

La naturaleza jurídica y caracteres de la acción del artículo 669 inciso 1° del Código Civil chileno

The Legal Nature and Features of the Action Established on Article 669 Paragraph 1° of the Chilean Civil Code

RICARDO NÚÑEZ CÁDIZ *

Resumen

En el presente trabajo se explora la naturaleza jurídica de la acción del artículo 669 inciso 1° del Código Civil chileno; aunque parece haber acuerdo respecto que se trata de un reembolso restitutorio, no se afirma lo suficiente, lo que genera ciertas dificultades a nivel judicial. En efecto, en la acción de reembolso otorgada en el inciso 1° del artículo 669 no se ha distinguido en modo alguno el carácter restitutorio o indemnizatorio de la norma. Habiendo una atribución patrimonial indebida, el principio de enriquecimiento injustificado impone la obligación de restituir, por lo que no debe exigirse un empobrecimiento correlativo para reclamar el reembolso restitutorio, ya que no se busca indemnizar al empobrecido, sino recuperar el enriquecimiento atribuido indebidamente. De este modo, en la acción estudiada el acento debe trasladarse del monto del empobrecimiento al monto efectivo del enriquecimiento, a fin de no aplicar la lógica indemnizatoria al reembolso restitutorio.

Palabras clave: *Dominio; accesión inmueble; enriquecimiento por intromisión; derecho de opción; reembolso; restitución; indemnización.*

Abstract

In the present work the legal nature of the action established on article 669 paragraph 1° of the Chilean Civil Code is explored; even though it seems to be agreement as to what a restitutionary reimbursement is, this is not asserted enough, which generates difficulties at the judicial level. Indeed, concerning the action of reimbursement granted by article 669 paragraph 1°, no distinction has been drawn between the restitutionary and compensatory character of the norm. Having an unduly property

* Universidad Adolfo Ibáñez, Chile (ricardo.nunez.cl@gmail.com). El presente trabajo formó parte del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11170398, “La restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno”, cuyo investigador responsable fue Alberto Pino Emhart. El presente trabajo es fruto de la investigación realizada para optar al grado de Magíster durante el año 2020, por lo mismo, agradezco las inspiradoras conversaciones sostenidas con Arturo Ibáñez León y sus valiosos comentarios en la presente investigación. De igual modo, agradezco las importantes referencias bibliográficas proporcionadas por Manuel González González. De modo especial, mi gratitud a Alberto Pino Emhart, guía en esta investigación, por su tiempo, dedicación y apoyo constante. Con todo, en nada son ellos responsables de las falencias que puedan existir en este trabajo. Artículo recibido el 2 de enero de 2021 y aceptado para su publicación el 28 de enero de 2021.

allocation taken place, the principle of unjustified enrichment imposes the obligation of restituting, thus not being required a correlative impoverishment in order to claim the restitutionary reimbursement, since the action is not aimed at compensating the impoverished, but to recovered the unduly assigned enrichment, this way, regarding the studied action the stress must shift from the amount of the impoverishment to the effective amount of the enrichment, so as not to apply the compensatory logic to the restitutionary reimbursement.

Key words: *Ownership; immovable accession; enrichment by intrusion; right of option; reimbursement; restitution; compensation.*

INTRODUCCIÓN

Este trabajo se centra en el inciso 1° del artículo 669 del Código Civil chileno,¹ supuesto de aquel que construye, planta o siembra en terreno ajeno, y busca explorar los caracteres de la acción que otorga, sus dificultades y una respuesta tentativa respecto de cuál es la naturaleza jurídica de dicha acción.

La tesis es que, la acción por la cual el constructor puede reclamar un reembolso al dueño del predio, posee una naturaleza restitutoria, pues el concepto *indemnizaciones* que emplea la norma busca solamente remitir a las normas sobre prestaciones mutuas de la reivindicación.

Dada la ubicación de la norma en el Código Civil, el trabajo considera dos ejes relevantes en su desarrollo; primero, la accesión, modo de adquirir el dominio según la legislación chilena, dado que, por tratarse de elementos que se incorporan en el suelo, de acuerdo con el principio *superficie solo cedit*, acceden a lo principal constituyendo de este modo la construcción, el sembrado o plantación, un todo con el predio. Por lo mismo, considerando la opción que la norma dispone en favor del dueño del predio, esto implica atender a la interrogante desde cuándo operaría la transferencia de la titularidad sobre la propiedad, es decir, si opera de modo automático conforme la regla general de la accesión, o condicionado al derecho de opción y reembolso de los materiales al poseedor vencido.

Otro eje relevante lo constituye el Derecho de restitución, en particular, la prevención del enriquecimiento injustificado, que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia es el fundamento de la norma en estudio. Ahora bien, por tratarse de la imposición de un enriquecimiento, el inciso 1° del artículo 669 señala que, el dueño del predio cuenta con un derecho alternativo para *hacer suyo* lo plantado, sembrado o construido, mediante las *indemnizaciones* prescritas a favor de los poseedores de buena fe, o de obligar a pagarle el *justo precio* del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, opción en que es discutible si se trata o no de una hipótesis de accesión invertida o únicamente constituye venta forzada.

¹ Todas las referencias se entenderán hechas al Código Civil chileno, en tanto no se indique cuerpo legislativo diferente.

Es pertinente indicar que en Derecho comparado la norma ha sido estudiada y desarrollada especialmente por la dogmática española, razón por la cual muchas de las referencias bibliográficas de esta investigación tienen esa procedencia. A nivel nacional hay pocos estudios al respecto, siendo la obra más próxima la tesis de Manuel González,² aunque en relación al inciso segundo del artículo 669, por lo que falta aún por profundizar en torno a la naturaleza de la acción, la factibilidad de un concurso de acciones, y soluciones que resuelvan el conflicto de pretensiones sobre la base de una restitución entendida en sentido más amplio.

Este trabajo, limitado en su propósito, no aborda los antecedentes históricos ni formula una comparación entre el Derecho chileno y el español, sino que busca explorar el desarrollo doctrinal en torno al enriquecimiento injustificado y la acción especial que se concede al que edifica, planta o siembra en terreno ajeno; por ello, metodológicamente se atiende al desarrollo dogmático de las instituciones implicadas, así como su desarrollo en la jurisprudencia chilena de los últimos años, especialmente el fallo de la Corte Suprema del 17 de diciembre de 2018 en *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región*,³ en atención a la calificación de la naturaleza jurídica de la acción y resolver qué es lo que debiese incluir la restitución, y, el fallo de la Corte Suprema del 7 de marzo de 2017 en *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y Otros*,⁴ en relación con los caracteres de la acción restitutoria.

En su estructura, este trabajo comienza centrando la atención en el inciso 1° del artículo 669, en el contexto de la accesión y la remisión normativa al epígrafe 4 del Título XII, Libro II del Código Civil chileno (apartado 1). Luego, a fin de esclarecer quién es el dueño de las mejoras, se revisan los problemas doctrinales que suscita la opción excepcional contemplada por el inciso en estudio: desde cuándo se verifica la transferencia de la titularidad de las mejoras (accesión inmediata o diferida), junto con el problema de la accesión invertida contemplada en la segunda opción que se concede al dueño del predio y, a propósito de la acción de reembolso, se indaga en el carácter restitutorio de la norma y la problematicidad del concepto *indemnizaciones* en el inciso 1° (apartados 2 y 3). A continuación, se atiende a algunos caracteres de la acción de enriquecimiento injustificado, en especial la titularidad de la acción y su subsidiariedad, entendiendo que el inciso 1° del artículo 669 da cuenta de una acción restitutoria especial (apartado 4). Por último, se ofrecen algunas conclusiones.

² GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2017).

³ *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018).

⁴ *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y Otros* (2017).

I. INCISO 1° DEL ARTÍCULO 669 EN EL CONTEXTO DE LA ACCESIÓN Y LA REMISIÓN NORMATIVA AL EPÍGRAFE 4 DEL TÍTULO XII, LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL

El inciso en estudio integra un sistema formado por los artículos 668 y 669, los que versan sobre la accesión de mueble a inmueble, regulación incluida en lo que corresponde al Título V, Libro II del Código Civil chileno;⁵ ellos plantean dos supuestos diferentes: mientras el artículo 668 desarrolla el supuesto de construcción en terreno propio con materiales ajenos, el artículo 669 aborda la hipótesis opuesta, la edificación con materiales propios en terreno ajeno, artículo que consta de dos incisos.

Estos artículos configuran lo que suele denominarse accesión industrial.⁶ Acá, a diferencia de la accesión natural, el antecedente de la unión es un acto humano,⁷ lo que es relevante en la determinación de la intencionalidad e imputación de las partes involucradas. Este supuesto se conoce también como accesión inmueble, por cuanto lo construido accede al predio considerado tradicionalmente lo principal, conforme el principio de accesoriedad;⁸ asimismo, dado que no es posible la separación de la cosa a fin que el poseedor vencido recupere lo suyo, de acuerdo al principio *superficies solo cedit*,⁹ lo adherido al suelo seguirá la titularidad de aquel;¹⁰ sin embargo, la aplicación de este principio, al igual que el principio *accessorium sequitur principale*, puede resultar problemático.

Al respecto, señala Díez Picazo que establecer el carácter accesorio o principal de algo suele implicar atender al destino económico de la cosa, a su valor, o volumen,¹¹ todas circunstancias relativas. En relación al suelo, se presume habitualmente el mayor valor de este, pero pudiese no serlo, por ejemplo, cuando la creación de valor y lo construido supere la valorización del predio. Cerdeira, al contrario, refuta estos cuestionamientos indicando

⁵ Históricamente la accesión no posee en las fuentes romanas el sentido técnico que tiene en el derecho moderno, sino que son una serie de hipótesis en que una cosa se une a otra en forma inseparable, de manera de presentarse el problema de determinar quién es el dueño del conjunto; véase GUZMÁN BRITO (1996), pp. 557-566. Con relación a las soluciones en el Derecho romano asumidas por las codificaciones decimonónicas, véase Díez PICAZO (1966), pp. 832-835.

⁶ Aunque la plantación y siembra pueden considerarse hipótesis mixtas, véase PEÑAILILLO ARÉVALO (2019), p. 721.

⁷ Díez PICAZO (1966), p. 842; BECH SERRAT (2015), p. 186.

⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO (2019), p. 723.

⁹ Díez PICAZO (1966), p. 835; La regla quiere expresar que el dueño del suelo lo es de la superficie y de lo que se incorpora en ella; véase GUZMÁN BRITO (1996), pp. 561-562. Por ello, no deja de ser problemática la facultad que tiene el poseedor vencido de mala fe, en orden a ejercer el *ius tollendi* del inciso 2° del artículo 910 del Código Civil, pues ello implicaría que no ha operado la transferencia de la titularidad a través de la accesión.

¹⁰ GUZMÁN BRITO (1996), p. 562; Una aplicación de este principio y las reglas de la accesión inmobiliaria al supuesto de hecho del artículo 1996 del Código Civil, en SAN MARTÍN NEIRA (2016) pp. 145-179.

¹¹ Díez PICAZO (1966), pp. 847-848.

que los principios *superficies solo cedit* y *accessorium sequitur principale* no han de justificarse exclusivamente por la relevancia económica del predio, sino en el poder atrayente del suelo.¹²

Por su parte, la hipótesis fáctica del inciso 1° del artículo 669,¹³ evidencia el conflicto que surge entre dos pretensiones: la pretensión del dueño del terreno que busca recuperar su posesión, perturbada por los actos de aquel que edificó,¹⁴ sembró¹⁵ o plantó en terreno ajeno, y, la pretensión del poseedor vencido que, estando de buena fe, busca le sea restituido el valor de su inversión, quien, además, se encuentra en posesión material del suelo.

1.1 Criterios de resolución del conflicto: equidad y buena fe

Con relación a qué criterios usa aquí el derecho para equilibrar las pretensiones en conflicto, estos parecieran ser la equidad y la buena fe. La equidad, por cuanto se busca evitar una atribución patrimonial sin causa a favor del dueño del terreno que, además, podría configurar un empobrecimiento para el que construyó, plantó o sembró.¹⁶ Junto con ello, dada la circunstancia de que se trata de una hipótesis de enriquecimiento por intromisión, el inciso en estudio concede una opción excepcional al dueño del predio para que elija la solución al conflicto entre dos alternativas.¹⁷

El segundo criterio presente en la solución del conflicto es la buena fe, que, a juicio de Díez Picazo, es el criterio relevante para resolver la tensión entre la pretensión del dueño del predio y la pretensión del poseedor vencido.¹⁸ Cabe destacar que la buena fe alude a un estándar objetivo de conducta, es decir, a un obrar diligente de modo tal que, aunque se trate de una intromisión en derecho ajeno, siendo excusable el error, podrá operar como causal

¹² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2011), pp. 3086-3094.

¹³ En relación a las fuentes inmediatas de la norma, baste indicar la dificultad de referir para ello la historia de la ley, por cuanto la Comisión Revisora del Código de Bello de 1853, no registró las deliberaciones *ex professo*; véase GUZMÁN BRITO (1982). Puede indicarse, sin embargo, que el inciso 1° del artículo 669 enraíza, a través del Derecho español, en el Derecho romano. *Cfr.* SOZA RIED (2019), pp. 370, 383. En efecto, el Derecho civil español incluye modelos típicos romanos del *locupletior factus est*, y también, la *regulae iuris* de Pomponio, Digesto 50,17, según la cual se prohíbe enriquecerse a costa de otro; véase BARRIENTOS GRANDON (2017), pp. 104, 114-117; BECH SERRAT (2015), pp. 69-71, 194. Por su parte, el Proyecto del Código Civil español de 1851 en su artículo 404, establecía un texto de gran similitud al que contiene el Código de Bello, especialmente en relación al derecho de opción que tiene el dueño del predio, lo que no se encuentra en las fuentes romanas; SOZA RIED (2019), pp. 389-392. Así, los antecedentes son el mismo Proyecto de Código Civil español de 1851 y la obra de García Goyena, en la edición del año 1852, *Concordancias, motivos y comentarios*; véase BARRIENTOS GRANDON (2017), p. 94.

¹⁴ DÍEZ PICAZO (1966), p. 834; LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA (2007), pp. 62-65.

¹⁵ *Friopack Servicios Limitada con Banco de Chile S.A.* (2017).

¹⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), pp. 17-20; *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018).

¹⁷ BECH SERRAT (2015), p. 193; BASOZÁBAL ARRUE (1998), p. 278.

¹⁸ DÍEZ PICAZO (1966), pp. 845-948.

de exoneración de responsabilidad.¹⁹ Al respecto, Basozábal señala que se subjetiviza la pretensión restitutoria, haciéndola depender de la fe de los sujetos implicados.²⁰

En efecto, la norma pondera en la solución del conflicto la buena fe en la que se encontraría tanto el dueño del terreno como el que construye, planta o siembra. Por consiguiente, habiendo desconocimiento en el dueño del predio y justa causa de error en la otra parte,²¹ se reconoce un derecho de opción al propietario para *hacer suyo* o para obligar a pagar el *justo precio* del terreno, y al que construyó, plantó o sembró, el derecho para exigir “el valor de los materiales y demás gastos [...] en tanto se mantenga en la posesión del predio”.²² Asimismo, fluye de la norma el derecho legal de retención mientras no sean reembolsadas las mejoras que, según criterio de la Corte Suprema, debe hacerse efectivo en la acción interpuesta por el propietario que pretende la restitución del predio;²³ lo anterior, por remisión a la norma civil sobre el poseedor vencido del epígrafe 4 del Título XII, Libro II del Código Civil chileno, que distingue al que haya estado de buena o de mala fe, en orden a determinar qué derechos le asisten en el reembolso.²⁴

Luego, en el caso que nos ocupa, buena fe²⁵ del poseedor vencido consiste en haber edificado, plantado o sembrado con justa causa de error de que el terreno le pertenecía, o que tenía algún derecho sobre él,²⁶ por lo cual “desconoce el alcance objetivamente ilícito de su acto”.²⁷ En el caso de la buena fe del dueño del predio, consiste en su falta de conocimiento, el que funciona como criterio de aplicabilidad del inciso 1º del artículo 669, ya que el inciso 2º trata justamente la hipótesis contraria, es decir, que el dueño del terreno hubiese sabido y

¹⁹ CÉSPEDES MUÑOZ (2018), pp. 131-135.

²⁰ BASOZÁBAL ARRUE (1998), pp. 272, 275.

²¹ DíEZ PICAZO (1966), p. 846.

²² GUZMÁN BRITO (1996), p. 561.

²³ *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017).

²⁴ Las reglas sobre prestaciones mutuas tienen un carácter general, así por ejemplo en el caso de nulidad de un contrato según los artículos 1687 y 1689 del Código Civil chileno, discutiéndose el alcance que puede tener dicha remisión en el caso de la resolución; véase MOMBERG URIBE y PIZARRO WILSON (2018), pp. 329-360. En caso de estar de mala fe el poseedor vencido, éste es sancionado y será responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa, lo que tiene un evidente carácter indemnizatorio; PINOCHET OLAVE y CONCHA MACHUCA (2015), pp. 144-150. Por otra parte, el poseedor vencido no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles, al tenor del inciso 1º del artículo 910, ya que podría propiciar una acción dolosa tendiente a tal fin; véase OROZCO MUÑOZ (2015), p. 207; ALONSO (1995); BECH SERRAT (2015), p. 304; BASOZÁBAL ARRUE (1998), p. 322.

²⁵ La buena fe morigeradora la responsabilidad del poseedor vencido respecto de los perjuicios causados y le permite quedarse con los frutos percibidos antes de contestar la demanda, junto con reconocerse el derecho al reembolso de las mejoras útiles y que, por lo mismo, han de subsistir al tiempo de ejercerse la acción; véase OROZCO MUÑOZ (2015), p. 205; BECH SERRAT (2015), p. 447.

²⁶ ATRIA LEMAITRE (2004), p. 22.

²⁷ BECH SERRAT (2015), p. 191.

no se hubiese opuesto a la intromisión.²⁸ En caso de saber y no oponerse, para recuperar su propiedad, el dueño del predio será obligado a reembolsar las mejoras, siendo tratado con mayor dureza que el poseedor vencido de mala fe, quien podrá con todo, retirar las mejoras en tanto no cause un detrimento a la propiedad.²⁹

Respecto del alcance y los límites de este conocimiento, la Corte Suprema ha señalado la necesidad de profundizar en el criterio que permite asignar las consecuencias patrimoniales de la edificación, plantación o siembra, ya que, aquello que distingue ambos incisos del artículo 669 es el conocimiento o desconocimiento en que se encontraría el dueño del predio. La pregunta que ha de responderse entonces es qué ha de entenderse por conocimiento, o, qué significa que la actividad haya tenido lugar a *ciencia y paciencia* del dueño. Si hubo conocimiento en los términos de la norma (es decir, no sólo un mero saber, sino al menos una apariencia sin llegar al consentimiento propio de un acto jurídico) corresponderá subsumir los hechos del caso en el inciso 2° del artículo 669. De lo contrario, tendrá aplicación el inciso primero.³⁰

El inciso 1° del artículo 669 plantea, no obstante, una dificultad: su ubicación en el Código Civil. En efecto, es en algún sentido problemático considerarle a propósito de la accesión. La razón de esto es que hoy se suele restringir el campo de operatividad de este modo de adquirir el dominio.³¹ En relación con el inciso en estudio esto es problemático por dos razones: en primer lugar, por la circunstancia excepcional de conceder al dueño del predio el derecho alternativo de *hacer suyo* u obligar a pagar el *justo precio*; y, en segundo lugar, porque el dueño del terreno al optar por exigir el *justo precio* del predio se sitúa en una hipótesis en la que se discute si se trata de una accesión invertida,³² o solamente de una enajenación que opera a través de venta forzada. En relación con el que sembró en terreno ajeno, el derecho alternativo ofrecido por el inciso 1° del artículo 669, consiste en poner a disposición del dueño del predio el arrendamiento del predio más la indemnización de perjuicios, lo que parece una solución más equitativa para las partes.

