

EXPLICACIONES

DE

DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO

POR

LUIS CLARO SOLAR

Ex-profesor de Código Civil de la Universidad de Chile

*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere,
alterum non ledere, suum cuique tribuere.
(Ulpiano D. hb. l. tit. l. 1. § 1.)*

TOMO SEXTO

1912

DE LOS BIENES

I

© LUIS CLARO SOLAR.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE.

Av. Ricardo Lyon 946, Casilla 4286, Santiago.

Inscripción N.º 48.529.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NORDUS, BOGOTÁ,
EL DÍA VEINTICUATRO DE AGOOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS, ANIVERSARIO DE
LA MUERTE DE ARTURO ALESSANDRI PALA, (n. 20, XII, 1868 y m. 24, VIII, 1950).

LUDWIG ET CONSTANTIA

689.—La accesión de cosas muebles a inmuebles puede realizarse por *edificación, plantación y siembra*. En todas ellas la cosa principal es la inmueble, cualquiera que sea el valor de las cosas muebles que se le agregan por edificación, plantación o siembra, porque de dos cosas que componen un todo, se considera principal aquella que puede subsistir en su ser separadamente y como accesorio la que sin ella no podría seguir existiendo en la misma forma: tal era la regla formulada por el jurisconsulto Pautlus: *Necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest* (292).

691. n).—«Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, dice el art. 668, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción; pero estará obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud». Supone la ley que el dueño del terreno incorpora en su construcción, materiales ajenos sin conocimiento del dueño de los materiales; y en tal caso, formando el terreno y el edificio un solo todo en que el terreno es lo principal porque puede subsistir sin el edificio y éste lo accesorio porque un edificio no puede subsistir como tal sin el terreno sobre el cual ha sido construido, el dueño del terreno adquiere por derecho de accesión y en virtud de su dominio sobre el terreno, *ut ait potestate rei suae*, el dominio de los materiales ajenos incorporados en el edificio.

(292) I. 23, ff. 1, *De rei syndicatione*, lib. 6 del Digesto, § 3, *in fine*. Véase tomo I, *De los bienes*, n.º 352, pág. 467.

Prácticamente, sin embargo, como la demolición o la ruina del edificio no podía ser un hecho frecuente, es de suponer que el propietario de los materiales obtenía siempre el pago de la indemnización, antes que la demolición o ruina sobreviniera, lo que importaba la pérdida definitiva del dominio de los materiales y la adquisición de ellos por el dueño del terreno que había hecho uso de ellos de buena o mala fe.

[illegible][illegible]

tít. 28. Partida tercera, dan simplemente lugar a la accesión de los materiales ajenos incorporados a su edificio por el dueño del terreno, con cargo de pagar doblado el precio de ellos, siendo indiferente que al edificar con esos materiales hubiera procedido de buena o de mala fe, es decir, creyendo que eran suyos, o sabiendo que eran ajenos (295). Una nota a las leyes indicadas advierte, sin embargo, (296) que la condenación al pago del duplo no estaba en uso y según Gutiérrez Fernández (297), la doctrina generalmente seguida era que el dueño del edificio abonara el precio de los materiales, estando además obligado si había procedido de mala fe al resarcimiento de daños y perjuicios causados al dueño de los materiales; de este modo se concluía la disposición de la ley 38 que establecía al pago del duplo del valor de los materiales en todo caso, con la distinción que hacía la ley 16 que imponía la obligación de pagar el duplo si el dueño del edificio había procedido a buena fe *cuidando que non eran ajenos*, y que obligaba al que había procedido a sabiendas a pagar *quanto su dueño jurare que ha recebido de daño, e de menoscabo por aquello quel fue tomado e que non pudo auer*, lo que tenía que ser, evidentemente, más que el duplo.

