 2195 inc. 2° siendo una situación de hecho, se rige por las mismas reglas que el comodato precario, situación contractual prevista en el art. 2194. Por ello, debe hacerse lugar a la suspensión de un lanzamiento pedida por la demandada en juicio de precario, aunque el art. 13 de la ley 18.101 diga relación con el comodato precario. Por lo demás, los motivos sociales que concurren en un caso explican la suspensión en el otro.

Corte Concepción, 6 de mayo 1996, autos rol 386-96.

COMENTARIO

Otra sentencia que versa sobre la confusa situación existente en la jurisprudencia chilena en torno al precio y al comodato precario.

Se sabe que el art. 2194 del C. Civil tratando del contrato de comodato, califica a éste de precario si el comodante tiene la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada, en cualquier tiempo. Se trata pues de una particularidad del contrato de comodato y de allí que en tal caso deba hablarse de "comodato precario".

Con todo, esa modalidad de comodato tiene poca aplicación práctica, como ocurre, por lo demás, con el comodato en general, especialmente en tiempos en que las consideraciones económicas dejan los contratos gratuitos al uso de los pocos generosos que en el mundo quedan. La generosidad no es vista como virtud, sino como excentricidad y de allí que no sea común la existencia de contratos gratuitos, porque ya no cabe el "elogio de la gratuidad" (sobre la cual, Carmen A. Domínguez Hidalgo, "Elogio a la gratuidad", memoria, Concepción 1989). En efecto, contratos como el comodato sólo tienen uso, en la práctica, como medios técnicos para lograr fines prácticos esencialmente interesados y onerosos, como por ejemplo, obviar los inconvenientes que la entrega de la cosa supone en la prenda mercantil.

Lo que sí tiene aplicación práctica es la acción de precario, ideada por la jurisprudencia hace ya tiempo, fundándose en el texto del art. 2195 inc. 2°. Esta regla, como es de conocimiento ya común, trata no de una situación contractual, sino de una de