II. QUIÉN ES EL DUEÑO DE LA COSA

Dado que el supuesto de hecho del inciso 1° del artículo 669 plantea el problema de concurrencia de titularidad, la del dueño del predio que ha sufrido interferencia en su dominio,³³ y la del poseedor vencido que construyó, plantó o sembró en terreno ajeno, es preciso resolver quién y cómo se adquiere el dominio de esas mejoras, dado que la norma supone una intención positiva del dueño del predio por recuperar la posesión, ejerciendo, por

²⁸ BECH SERRAT (2015), pp. 198-199.

²⁹ ATRIA LEMAITRE (2004), pp. 22-24.

³⁰ *Friopack Servicios Limitada con Banco de Chile S.A.* (2018), Considerando Decimocuarto y Decimoquinto. Véase CORRAL TALCIANI (2018).

³¹ DÍEZ PICAZO (1966), p. 833.

³² PEÑAILILLO ARÉVALO (2019), pp. 725-731.

³³ PINO EMHART (2019a), p. 378.

ejemplo, una acción restitutoria de carácter posesorio, la acción de precario, o incluso por vías de hecho.³⁴

En relación con la concurrencia de titularidad en este conflicto normativo, como ya se indicó, el inciso en estudio se encuentra en las normas sobre la accesión.³⁵ Por ello, aunque en principio pareciera correcto afirmar que la cosa incorporada pasa a pertenecer al dueño del predio,³⁶ esto exige cierta precisión.³⁷

Suele indicarse que el inciso 1° del artículo 669 tiene un carácter excepcional en relación con el artículo 643, que define la accesión en términos generales, por cuanto establece un doble derecho de opción a favor del dueño del predio. En primer lugar, porque el dueño del terreno a través de ejercicio de la opción a su favor, “*tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera*”, expresión que ha dado pie para discutir el carácter automático o diferido de la accesión; ahora bien, en caso de escoger la segunda opción, la de obligar al constructor a pagar el *justo precio* del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, se discute si es esta una hipótesis de accesión invertida; y en el caso del que sembró, dar en arrendamiento el predio exigiendo junto con ello el resarcimiento de los perjuicios causados. Y, en segundo lugar, porque la primera parte del inciso en estudio remite a las reglas del epígrafe 4 del Título XII, Libro II del Código Civil chileno, en cuyo caso, como indica el inciso 3° del artículo 909, el dueño del predio elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en las que consisten las mejoras útiles (gasto), o en su defecto, el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo (mejora).³⁸

En relación con la opción de *hacer suyo*, la discusión doctrinal respecto de la accesión en el inciso 1° del artículo 669, se articula en torno a dos posturas: la accesión automática o inmediata y la accesión condicionada o diferida.

2.1 Accesión automática o inmediata

A diferencia de la doctrina mayoritaria que tiende a ver en la norma en estudio una accesión condicionada, ello por la relevancia que ocupa en el análisis el tenor literal de la

³⁴ *M.Z.R. con P.A.M.* (2016). ATRIA LEMAITRE (2017).

³⁵ En relación con el aporte de Pothier y la configuración moderna de la accesión como modo de adquirir el dominio, véase DÍEZ PICAZO (1966), pp. 835-837. Respecto de antecedentes históricos, la evolución para estimar la accesión como un modo de adquirir y la originalidad de Bello con relación a esta institución, véase LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA (2007), pp. 61-117.

³⁶ DÍEZ PICAZO (1966), pp. 841-842.

³⁷ *C.A.D. con J.H.C.* (2018), Considerando Séptimo.

³⁸ Con relación a la opción que ofrece el inciso 3° del artículo 909, es necesario distinguir entre gasto y mejora; la relevancia de diferenciar ambas nociones es que el gasto para que sea reembolsado tendrá que ser calificado de útil para el dueño del predio, o para todo aquel que se encuentre en su posición. BECH SERRAT (2015), pp. 194, 568-573; OROZCO MUÑOZ (2015), pp. 262-263; ABELIUK MANASEVICH (2014), p. 231. *R.G.S.G. con Corte de Apelaciones de Santiago* (2008).

expresión contenida en la ley,³⁹ “*tendrá el derecho de hacer suyo*”, hay autores en Derecho comparado y nacional que problematizan esto y postulan la accesión automática. En la doctrina española, por ejemplo, Cerdeira postula la tesis de una accesión automática, siguiendo la regla general de la accesión, de tal modo de no excepcionar el supuesto del constructor que edifica en terreno ajeno. Los argumentos del autor para sustentar la tesis de la accesión automática incluyen razones dogmáticas, tales como que, a partir de una interpretación sistemática e histórica, no se debe excepcionar la norma en estudio, por lo que con la incorporación de los materiales se concreta la accesión y el reembolso es solo condición de entrega, no de adquisición de dominio.⁴⁰ En relación con razones prácticas, especialmente referidas a las consecuencias de mantener la separación dominical, inquiere el autor el estado de cosas mientras no se ejerza el derecho de opción: “¿qué sucede (...) mientras el dueño de lo principal toma una decisión y luego, una vez tomada esta, finalmente se paga lo accedido?”⁴¹

En efecto, la tesis de la accesión diferida produce incertidumbre y problemas respecto de la accesión; ello, al mantener subsistente tanto la titularidad del constructor como la del dueño del predio,⁴² por lo cual ni siquiera se dan los requisitos de procedencia para que estos puedan reivindicar sus respectivos dominios. Lo anterior no ocurre en la segunda opción que ofrece la norma a favor del dueño del predio, es decir, obligar a pagar el *justo precio*, por cuanto acá es el constructor quien debe restituir el valor de la cosa principal,⁴³ o en el supuesto del sembrador, el que deberá pagar el arrendamiento que permite la ley junto con resarcir los perjuicios causados.

En la doctrina nacional, la postura de la accesión automática ha sido defendida por Claro Solar⁴⁴ y abordada más recientemente tanto por Atria como por González. Para Atria, el dueño del predio es dueño de las edificaciones desde que “el edificio adhiere permanentemente al suelo”,⁴⁵ por ello, el ejercicio de la opción que otorga la norma posibilita que el dueño del predio recupere el uso y goce del predio.⁴⁶ Por su parte, para González la adquisición del dominio operaría de modo automático, por cuanto la accesión más que un modo de adquirir el dominio entraña una forma de perderlo; por ello, el desplazamiento de la titularidad se produce desde la incorporación de los materiales.⁴⁷

³⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), pp. 50-53.

⁴⁰ CERDEIRA BRAVO (2012), pp. 53-67.

⁴¹ CERDEIRA BRAVO (2012), p. 68.

⁴² ALONSO PÉREZ (2001), pp. 5-6.

⁴³ BECH SERRAT (2015), pp. 196-197.

⁴⁴ CLARO SOLAR (1979), p. 232.

⁴⁵ ATRIA LEMAITRE (2004), p. 29.

⁴⁶ ATRIA LEMAITRE (2004), p. 28; PINO EMHART (2019a), p. 384.

⁴⁷ GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2017), pp. 235-236.

Luego, adhiriendo a esta tesis, pareciera apropiado distinguir entre la adquisición del dominio, que opera de acuerdo a la regla general de la accesión, ello es, desde la incorporación de los materiales por el que edifica, planta o siembra, conforme el principio *superficies solo cedit*, y el reembolso debido en caso de operar la opción por la cual el dueño del predio decide *hacer suyo*, ya que con esto lo que acontece es que el dueño del predio entra en posesión de las mejoras, operando dicho reembolso de acuerdo a la lógica restitutoria de las prestaciones mutuas respecto del poseedor vencido que se encontrase de buena fe.

En la segunda opción dispuesta por la norma a favor del dueño del predio, a través de la venta forzada se transfiere y cede la titularidad de dominio del predio, en que ya había ingresado con la accesión la mejora del que construyó o plantó. En este caso, no corresponde incluir el valor de la mejora en el precio de venta del predio, a fin de evitar un enriquecimiento indebido. Sin embargo, queda la pregunta respecto de si el constructor puede negarse a adquirir el predio. Dado que el inciso 1° del artículo 669 plantea el derecho de opción a favor del dueño del predio, en la medida que este escoja esta alternativa, el constructor no debiese negarse, pudiendo ser representado incluso por el juez tal como indica el artículo 532 del Código de Procedimiento Civil chileno en relación con una obligación de hacer. Sin embargo, en caso de que el constructor abandone las mejoras y no reclame su reembolso, podrá entenderse que renuncia a una acción dispuesta en su favor;⁴⁸ con todo, si las mejoras no son útiles, aunque el constructor renuncie, debiese quedar sujeto a la acción de indemnización de perjuicios que pudiese causar el acto intromisorio de acuerdo con las reglas generales.

2.2 Accesión condicionada o diferida

Por otro lado, están aquellos que postulan que la accesión se encontraría diferida⁴⁹ hasta que se verifique el reembolso correspondiente a favor del poseedor vencido, esto dado los términos empleados por la primera parte del inciso en estudio, “*tendrá el derecho de hacer suyo*”, que parecen mostrar que la accesión no opera de modo automático, sino diferido. En relación con esto, en la doctrina chilena el supuesto del que edifica, planta o siembra en terreno ajeno, como señala Ramos Pazos, constituiría norma especial respecto de la regla general del artículo 643, siendo determinante para esta comprensión el tenor literal de la ley. De este modo, un sector importante de la doctrina chilena ha estado de acuerdo con Ramos Pazos cuando afirma que, por idéntica razón, no se puede afirmar la adquisición de los materiales y transmisión de la titularidad por el solo hecho de la incorporación de los materiales en el predio del propietario.⁵⁰ Por lo mismo, reafirman la accesión condicionada al pago que debe hacer el dueño del predio,⁵¹ constituyendo en Chile al igual que en Derecho

⁴⁸ ALONSO PÉREZ (2001), p. 10.

⁴⁹ Se señala que la accesión es diferida cuando genera un derecho de opción, de tal modo que sólo con el ejercicio de esa opción se consolida la accesión; véase DÍEZ PICAZO (1966), p. 843. *C.A.D. con J.H.C.* (2018).

⁵⁰ RAMOS PAZOS (1985), pp. 141-142.