692.—La accesión por *edificación* es una consecuencia natural del principio que extiende el derecho de propiedad del suelo a todo aquello que se une o incorpora a él; y por consiguiente, hasta el hecho de la incorporación de los materiales para que, como cosas accesorias del suelo, pasen a pertenecer al propietario del terreno. Si éste ha procedido con conocimiento del dueño de los materiales, se entenderá que éste ha consentido y transfere el dominio de ellos al propietario del terreno quien lo adquiere en tal caso por

(295) L. 38, tit. 28. Partida tercera: *Mástiendo alguna ome en su casa, o en alguna otra obra que faga, contra, o ladrillos, o pñeros, o madera, o otra cosa semejante que fuesse ajena, después que alguna destas cosas fuerre ostendiada e metida en la obra, non la puede demandar aquel cuya es e gana el edificio de ella quel cuya es la obra, quier este buena fe, quier mule en metiendola. E esto furiere por bien los sobios antiguos que fuesse guardado por opositura e por mobdara de las Ciudades e de los villas: que las obras que fueren y fechas non los derriben por tal razón como esto. Pero tenido es de dar el precio delo de lo que se edifica la cosa a aquel cuyo era.*

La ley 16, tit. 2 de la misma Partida, refiriéndose a la acción *ad exhibendum*, decía respecto a los materiales introducidos en una construcción: *Pero si rigas o ofra madero o piedra o cal, metiere alguno en su labor e a su casa, non es tenido de las sacar, pero mostraras en jurato o su contenido. E esto lo tienen por bien los sobios antiguos por esta razón: porque las cosas o los edificios que los omes fagan en las villas, non son solamente su tiorra en pro de sus señores mas aun en fermosura comunmente de las logeras lo son fexha. E quando se desgran pueren por ande mas faga, ca se tornan como en montera de heramientos (despoblados). Pero el que fizo poner en sus cosas alguna de las cosas omeas que de suso diximos, dexadas, pechar debidas a aquel cuyas fueren. E esto se entiende quando lo omeas faga a buena fe, cuidando que non eran ajenas, e que non jurara a su dueño. Ca si a sabiendas lo fizesse, entonces deve pechar tanto por ellos quanto su dueño jurare que ha recebido de daño o de menoscabo por aquello que fue tomado e que non pudo auer.*

(296) Los Códigos españoles, segunda edición, 1872.

(297) Estuñollos *jundamentales*, t. 2, pág. 92 y segs. García Goyena dice a este respecto, comentando el art. 403 del Proyecto español de 1851, sobre la acción para reclamar el duplo: «Esta acción nunca estuvo en uso entre romanos y el artículo es más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho, conduciendo únicamente al pago del valor de los materiales en el caso de buena fe y anulando la responsabilidad de daños y perjuicios en el de mala fe, es decir, de mala fe de plantación, no de obra y edificación». Navarro Aramendi, *Código Civil de España*, 1863, t. 1, pág. 241, dice también: «Hay el pago de ese duplo no solo cuando se ha procedido a la edificación y a la construcción, sino que el dueño del edificio abone el precio de los materiales, indemnizando los daños y perjuicios cuando hubiere obrado de mala fe».

tradición; si el dueño de los materiales ignora el uso que de ellos ha hecho el propietario del suelo, adquiere éste el dominio de los materiales por *accesión*. En este caso algunos Códigos reconocen al propietario de los materiales empleados sin su asentimiento el derecho de reivindicarlos y exigir la separación a costa del propietario del suelo que hizo uso de ellos, siempre que la separación pueda hacerse sin menoscabo de la obra construida (298).

693.—El que edifica con materiales ajenos en suelo propio puede proceder de buena fe, creyendo que los materiales son suyos o son los que había adquirido para la construcción, o puede proceder sin justa causa de error, de mala fe, y aun a sabiendas de que los materiales son ajenos.

En el primer caso sólo esta obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio, o a devolverle otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, pues se trata de cosas fungibles que pueden por regla general reemplazarse las unas a las otras. La responsabilidad del duplo establecida por las leyes romanas y espaholas, que no se aplicaba ya en la práctica cuando se redactó el Código, era, en realidad, excesiva para el propietario del terreno que con perfecta buena fe, por haber tenido justísima causa de error de creer que podía servirse de determinados materiales, los ha incorporado en su edificio.

Pothier, que, de acuerdo con Vinnius, Bachovius, Áuldenus y otros, reconoce que la ley de las XII Tablas y las demás leyes romanas concedían la acción *in duplum* aun contra el propietario que había procedido de buena fe al incorporar los materiales ajenos en su edificio, trataba de justificar la disposición legal diciendo que lejos de ser injusta con el que había obrado de buena fe, lo favorecía, ya que era más ventajoso para él pagar el doble del valor de la cosa de que ha hecho uso, sin pertenecerle, que ser obligado a separarla de su edificio con un gasto tal vez mayor y considerable perjuicio.