⁵¹ DÍEZ PICAZO (1966), pp. 851-852.

comparado, la postura doctrinal mayoritaria, tesis también seguida por la jurisprudencia nacional.⁵²

Debido a lo anterior, hay quienes han llegado a postular –incluso– que el modo cómo el dueño de predio se hace dueño de los materiales en este caso, es la tradición y no la accesión. En contra, Ramos Pazos señala que, en efecto, siendo sin duda una hipótesis de accesión, en este caso ella se encuentra sujeta a la condición que el dueño del terreno reembolse las mejoras.⁵³

Por lo mismo, en relación con el momento en que el propietario del terreno se hace dueño de la edificación, plantación o siembra, ello ocurriría desde que el dueño del terreno ejerza el derecho de opción dispuesto a su favor,⁵⁴ en caso de que decida *hacer suyo* lo construido, manteniendo el constructor hasta entonces la calidad de dueño de los materiales.⁵⁵ Por ello, no debiese prosperar una acción reivindicatoria en tanto no se reembolse el gasto o valor de la mejora,⁵⁶ puesto que el constructor mantiene la titularidad sobre la edificación y, además, ya que perfectamente pudiese escogerse la segunda alternativa, la de enajenar, forzando en este caso la compra por parte del poseedor vencido.

En la hipótesis de *hacer suyo*, si se sostiene la tesis de una accesión diferida, ejercer la opción significa que el dueño del predio manifiesta su voluntad y acepta por ese acto el desplazamiento de la titularidad de la edificación, plantación o siembra,⁵⁷ consolidándose entonces la accesión, con la obligación para el dueño del predio de reembolsar las mejoras, a fin de evitar un enriquecimiento injustificado. Si bien no nace una obligación restitutoria mientras el dueño del predio no decida hacer suya las mejoras, queda por resolver si se puede accionar directamente, es decir, si el constructor podría forzar esta indefinición y exigir que el dueño del predio ejerza el derecho de opción dispuesto a su favor,⁵⁸ aunque el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción del 26 de octubre de 1983 ha negado esta posibilidad.⁵⁹

Por otra parte, en caso de que el dueño del predio no acepte el enriquecimiento impuesto y opte por obligar al que construyó o plantó a pagar el *justo precio* del terreno, es decir, la venta forzada, en la perspectiva de la accesión diferida esto implicaría que, habiéndose rechazado el enriquecimiento impuesto por el constructor, como señala Peñailillo, la accesión se verifica en favor del dueño de la construcción, a condición del mayor valor o importancia de la construcción.

⁵² *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018), c. 10°.

⁵³ RAMOS PAZOS (1985), p. 145.

⁵⁴ BECH SERRAT (2015), p. 193.

⁵⁵ RAMOS PAZOS (1985), pp. 144-145.

⁵⁶ BECH SERRAT (2015), p. 194.

⁵⁷ BECH SERRAT (2015), p. 32.

⁵⁸ *C.A.D. con J.H.C.* (2018), c. 6°.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 616-83, citada en RAMOS PAZOS (1985) p. 146.

Por tanto, el poseedor vencido puede ejercer el derecho de retención,⁶⁰ en tanto no se verifique el reembolso del gasto o mejora.⁶¹ Por ello, subsisten dos derechos de propiedad, aunque en términos prácticos ello no tenga relevancia a nivel del sistema de inscripción nacional, dado que en Chile no se admite la separación dominical para efectos del registro en el Conservador de Bienes Raíces. Asimismo, el derecho de retención se vuelve superfluo, toda vez que, subsistiendo la titularidad del propietario sobre el terreno y la del constructor sobre la edificación, este último retiene lo que es suyo, todo lo cual resta fuerza al planteamiento de la accesión diferida.

2.3 Accesión invertida

Según se ha indicado, la norma en estudio centra su atención en el dueño del predio,⁶² a quien se le otorga el derecho de opción con la posibilidad de *hacer suyo* lo construido o de forzar a pagar el *justo precio* por el predio; esta segunda opción es conocida como accesión invertida, por invertir la regla del derecho de opción e imponer la adquisición al constructor invasor, quien de este modo tendrá que adquirir el predio.

En relación con si se verifica una hipótesis de accesión invertida, desarrollada en la dogmática española especialmente para el caso de accesión extralimitada,⁶³ vale preguntarse de dónde procede la adquisición, si de la fuerza de atracción de lo principal operando automáticamente *ex lege*,⁶⁴ en este caso la construcción o plantación, o, del acto jurídico del constructor que se ve obligado a comprar el predio.⁶⁵ Pareciera ser esto último, por lo cual, en este caso, parece difícil admitirse la tesis de una accesión invertida, ya que surge del acto unilateral del dueño del predio que puede librarse de la accesión traspasando el terreno, sin el valor de la edificación o plantación, a fin de evitar igualmente el principio de enriquecimiento indebido.⁶⁶ Así, para Alonso Pérez no constituye accesión invertida, toda vez que no opera a través de la vis atractiva y automática de la cosa principal, sino por un acto jurídico: la compra forzosa.⁶⁷ Al respecto Bech indica que, “el ordenamiento permite liquidar como si se tratara de un supuesto de obtención de enriquecimiento por parte del dueño de la cosa accesorio, haciendo a este restituir el valor de la cosa principal”.⁶⁸

⁶⁰ ALONSO PÉREZ (2001), p. 4.

⁶¹ BECH SERRAT (2015), p. 175.

⁶² BECH SERRAT (2015), p. 193; DÍEZ PICAZO (1966), p. 840.

⁶³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2011), pp. 3064-3071.

⁶⁴ ALONSO PÉREZ (2001), pp. 9-10.

⁶⁵ BECH SERRAT (2015), p. 193.

⁶⁶ ALONSO PÉREZ (2001), pp. 9-10.

⁶⁷ ALONSO PÉREZ (2001), pp. 4-5.

⁶⁸ BECH SERRAT (2015), pp. 196, 614-623.

Aunque en materia de construcción el suelo siempre constituye la materia principal,⁶⁹ el principio *superficies solo cedit* es concreción del principio más genérico *accessorium sequitur principale*, por lo cual, para configurarse una hipótesis de accesión invertida es preciso distinguir qué es lo accesorio y qué lo principal, estableciéndose que, en este caso, la atracción la ejerce la edificación sobre el predio.⁷⁰ Por ello, Peñailillo ha planteado que en la norma en estudio no habría accesión invertida, dado que entre los principios que le regulan es relevante la accesoriedad, por ello, continuaría tratándose simplemente de una hipótesis de accesión en tanto el edificio sea de más importancia o valor que el terreno.⁷¹

Así, manteniendo un planteamiento coherente respecto que, la accesión por regla general opera de modo automático, se ve complejo sustentar la tesis de accesión invertida a condición del mayor valor de la edificación o menor valor del terreno, dado que la norma no condiciona a este respecto. Por lo mismo, pareciera que se verifica solo una venta forzada del predio en que para evitar un enriquecimiento indebido deberá deducirse el valor de la edificación o la plantación.

Por otra parte, como se ha indicado, la primera parte del inciso 1° del artículo 669 junto con conceder la opción al propietario para *hacer suyo* lo construido, plantado o sembrado, concede un derecho de reembolso al poseedor vencido que se encontrase de buena fe. La adecuada comprensión de este derecho implica atender a la naturaleza jurídica de la acción que otorga al poseedor vencido, ya que las consecuencias de su calificación tienen efectos respecto de la titularidad y la prescripción de la acción, entre otros. Y, aunque parece haber acuerdo respecto que se trata de un reembolso restitutorio, no se afirma lo suficiente, lo que genera ciertas dificultades a nivel judicial.

III. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN

El supuesto de hecho de la norma en estudio es el del dueño del predio, quien sufre una intromisión en el derecho de dominio al interferirse en el uso y goce a que tiene derecho como propietario. Por consiguiente, la obligación de reembolsar nace de la transgresión de un derecho real,⁷² que paradójicamente pesa sobre quien ha sufrido la misma interferencia, lo cual –como advierte Atria– no deja de ser extrañamente anómalo.⁷³

Así, en tanto quisiese *hacer suyo* lo construido, plantado o sembrado, deberá reembolsar al poseedor vencido mediante las *indemnizaciones* prescritas en remisión al epígrafe 4 del Título XII, De la Reivindicación. De este modo, mientras ello no se verifique, el constructor

⁶⁹ SAN MARTÍN NEIRA (2016), pp. 152-154.

⁷⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2011), pp. 3064-3071.

⁷¹ PEÑAILILLO ARÉVALO (2019), p. 728.

⁷² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), p. 99.

⁷³ ATRIA LEMAITRE (2004), p. 24; CÉSPEDES MUÑOZ (2018), pp. 132-133.

mantendría el dominio sobre los materiales,⁷⁴ y el dueño del predio no los adquiere,⁷⁵ lo que colisiona con el concepto de accesión tal como se indicó anteriormente.

Ahora bien, en relación con el concepto mismo *indemnizaciones* empleado en el inciso en estudio, cabe preguntarse por su función: radica –acaso– solamente en remitir a las normas sobre prestaciones mutuas, o busca imprimir un carácter indemnizatorio al reembolso por el cual el dueño del predio puede *hacer suyas* estas mejoras, sobreentendiendo que ellas han sido útiles;⁷⁶ resulta algo ligero, sin embargo, concluir que dicho reembolso sea indemnizatorio derivado solo del empleo de dicho concepto. En efecto, el resarcimiento requeriría imputación objetiva o subjetiva de modo que se hiciese comprensible el deber de indemnizar.⁷⁷

Luego, descifrar si la acción prescrita por el inciso 1º del artículo 669 tiene una naturaleza indemnizatoria o restitutoria, implica establecer si debe atenderse al daño y su imputación debiendo devolverse todas las ganancias originadas en el ilícito, o, prescindiendo de lo anterior, si debe entregarse solo el beneficio obtenido de la atribución patrimonial indebida.⁷⁸

En efecto, es relevante determinar la naturaleza jurídica de la acción, ya que de ello se siguen importantes efectos prácticos en la configuración de la obligación y de la acción. Como señala Cerdeira: “fijada la *natura iuris* podrá entonces determinarse la capacidad y la legitimación necesarias para el ejercicio de tal opción, el plazo –de haberlo– en que puede ejercitarse, y si es solo ejercitable frente al edificante o puede hacerse efectiva frente a posibles terceros adquirentes del edificio”.⁷⁹

Así, en el caso que fuese un reembolso indemnizatorio, la legitimación pasiva corresponde al que causó el daño o perjuicio, y la legitimación activa, a quien sufrió dicho daño. En cambio, tratándose de un reembolso restitutorio, la legitimación pasiva corresponde a quien detente el dominio y haya adquirido la mejora, y la legitimación activa, al autor de la mejora, en tanto concurren los requisitos de haberse construido, plantado o sembrado en terreno ajeno, que el dueño no hubiese sabido y que al momento de ejercer la acción subsistan dichas mejoras.

Con relación a la prescripción, la acción indemnizatoria prescribe en el término de cuatro años de acuerdo con el artículo 2332; en cambio, la acción restitutoria prescribe de acuerdo a la regla general en un plazo de cinco años conforme el artículo 2515.

La naturaleza de la acción también tiene efectos a nivel de la transmisibilidad de la acción. Ello, porque si la naturaleza es indemnizatoria, la parte activa sí puede ceder la

⁷⁴ *D.D.R. con J.R.V.* (2016).

⁷⁵ RAMOS PAZOS (1985), p. 142; *A.L.S. con K.S.M. y otros* (2015).

⁷⁶ ALONSO PÉREZ (2001), p. 3.

⁷⁷ CÉSPEDES MUÑOZ (2018), pp. 134-135.

⁷⁸ PINO EMHART (2019a), pp. 379-380; *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018).

⁷⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), p. 49; OROZCO MUÑOZ (2015), pp. 350-351.

acción, pero no la parte pasiva, ya que el responsable de la indemnización será siempre el autor del daño.⁸⁰ Ahora bien, para afirmar el carácter restitutorio de la acción del inciso 1° parece relevante atender a las siguientes consideraciones.

3.1 El sistema de los artículos 668-669

En primer lugar, los artículos 668 y 669 forman un sistema con dos hipótesis opuestas. En el caso del dueño del predio que construye con materiales ajenos, de acuerdo con el artículo 668, habiéndose verificado la accesión por la incorporación de los materiales, queda no obstante obligado a pagar los materiales a su justo precio o entregar otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, compensando de este modo la pérdida que sufre el dueño de los materiales. Por consiguiente, dichos reembolsos tienen un carácter claramente restitutorio.

Por otra parte, el inciso 2° del artículo 668 distingue efectos indemnizatorios, en caso de no haber habido justa causa de error por parte del dueño del predio, al indicar que será obligado al resarcimiento de perjuicios por el acto ilícito cometido.⁸¹ Añade la norma que, si ha procedido a sabiendas, por ese hecho doloso también quedará sujeto a la acción penal pertinente.⁸² Por tanto, en este supuesto, claramente el legislador ha distinguido la acción restitutoria e indemnizatoria, imputando esta última de acuerdo a las reglas generales, e incluso considera la factibilidad de concurrencia de acciones, por supuesto, en tanto ello no implique doble pago.

En cambio, en la acción de reembolso otorgada en el inciso 1° del artículo 669 no se ha distinguido en modo alguno el carácter restitutorio o indemnizatorio de la norma.⁸³ Asimismo, atendiendo a los elementos gramaticales y sistemáticos del inciso en estudio, no es posible deducir que tenga un carácter indemnizatorio de la sola expresión *indemnizaciones* que emplea, ya que no menciona perjuicio alguno que pudiese imputarse al dueño del predio y porque la circunstancia de conocer y no haberse opuesto a la intromisión del que construyó, plantó o sembró, colocaría al propietario del terreno en la hipótesis del inciso 2° del artículo 669, en que sí se sanciona su negligencia, dado que puede ser ocasión de una omisión dolosa, o pudiendo incluso presumirse al menos un consentimiento tácito.⁸⁴ El inciso en estudio plantea únicamente, en el caso de quien sembró en terreno ajeno, una obligación resarcitoria de perjuicios junto con la renta por el uso del predio, como parte de la segunda opción que se concede al dueño del predio.

⁸⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), p. 101.

⁸¹ PINO EMHART (2019a), p. 382.

⁸² En relación con las dificultades que plantea el desarrollo histórico de la norma, Soza sostiene la naturaleza penal de la *Actio de tigno iuncto*, junto con sumarse a la corriente que sostiene que en la época de Justiniano la acción se transformó en una acción indemnizatoria. Véase SOZA RIED (2019), pp. 377-378.

⁸³ Con referencia a Papiniano D.6,1,48, fundado en la equidad, la única forma de reclamar un reembolso es mediante la *exceptio doli* a favor del poseedor de buena fe. Véase SOZA RIED (2019), pp. 382-383.

⁸⁴ ATRIA LEMAITRE (2004), pp. 24-25.

3.2 Factibilidad de una indemnización contractual o extracontractual

En segundo lugar, en relación con la posibilidad de deducir la naturaleza indemnizatoria de la opción por la cual el propietario quisiera *hacer suyas* las mejoras, cabe preguntarse por el sentido de ello. ¿Tendría el sentido de la indemnización de perjuicios por delito o cuasidelito civil? Si así fuese, debe observarse que, quien ha cometido un ilícito por intromisión en derecho ajeno es el constructor, luego, pareciera no ser factible tal comprensión, dado que la indemnización en este caso pesa sobre el dueño del terreno invadido. En todo caso, ¿podría acaso subsumirse la acción del inciso 1° del artículo 669 en los regímenes de responsabilidad que contempla el Derecho chileno? Respecto del régimen de responsabilidad contractual, no procede, toda vez que entre el dueño del terreno y el constructor no ha mediado acuerdo alguno. Dicha posibilidad, como se indicó anteriormente, se discute a nivel doctrinal y jurisprudencial a propósito del inciso 2° del artículo 669, en tanto el constructor hubiese edificado a *ciencia y paciencia* del dueño del terreno, lo que podría interpretarse como consentimiento tácito o aquiescencia del dueño del predio ante la obra del constructor.⁸⁵

Sobre la pertinencia de aplicar al inciso en estudio el régimen de responsabilidad extracontractual que, de acuerdo con los artículos 2314 y 2329, impone la obligación de indemnizar a todo el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, debe recordarse que la legislación civil chilena consagra no única, pero sí fundamentalmente, un régimen de responsabilidad por culpa. Luego, deben concurrir los requisitos que la doctrina y jurisprudencia han calificado como necesarios para estimar la pertinencia de la acción indemnizatoria. Entre ellos destacan el daño y la culpa. Como señala Barros: “el principio de la responsabilidad por culpa es fundamento y límite de la responsabilidad: por regla general, el dolo y negligencia dan lugar a la responsabilidad civil y, en contraste, solo se responde si se ha incurrido en dolo o negligencia”.⁸⁶

Al respecto, para dar paso a la responsabilidad extracontractual debiese configurarse en la especie un ilícito por parte del dueño del predio que justificase la indemnización por las ganancias adquiridas injustamente, lo cual en el inciso 1° del artículo 669 no procede. En un sentido diferente, pudiese calificarse la restitución de la norma en estudio como una indemnización *por sacrificio*,⁸⁷ a fin de resolver el conflicto entre libertad de actuación y la protección de ciertos bienes jurídicos,⁸⁸ tal como la propiedad; de este modo, siendo preponderante el dominio del dueño del predio, el reembolso compensa el sacrificio del constructor, el que pierde la titularidad de los materiales desde que se verifica la accesión. Sin embargo, tal uso del concepto indemnización es distinto al de la responsabilidad civil, en que la acción indemnizatoria requiere imputación a culpa o dolo,⁸⁹ ya que el sentido propio de la

⁸⁵ *Friopack Servicios Limitada con Banco de Chile S.A.* (2018).

⁸⁶ BARROS BOURIE (2020), p. 66.

⁸⁷ CÉSPEDES MUÑOZ (2019a), pp. 1043-1050.

⁸⁸ CÉSPEDES MUÑOZ (2018), p. 131.

⁸⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), p. 29; CÉSPEDES MUÑOZ (2019a), p. 1045.

acción resarcitoria es reparar el daño causado, cuando no proceden causales de exoneración de dicha responsabilidad.

Por otro lado, la obligación de reembolsar que contempla el inciso 1° del artículo 669, que si bien recae en quien sea el dueño del terreno enriquecido, queda supeditada a que este manifieste su voluntad, incluso por vías de hecho,⁹⁰ de recuperar el predio detentado por el constructor y opte por la alternativa de *hacer suyo*, debiendo reembolsar las mejoras de acuerdo a lo señalado por la ley, en cuyo caso el poseedor vencido podrá reclamar el pago una vez que la obligación se haga exigible y en tanto no hubiese prescrito su acción de acuerdo a las normas generales.⁹¹

3.3 El sentido del reembolso

Dado que el ilícito en este caso se configura por la intromisión del que construye, planta o siembra en terreno ajeno⁹² y el daño lo sufre el dueño del predio, fluye del texto legal una lógica diferente: la finalidad de la acción no es reparar el daño causado, sino evitar un enriquecimiento indebido.⁹³ Así, el reembolso por enriquecimiento injustificado debe mirar al que se hizo más rico,⁹⁴ no al empobrecido, lo que no siempre es claro a nivel jurisprudencial; a diferencia de una acción de indemnización de perjuicios en que el daño fija la cuantía indemnizatoria, en el enriquecimiento injustificado, indica Peñailillo: “estamos en presencia de una atribución patrimonial y de ventajas conforme al ordenamiento jurídico y de un goce indebido de las mismas (...); se trata de la obligación de restituir por quien no tiene causa para retener”.⁹⁵

En este sentido, Álvarez Caperochipi señala que es un error entender por empobrecimiento lo contrario del enriquecimiento, por lo que no debe exigirse un empobrecimiento correlativo para reclamar el reembolso restitutorio, ya que no se busca indemnizar al empobrecido, sino recuperar el enriquecimiento atribuido indebidamente;⁹⁶ y tampoco será necesario atender a elementos de imputabilidad, culpa o dolo,⁹⁷ porque no es un reembolso imputable a responsabilidad. Por ello, aunque la norma emplee el concepto de

⁹⁰ *M.Z.R. con P.A.M.* (2016).

⁹¹ *D.D.R. con J.R.V.* (2016).

⁹² BARROS BOURIE (2009), pp. 22-26.

⁹³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), p. 99; CÉSPEDES MUÑOZ (2019a) pp. 1051-1052; *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018).

⁹⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), p. 29.

⁹⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), p. 15; *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018).