Según esto, la ley habría tratado a uno y otro con la mayor equidad: al dueño del edificio porque puede retener los materiales que le interesa mantener en el lugar en que los ha colocado haciéndole pagar sólo el duplo de su valor; al dueño de los materiales, porque, por el hecho de ser privado sin su consentimiento de los materiales, le da el duplo de su valor (299). Más es evidente que si el propietario de los materiales recibe el duplo de su valor obtiene un beneficio en perjuicio del propietario del suelo que de buena fe y con justa causa de error hizo uso de ellos; y esto no sería

(298) Código italiano, art. 449, Código español, art. 460, Código suizo, art. 671; este último Código exige que el daño causado con la separación de los materiales sea *excesivo* para que pueda negarse lugar a la reivindicación del derecho del dueño de los materiales.

En estos casos el propietario de los materiales puede elegir entre pedir el valor de los materiales o su separación, cuando esta es posible. Véase Willelm, t. 1, sobre el art. 671 del Código suizo; Ricci, t. 2, n.º 80, sobre el art. 449 del Código italiano.

(299) *Fragmenta legum XII Tabularum*, sobre la VI Tabla, cap. VII, *Tignum junctum*, *Panice Justinianus*, t. 1, pág. 466, edit. Biondo-Newville.

conforme con la equidad que si no permite que el propietario del suelo se enriquezca con los materiales ajenos, tampoco autoriza que el error en que de buena fe incurrió haga enriquecerse al propietario de los materiales.

Por eso el derecho moderno se ha apartado en este punto del antiguo derecho romano y reduce en este caso la indemnización, debida al propietario de los materiales, al valor de ellos o sea, a su justo precio. El Código francés y otros se limitan a esta indemnización del valor de los materiales (300). Nuestro Código permite al propietario del terreno pagar al dueño de los materiales su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud; de modo que puede elegir entre una u otra forma de cumplir su obligación, solución de absoluta equidad, que importa un progreso legislativo, porque tratándose de bienes que serán generalmente fungibles se facilita la solución del conflicto de propiedad que la edificación produce.

694.—Pero el dueño del suelo puede haber procedido de mala fe al incorporar los materiales ajenos. «Si por su parte no hubo justa causa de error, agrega el art. 668, será obligado al resarcimiento de perjuicios, y si ha procedido a sabiendas, quedará también sujeto a la acción criminal competente; pero si el dueño de los materiales tuvo conocimiento del uso que se hacía de ellos sólo habrá lugar a la disposición del inciso anterior.»

Distíngue así la ley entre la responsabilidad civil por la falta absoluta de diligencia, o sea la culpa lata, en que ha incurrido el propietario del suelo al tomar para incorporarlos a su construcción materiales ajenos que no ha tenido motivo alguno para crear suyos o que podía disponer de ellos, y la responsabilidad criminal en que incurriría ese propietario del suelo que incorpora en su edificio materiales que sabe que son ajenos sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, o materiales que ha recibido en virtud de un título que lo obligaba a devolverlos a su dueño y de que hace uso abusando de la confianza en él depositada. En la primera de estas dos situaciones, a más de pagar el justo precio de los materiales u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, de-

(300) El Código francés dice: «Art. 554. *Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages sur des matériaux qui ne lui appartiennent pas, doit en payer la valeur. Il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les réclamer.*» art. 449: el holandés, art. 657; el portugués, art. 2346; el español, art. 360 del Código real de 1807; el belarino, art. 298; el mejicano, art. 832; el venezolano, art. 468, siguen el Código francés. Lo mismo el Código de los Estados Unidos del Brasil, art. 546. El Código del Uruguay art. 712 y los Códigos de Colombia, Ecuador y otros americanos, han reproducido la disposición de nuestro Código que obliga al propietario del terreno a pagar el justo precio de los materiales ajenos que incorpora en su construcción, o a pagar otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud: el Código del Perú, art. 508, otorga al dueño de los materiales el derecho de elegir se le pague en dinero o en la misma especie y calidad de aquellos.