⁹⁶ Citado en BECH SERRAT (2015), pp. 470-471; BARROS BOURIE (2009), pp. 26-30.

⁹⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), p. 29.

indemnizaciones en remisión a las reglas sobre el poseedor vencido, debe interpretarse en clave restitutoria.⁹⁸

Así, la norma busca equilibrar los derechos del dueño del predio y los de quien construye, planta o siembra.⁹⁹ Por ello, el conflicto de pretensiones surgido a raíz de la interferencia en dominio ajeno¹⁰⁰ se soluciona de modo indirecto, es decir, se adquirirá el dominio de la construcción, plantación o siembra, como resultado de las opciones que la norma plantea a favor del dueño del terreno, en tanto el enriquecimiento sea efectivo,¹⁰¹ cierto y actual.¹⁰² Consecuentemente, la acción que concede el inciso 1° del artículo 669 se funda en el enriquecimiento injustificado,¹⁰³ teniendo por tanto una naturaleza restitutoria.¹⁰⁴ En relación con esto, Basozábal habla de una “perspectiva restitutoria”¹⁰⁵ por la cual se compensa al que efectivamente ha resultado afectado por la atribución patrimonial,¹⁰⁶ por lo cual el empobrecimiento no debiera ser relevante ni como requisito de la acción ni como límite del reembolso,¹⁰⁷ ya que, habiendo una atribución patrimonial indebida, el principio de enriquecimiento injustificado impone la obligación de restituir.¹⁰⁸

Dado que no se ha enfatizado lo suficiente el carácter restitutorio de la acción del inciso 1°, lo anterior es complejo a veces en la práctica judicial; en *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* se discute precisamente en torno a este problema, y por ende cuál es la naturaleza de la acción y qué es lo que ella debiese incluir.¹⁰⁹ A juicio de la Corte Suprema la acción que ofrece el Decreto Ley N° 2.186 del año 1978 resulta inidónea para que la parte demandante

⁹⁸ OROZCO MUÑOZ (2015), p. 254.

⁹⁹ BASOZÁBAL ARRUE (1998), pp. 267-268.

¹⁰⁰ DíEZ PICAZO (1966), pp. 837-838.

¹⁰¹ BECH SERRAT (2015), p. 447.

¹⁰² BECH SERRAT (2015), p. 458.

¹⁰³ ALONSO PÉREZ (2001), p. 7.

¹⁰⁴ PINOCHET OLAVE y CONCHA MACHUCA, (2015) p. 148; BARROS BOURIE (2020), p. 1038.

¹⁰⁵ BASOZÁBAL ARRUE (1998), p. 268; BECH SERRAT (2015), p. 190.

¹⁰⁶ BECH SERRAT (2015), p. 464.

¹⁰⁷ BASOZÁBAL ARRUE (1998), p. 334.

¹⁰⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), pp. 13, 28; *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018), c. 9°.

¹⁰⁹ *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018), c. 8°. Ambas partes vienen en interponer recurso de casación en el fondo contra la sentencia de reemplazo dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que rechaza la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio y por responsabilidad extracontractual deducida contra el Serviu Región de los Lagos, y que acogió la acción por enriquecimiento injustificado, disponiendo la restitución únicamente de la ventaja obtenida, por lo tanto, ello sin reajustes ni intereses. En relación a la técnica jurídica empleada para acoger la acción *in rem verso* en dicha sentencia y la problematicidad de ello, véase CÉSPEDES MUÑOZ (2019b) pp. 4-5.

hiciese valer sus derechos, por lo que la acción de reembolso –en subsidio– debía ser acogida; añade el fallo, el reembolso debe incluir en este caso tanto reajuste como intereses.¹¹⁰

A la luz de este fallo, el que la restitución debiese ser íntegra, no siempre es evidente ni fácil de resolver. Por ello, al considerar la necesidad de valorizar la obligación que surge para el dueño del predio que quisiese hacer suyo lo construido, plantado o sembrado, el acento debe trasladarse del monto del empobrecimiento al monto efectivo del enriquecimiento, a fin de no aplicar la lógica indemnizatoria al reembolso restitutorio. Luego, con relación a los reajustes e intereses corresponde aplicar reglas comunes, por lo que, el reajuste procederá desde que la obligación adquiere certeza absoluta, mientras que los intereses desde que el deudor haya sido constituido en mora.

3.4 La remisión normativa

¿Qué sentido tiene entonces el empleo del concepto *indemnizaciones*? El concepto requiere ser interpretado únicamente en clave de restitución por enriquecimiento injustificado,¹¹¹ ya que solo busca corregir una atribución patrimonial carente de causa y no resarcir daños. Asimismo, para Cerdeira, “la expresión es lata, o impropia si se quiere, pues no se refiere al resarcimiento de un daño, sino a la compensación o la reintegración del valor del bien accesorio adquirido por accesión y que su anterior dueño pierde”.¹¹²

Por lo anterior, el uso del concepto de *indemnización* en el inciso 1° del artículo 669, no puede dar lugar para calificar de indemnizatoria la acción que configura, justificándose el uso del concepto más bien en el empleo de una técnica jurídica por parte de Bello, la remisión,¹¹³ por la cual se evita duplicar innecesariamente las normas jurídicas del Código Civil, lo que “obedece, sin duda, a la analogía existente entre, por un lado, la situación creada cuando el propietario del suelo decide quedarse con la obra, el sembrado o la plantación y, por el otro, la propia de liquidar una situación posesoria”.¹¹⁴ Más importante aún, porque el fundamento de la norma es prevenir una atribución patrimonial indebida reembolsando la mejora hecha por el poseedor vencido.

¹¹⁰ *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018), c. 21°. En voto dividido, algunos ministros de la Corte señalan que la acción que se acoge y en virtud de la cual se condena al demandado, siendo de una naturaleza restitutoria, no puede incluir otros elementos, lo que pone en evidencia una comprensión limitada que atiende al empobrecimiento efectivo, siguiendo con ello la lógica de un reembolso indemnizatorio cuyo límite está dado por el daño.

¹¹¹ BECH SERRAT (2015), p. 190.

¹¹² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), p. 96.

¹¹³ BARRIENTOS GRANDON (2017), pp. 83-84.

¹¹⁴ BECH SERRAT (2015), p. 195.

IV. ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

Como se ha indicado, la acción de reembolso que contempla el inciso 1° del artículo 669 se fundamenta en el principio de equidad¹¹⁵ y el enriquecimiento injustificado,¹¹⁶ considerado actualmente un principio general del derecho que,¹¹⁷ no obstante no estar regulado en el Código Civil chileno,¹¹⁸ inspira algunas de sus instituciones,¹¹⁹ así por ejemplo, las prestaciones mutuas; por ello, la acción busca evitar el enriquecimiento a expensas de otro cuando no hay causa jurídica para ello,¹²⁰ buscándose en este caso la restauración de la situación patrimonial alterada.¹²¹

Tal como evidencia *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región*, es relevante preguntarse qué debiese incluir la restitución. Por regla general tratándose de una mejora traspasable, podrá ser reclamada la restitución en naturaleza,¹²² en cuyo caso no surge problema en la valorización.¹²³ Lo anterior es posible en tanto la mejora no hubiese accedido al suelo,¹²⁴ como indica, por ejemplo, el inciso final del artículo 668. Pero cuando ha operado la accesión por la incorporación de los elementos al suelo, la construcción se hace intransmisible, esto es, no es traspasable,¹²⁵ en cuyo caso procede que se valore mediante criterios objetivos y subjetivos, y se restituya su valor monetario.¹²⁶ Como señala Orozco, la valorización objetiva podrá establecerse a partir del valor de mercado del uso, bien o servicio recibido,¹²⁷ por supuesto, al tiempo en que se ha verificado el enriquecimiento,¹²⁸ mientras que la valorización subjetiva puede consistir en establecer si la mejora reporta utilidad o beneficio

¹¹⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), p. 12.

¹¹⁶ La noción encuentra su antecedente en la expresión *hacere más rico*, que en su forma latina suele encontrarse en las fuentes romanas como *locupletior sit* y *locupletior ese* o *locupletior factus est*. Así, por ejemplo, en el Digesto o en el Codex. Sin embargo, su recepción y posterior evolución se enmarca en la interpretación que permeó el Derecho común, hecha por los juristas europeos, en que se distinguen: supuestos típicos, la *regula iuris* y la *condiciones*. Cfr. BARRIENTOS GRANDON (2017), pp. 51-53; PINO EMHART (2019b), pp. 470-474.

¹¹⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), pp. 9, 34; ABELIUK MANASEVICH (2014), p. 224.

¹¹⁸ ABELIUK MANASEVICH (2014), p. 226; PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), pp. 32-34.

¹¹⁹ LETELIER CIBIÉ (2018), p. 650.

¹²⁰ *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018).

¹²¹ OROZCO MUÑOZ (2015), p. 252.

¹²² MOMBERG URIBE y PIZARRO WILSON (2018), pp. 340-343.

¹²³ OROZCO MUÑOZ (2015), p. 272.

¹²⁴ OROZCO MUÑOZ (2015), pp. 278-281.

¹²⁵ BECH SERRAT (2015), pp. 188-189.

¹²⁶ BECH SERRAT (2015), pp. 558, 561-563.

¹²⁷ OROZCO MUÑOZ (2015), p. 272.

¹²⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), pp. 97-98; BECH SERRAT (2015), p. 453.

para el enriquecido.¹²⁹ Barros, en línea con esto, señala que se debe restituir “ante todo, el gasto que el demandado se ha ahorrado al usar indebidamente bienes del actor; enseguida, la ganancia neta que se sigue del uso”.¹³⁰

Aunque la norma en estudio busca ponderar las pretensiones de ambas partes, la obligación de reembolsar que pesa sobre el dueño del terreno en la primera opción que ofrece a su disposición, puede constituir una carga excesiva cuando, por ejemplo, el dueño del predio no pensase en realizar tales mejoras, o si reembolsar implicase un gravamen haciendo incluso imposible dicho reembolso. Así pues, y por tratarse de una hipótesis de enriquecimiento impuesto,¹³¹ la segunda parte del inciso 1° del artículo 669 abre excepcionalmente otra opción al dueño del predio, la de obligar al constructor a pagarle el *justo precio* del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. Con todo, la solución no es perfecta como ya se indicó, por cuanto puede darse el caso que tampoco se pueda ni quiera vender.

Frente a estos inconvenientes, la doctrina española comienza a postular una restitución en sentido más amplio, que también debiese estimular la reflexión doctrinal nacional, por lo que son posibles soluciones tanto “el arrendamiento o la transmisión de la propiedad de la cosa al sujeto que realiza la mejora”,¹³² así como también la constitución de una comunidad entre constructor y dueño del predio a prorrata del valor de sus aportes.

De entre otros caracteres de la acción, destaca la obligación de reembolsar que surge para el demandado. Es una obligación de dar y que consistirá habitualmente en dar una cantidad de dinero.¹³³ La acción es personal,¹³⁴ es decir, el constructor contra el dueño o sus herederos, y patrimonial. Por ello, es posible renunciar a la acción, junto con la posibilidad de transmitirle o cederle.¹³⁵ Con relación a la prescripción, el plazo normal es de cinco años, desde que surge la posibilidad de exigir el resarcimiento, por lo cual no es óbice a la acción el hecho que las mejoras se hubiesen realizado quizá mucho tiempo atrás.¹³⁶

Para visualizar otros caracteres de esta acción restitutoria,¹³⁷ resulta ilustrativo el fallo de la Corte Suprema en *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros*.¹³⁸ En el fallo, entre otras

¹²⁹ OROZCO MUÑOZ (2015), pp. 275-278; BECH SERRAT (2015), pp. 539, 593-599.

¹³⁰ BARROS BOURIE (2020), p. 1040.

¹³¹ BASOZÁBAL ARRUE (1998), p. 300.

¹³² BECH SERRAT (2015), pp. 541, 606, 626-628.

¹³³ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), pp. 28-29, 35.

¹³⁴ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2012), p. 100; OROZCO MUÑOZ (2015), p. 329.

¹³⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), p. 37.

¹³⁶ *D.D.R. con J.R.V.* (2016).

¹³⁷ OROZCO MUÑOZ (2015), p. 261.

¹³⁸ El demandante interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que confirmó el fallo de primera instancia que rechazó la acción de pago de lo no debido y

cosas, se plantea la discusión respecto de la titularidad de la acción y el carácter subsidiario de esta.

4.1 Titularidad de la acción

En relación con la titularidad de la acción de enriquecimiento injustificado, indica el fallo antes mencionado, que corresponde a quien ha experimentado un empobrecimiento,¹³⁹ pero dicha titularidad y derechos deben haber sido probados previamente, o en juicio, cosa que nunca tuvo el carácter de *decisoria litis*, razón por la cual la Corte en este caso no pudo pronunciarse al respecto.¹⁴⁰

Si bien la acción de enriquecimiento injustificado puede impetrarse por vía de demanda o reconvenional, sin limitación probatoria en relación con los artículos 1708 y 1709,¹⁴¹ la acción especial del inciso 1º del artículo 669, supone que el dueño del predio ejerza el derecho de opción y decida hacer suyo la edificación, plantación o siembra.¹⁴² Esta circunstancia plantea el problema ya enunciado respecto de si quien edificó, plantó o sembró, puede forzar la opción del dueño del predio por medio de una demanda. Frente a esto, como se indicó, la respuesta de la Corte de Apelaciones de Concepción fue negativa, pero por razones de equidad y seguridad jurídica estimamos que el constructor debiese poder forzar tal opción.¹⁴³

Con relación a la legitimación pasiva, la obligación de reembolsar recae sobre quien detente el dominio del predio,¹⁴⁴ en tanto no se hubiese liberado de gravámenes y cargas por decreto de expropiación firme y ejecutoriado.¹⁴⁵ En tanto, la legitimación activa,¹⁴⁶ de acuerdo con lo indicado por la doctrina tradicional, corresponde a quien se ha empobrecido injustificadamente,¹⁴⁷ en tanto que desde una perspectiva moderna acerca de la teoría del enriquecimiento injustificado, corresponde a quien ha perdido la atribución patrimonial o

enriquecimiento injustificado, por lo que la Municipalidad demandada recibió de parte del Fisco dineros que no le correspondían a raíz de un acto expropiatorio. *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017).

¹³⁹ ABELIUK MANASEVICH (2014), pp. 228-229.

¹⁴⁰ *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017).

¹⁴¹ *C.A.D. con J.H.C.* (2018), Considerando Octavo.

¹⁴² BASOZÁBAL ARRUE (1998), p. 333.

¹⁴³ ATRIA LEMAITRE (2004), p. 31.

¹⁴⁴ *D.D.R. con J.R.V.* (2016), c. 11º.

¹⁴⁵ Al respecto, vale recordar que la expropiación, por el efecto liberador que tiene, se estima un modo de adquirir originario que opera en virtud de la ley. Por ello el procedimiento expropiatorio en su artículo 20 y 23 del DL 2.186 establece que los terceros podrán hacer valer sus derechos, en la medida que estos se funden en sentencia judicial ejecutoriada previa al acto expropiatorio. *O.C.L. con E.L.S.* (2011).

¹⁴⁶ *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017).

¹⁴⁷ ABELIUK MANASEVICH (2014), p. 228; PEÑAILLO ARÉVALO (1996), pp. 20-24.

beneficio al que tenía derecho, y que en su lugar ha enriquecido a otro,¹⁴⁸ sin causa jurídica para ello.¹⁴⁹

4.2 Subsidiariedad de la acción

En relación con el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento, señala el fallo citado que, existiendo otra acción, no corresponde que la primera sea acogida; agregando que, por lo demás, la oportunidad procesal prescribió al quedar firme el decreto expropiatorio.¹⁵⁰ En efecto, la acción de enriquecimiento injustificado tiene un carácter subsidiario,¹⁵¹ es decir, aplicable en caso de faltar una regla especial,¹⁵² y residual.¹⁵³ Por lo mismo, en caso de que fallasen los requisitos de aplicabilidad de la acción del inciso 1° del artículo 669, no procedería la acción de enriquecimiento injustificado. Dado el carácter accesorio y especial de esta acción, se discute si la circunstancia de no ejercerle juntamente con la cuestión principal lleva a que precluya este derecho. Así lo entienden sectores de la doctrina¹⁵⁴ y jurisprudencia.¹⁵⁵

En el ámbito doctrinal español se afirma también la subsidiariedad de la acción, es decir, que no aplica cuando hay otra acción, indicándose que dicho carácter deriva de un principio general del derecho que prohíbe enriquecerse a costa de otro sin motivo legal para ello, y del principio de especialidad, por lo cual no aplicaría, por ejemplo, cuando es pertinente aplicar las reglas especiales de la accesión o posesión.¹⁵⁶

Lo anterior es problemático, dado que es factible la concurrencia con otras acciones, en cuyo caso debiese buscarse una aproximación integradora de las acciones, de tal modo que el Derecho de restitución, sin ser descartado pueda servir al menos de antecedente de la acción que se reclama.¹⁵⁷ Asimismo, por la limitación que implica lo anterior, se abre la

¹⁴⁸ OROZCO MUÑOZ (2015), p. 260.

¹⁴⁹ *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017).

¹⁵⁰ *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017).

¹⁵¹ ABELIUK MANASEVICH (2014), p. 230; PEÑAILILLO ARÉVALO (1996), pp. 24-27; CÉSPEDES MUÑOZ (2019b), pp. 4-5.

¹⁵² *W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017).

¹⁵³ OROZCO MUÑOZ (2015) p. 342; *J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018).

¹⁵⁴ BASOZÁBAL ARRUE (1998), p. 336.

¹⁵⁵ *A.L.S. con K.S.M. y otros* (2015).

¹⁵⁶ OROZCO MUÑOZ (2015), pp. 340-344; Para profundizar aspectos de causalidad y acción, véase *A.F.A. con M.D.G.* (2001).

¹⁵⁷ BECH SERRAT (2015), p. 164.

discusión para defender el carácter no subsidiario de la acción de enriquecimiento injustificado y la posibilidad de un concurso de acciones.¹⁵⁸

En la doctrina chilena Alberto Pino Emhart ha señalado que, dado que la legislación civil nacional no consagra en forma expresa “la subsidiariedad de las acciones restitutorias, a diferencia del derecho francés o italiano [...] queda abierto el debate para determinar si se justifica o no que las acciones restitutorias tengan tal carácter subsidiario”.¹⁵⁹ Plantea seguir la distinción entre subsidiariedad en sentido fuerte y subsidiariedad en sentido débil, entendiendo que, en el primer caso, siendo aplicable una norma típica regulada por el legislador, como acontece en la especie con la norma en estudio, no procede la acción restitutoria, mientras que en su sentido débil solo buscaría “evitar la concurrencia de acciones”,¹⁶⁰ quedando por tanto a disposición la acción de restitución si no se cumplen los requisitos de la acción especial. En relación con la concurrencia de una acción de restitución y una acción de responsabilidad extracontractual, señala que: “la regla general aquí debe ser una subsidiariedad en sentido débil, de modo de evitar el cúmulo de acciones que implicarían un doble pago para el demandante”.¹⁶¹

Finalmente, hay que insistir en que la acción de reembolso del inciso 1° del artículo 669 es una acción restitutoria especial, que busca prevenir el enriquecimiento carente de causa, por lo mismo, es importante pasar del empobrecimiento y daño, propios de una argumentación indemnizatoria, a una concepción centrada en la atribución patrimonial carente de causa; asimismo, desarrollar la tarea de explorar caminos de solución que impliquen la restitución en un sentido más amplio. A continuación, se ofrecen algunas conclusiones del presente trabajo.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión se ofrecen las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el empleo del término *indemnizaciones* en el inciso 1° del artículo 669 no implica un carácter indemnizatorio en la acción de reembolso que otorga, ya que su función es remitir normativamente a las reglas sobre prestaciones mutuas. Además, la acción en sí no puede ser reconducida a daño o culpa por parte del dueño del predio, en cuyo caso sí podría justificarse la aplicación del régimen de responsabilidad por delito o cuasidelito civil, esto es así por cuanto el dueño del predio resulta ser quien sufre la intromisión en su derecho por parte de aquel que construye, planta o siembra.

Por otra parte, tal cual está redactado el inciso 1° del artículo 669, se plantea el problema desde cuándo opera la adquisición de dominio por parte del dueño del predio, es decir, si la accesión opera de modo inmediato o si está diferida hasta al ejercicio de la opción

¹⁵⁸ BECH SERRAT (2015), pp. 519-537.

¹⁵⁹ PINO EMHART (2019b), p. 466.

¹⁶⁰ PINO EMHART (2019b), p. 475.

¹⁶¹ PINO EMHART (2019b), pp. 479-480; OROZCO MUÑOZ (2015), pp. 335-338.

por parte del dueño del terreno. Coincidimos con el desarrollo doctrinal más reciente que plantea que la accesión opera de modo inmediato, y que no es pertinente excepcionar esta norma de la regla general, ya que la opción y el reembolso lo que permiten es entrar en posesión de la mejora, ya accedida desde su incorporación, ello a la luz de la lectura sistemática de la norma en relación al artículo 668 del Código Civil y la lógica restitutoria de la norma en estudio.

Hay que indicar que la solución del inciso 1° del artículo 669 no es perfecta. Si bien consagra una opción como derecho a favor del dueño del predio, ella puede explicarse por la imposición de una obligación o derecho sin el concurso de la voluntad del propietario. Con todo, puede no ser la mejor solución; así, por ejemplo, cuando el reembolso para hacer suyo resulta más bien un gravamen o carga para el dueño del predio, o cuando no se pueda proceder con la segunda opción a su favor, la de obligar a pagar el justo precio del terreno, por ejemplo, por existir un gravamen o prohibición de vender.

En lo relativo al reembolso, este pudo tener a través de la historia algún antecedente indemnizatorio, en relación con la mala fe del propietario, pero esa hipótesis está regulada en el inciso 2° del artículo 669. Por ello, la naturaleza del inciso 1° es restitutoria, por cuanto, no pudiendo retirarse las mejoras y habiendo accedido estas al suelo, por aplicación del principio de accesoriedad y *superficies solo cedit*, imponen el deber de restituir a todo aquel que, sin tener causa para ello, se apropia indebidamente de las mejoras. Por lo mismo, es importante enfatizar la atribución patrimonial carente de causa y no el empobrecimiento y daño, propios de la indemnización de perjuicios.

Así, la obligación de restituir pesa sobre el dueño del predio o quien lo detente en su lugar, a quien excepcionalmente se ofrece la alternativa de *hacer suyo* o de obligar a pagar el *justo precio*. Solo el poseedor de mala fe pierde el derecho al reembolso y debe indemnizar los perjuicios que pudiese haber causado, cosa puesta en cuestión por cuanto desatiende un criterio estrictamente restitutorio. En el caso de obligar a pagar el *justo precio*, entendemos se trata de una venta forzada, en coherencia con sostener que el inciso 1° del artículo 669 no es excepción a la regla general respecto que la accesión opera de modo inmediato, por lo que el constructor, solo en caso de renunciar al reembolso y abandonar la edificación, no estará obligado al pago del predio. En caso contrario podría incluso ser forzado por el tribunal. En relación con la accesión invertida, como indica Peñailillo, será posible en tanto la mejora sea de mayor valor que el predio, conforme el principio de accesoriedad.

Por último, la cuantía del reembolso se determina desde que la obligación se hace exigible, este debe ser íntegro, por lo que, más que centrarse en el empobrecimiento debiese atender al monto del enriquecimiento. Deberán incluirse reajuste e intereses hasta que finalmente se efectúe el pago de acuerdo con las reglas generales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014). *Las Obligaciones, Tomo I.* (Editorial Thomson Reuters-Legal Publishing, 6ª ed.).
- ALONSO, Juan Pablo (1995). “Un caso difícil en el Código Civil español”, *Doxa*, N. 17-18, pp. 403-431.
- ALONSO PÉREZ, Mariano (2001). *Comentarios al Código Civil, Tomo V. Vol. 1º Artículos 333 a 391 del Código Civil* (2ª edición, Thomson Reuters-Civitas).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2004). “Adquisición de Derechos Reales. Acceso de Mueble a Inmueble”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, No 1, pp. 21-32.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO (2017). “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario”, *Revista de Derecho*, Vol. XXX, N.º 2, pp. 57-86.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2017). “Enriquecimiento injustificado y codificación: modelos y decisiones dogmáticas (siglo XIX)”, en OLMO GARCÍA, Pedro y BASOZÁBAL ARRUE, Xabier (dirs.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: Historia, derecho comparado y propuestas de modernización* (Aranzadi), pp. 49-119.
- BARROS BOURIE, Enrique (2009). “Restitución de ganancias por Intromisión en derecho ajeno, por Incumplimiento contractual y por Ilícito extracontractual”, en BARROS BOURIE, Enrique; GARCÍA RUBIO, Mª Paz y MORALES MORENO, Antonio M., *Derecho de Daños* (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 11-78.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Tomo I-II.* (Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed. act.).
- BASOZÁBAL ARRUE, Xabier (1998). *Enriquecimiento injustificado por intromisión en Derecho ajeno* (Civitas).
- BECH SERRAT, Josep María (2015). *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora* (Aranzadi).
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2011). “Superficies solo cedit: Un principio (natural) en crisis (económica)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 87, N° 728, pp. 3063-3104.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2012). “El Automatismo en la Acceso Inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 88, N° 729, pp. 43-110.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2018). “El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 1, pp. 129-158.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2019a). “Identificando a las indemnizaciones por sacrificio en el sistema chileno”, en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz; HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel; LATHROP GÓMEZ, Fabiola y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIV. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.* (Editorial Thomson Reuters-Legal Publishing), pp. 1041-1056.

- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2019a). “Expropiación y enriquecimiento sin causa”, *Revista Derecho en la UCSC*, Año 7, N.º 7, pp. 4-5.
- CLARO SOLAR, Luís (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol. III.* (Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): “A ciencia y paciencia”, *Blog Derecho y Academia*, en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2018/08/26/a-ciencia-y-paciencia/>
- DÍEZ PICAZO, Luís (1966). “La Modificación de las relaciones Jurídico-reales y la Teoría de la Accesión”, *Revista de Derecho Inmobiliario*, N°455, pp.829-862.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel (2017). “Construcción en suelo ajeno a Ciencia y Paciencia del dueño del terreno: una aproximación dogmática al inciso segundo del artículo 669 del Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.º 28, pp. 221-269.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982). *Andrés Bello Codificador, Tomo I.* (Ediciones de la Universidad de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1996). *Derecho Privado Romano, Tomo I.* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed.).
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca (2007). “La formación histórica del modo de adquirir denominado ‘Accesión’”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXIX, pp. 61-117.
- LETELIER CIBIÉ, Pablo (2018). “Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N°2, pp. 649-670.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2018). “Las Restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N°1, pp. 329-360.
- OROZCO MUÑOZ, MARTÍN (2015). *El enriquecimiento injustificado* (Aranzadi).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1996). “El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y Fuente de obligaciones”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N.º 200, Año LXIV, pp. 7-40.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019). *La Propiedad y otros Derechos Reales* (Editorial Thomson Reuters-Legal Publishing, 2ª ed.).
- PINO EMHART, Alberto (2019a). “Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el Derecho Privado Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 46, N° 2, pp. 373-398.
- PINO EMHART, Alberto (2019b). “El (supuesto) carácter subsidiario de las acciones restitutorias”, en PEREIRA FREDES, Esteban, *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno* (Rubicon Editores), pp. 465-486.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y CONCHA MACHUCA, Ricardo (2015). “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Privado*, N°28, pp. 129-152.

- 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, año LIII (Julio-Dic), pp. 141-147.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2016). “Contrato para la confección de obra material. Naturaleza Jurídica y otros problemas dogmáticos”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 23, N.º 2, pp. 145-179.
- SOZA RIED, María de los Ángeles (2019). “La Edificación. Antecedentes históricos de los Artículos 668 y 669 del Código Civil chileno”, *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, XLI, pp. 367-397.

JURISPRUDENCIA CITADA

- A.L.S. con K.S.M. y otros* (2015). Corte Suprema, 16 de diciembre de 2015, Rol 7685-2015 (Casación en el Fondo), *WestLaw*: CL/JUR/7882/2015.
- A.F.A. con M.D.G.* (2001). Corte de Apelaciones de Valdivia, 11 de abril de 2001, Rol 11695-2001 (Recurso de Apelación y Casación en la Forma), *WestLaw*: CL/JUR/1788/2001.
- C.A.D. con J.H.C.* (2018). Corte Suprema, 12 de junio de 2018, Rol 37873-2017 (Casación en la Forma y el Fondo), *WestLaw*: CL/JUR/2772/2018.
- D.D.R. con J.R.V.* (2016). Corte Suprema, 2 de junio de 2016, Rol 37023-2015 (Casación en el Fondo), *WestLaw*: CL/JUR/3594/2016.
- Friopack Servicios Limitada con Banco de Chile S.A.* (2018). Corte Suprema, 26 de julio de 2018, Rol 38141-2017 (Casación en la Forma y el Fondo), *WestLaw*: CL/JUR/3992/2018.
- J.L.M.S. y otros con Serviu X Región* (2018). Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, Rol 38887-2017 (Casación en el Fondo), *Microjuris*: MJCH_MJJ58287.
- M.Z.R. con P.A.M.* (2016). Corte de Apelaciones de San Miguel, 18 de octubre de 2016, Rol 400-2016 (Recurso de Apelación), *WestLaw*: CL/JUR/7166/2016.
- O.C.L. con E.L.S.* (2011). Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2011, Rol 593-2010 (Recurso de Apelación y Casación en la Forma), *WestLaw*: CL/JUR/10290-2011.
- R.G.S.G. contra Corte de Apelaciones de Santiago* (2008). Corte Suprema, 11 de junio de 2008, Rol 5060-2006 (Casación en el Fondo), *WestLaw*: CL/JUR/2626/2008.
- W.J.L. con I. Municipalidad de Penco y otros* (2017). Corte Suprema, 7 de marzo de 2017, Rol 44943-2016 (Casación en la Forma y el Fondo), *WestLaw*: CL/JUR/855/2017.

NORMAS CITADAS**Chile:**

Código Civil. DFL 1 de Ministerio de Justicia de 30 de mayo de 2000.

Código de Procedimiento Civil. Ley 1552 de 30 de agosto de 1902.