El Código alemán, arts. 946 y 951 admite la accesión al suelo de las construcciones con materiales ajenos dando al dueño de éstos derecho a una indemnización en dinero, según las disposiciones que ese Código establece para la restitución del entriquecimiento sin causa que en este caso es el valor de los materiales.

berá indemnizar al dueño de los materiales los perjuicios que le haya ocasionado con su culpa: en la segunda, a más de esto, queda sujeto a la acción criminal que compete, según el delito cometido, sea un hurto o robo, o una estafa.

Esta sanción es establecida en la generalidad de los Códigos modernos más o menos en los mismos términos (301).

695.—La *accesión* de los materiales ajenos de que hace uso el dueño del suelo, sólo queda consumada *por el hecho de la incorporación en la construcción*, según terminantemente lo dispone el inciso 1.º del art. 668, porque es esta incorporación la que hace perder a los materiales su individualidad para convertirlos en partes integrantes del edificio en que son incorporados y no permite reivindicarlos, aun prescindiendo de la idea de evitar la destrucción de la obra o el feo aspecto de la ciudad, si se trata de una construcción urbana.

Antes que la incorporación material se efectúe el propietario del suelo ha tenido que colocar esos materiales al pie de la obra a que los destina; pero esta destinación no impediría que el propietario de los materiales pudiera reivindicarlos, desde que el hecho de la incorporación no se ha producido aun. El legislador ha creído, sin embargo, conveniente decirlo expresamente; evitando así toda posibilidad de duda: «mientras los materiales no están incorporados en la construcción... podrá reclamarlos el dueño», dice el último inciso del art. 668. Esta disposición está de acuerdo con las que el Código había ya establecido en orden a la determinación de la naturaleza mueble o inmueble de las cosas corporales: los materiales incorporados a un edificio son inmuebles, como partes constitutivas que son del edificio que adhiere permanentemente al suelo; pero para ello no basta la destinación inequívoca de los materiales a la construcción; es necesario que se hallen efectivamente incorporados en la construcción. Esta incorporación es la que hace perder a los materiales su individualidad y la que, por lo mismo, produce la *accesión* de ellos al predio en que con ellos se levanta el edificio. Por eso decía Ulpianus: *quæ parata sunt ut imponentur non sunt ædificii* (302) las cosas preparadas para ser colocadas, no son del edificio; y Javolenus: *legibus quæ mundum ædificiis impositæ sunt, quævis legemini gratia allatæ sunt in tuis et cæsis habentur* (303), las tejas que aun no han sido colocadas en el edificio aun cuando hayan sido traídas para ponerlas se comprenden entre los bienes muebles (*tuis et cæsis*, cosas cortadas y secadas) (304).

(301) Véase la nota anterior. El Código del Perú en su art. 508 impone al propietario que procede de mala fe la obligación de pagar el doble del valor de los materiales.

(302) L. 1.º y 3.º al, tit. 1.º, lib. 19 del Digesto.

(303) L. 1.º y 3.º al, tit. 1.º, lib. 19 del Digesto.

(304) *Adus ædificii*, y que se lleva o transporta para sí el yerbador. *Rufus*, n. 4.º. *Rufus*. Según Ulpianus, *suspensæ legibus* (Yerbena, Diccionario latino-español, 4.º edic. Martínez López). Sobre la modificación mueble de los materiales no incorporados aun, véase nuestro tomo I, *De los bienes*, n.º 43, págs. 57.

696. b) En el caso inverso en que alguien edifica en suelo ajeno con materiales que no pertenecen al dueño del suelo, adquiere también éste por *accessión* el dominio de los materiales incorporados en el edificio. «El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, dice el art. 669, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título *De la reivindicación*, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.» Aplica la ley el mismo principio que determina la *accessión*: el edificio y el terreno forman un solo todo, en que el terreno es lo principal y el edificio lo accesorio, desde que no puede subsistir sin el terreno en que ha sido construido, y por lo tanto, por la fuerza y potestad del dominio que tiene en el terreno, *vi ac potestate rei suae*, el propietario del terreno adquiere el dominio de los materiales ajenos con que ha sido levantado el edificio.

Sea, pues, que la persona que edifica en terreno ajeno proceda de buena fe, porque posee el terreno creyendo haberlo adquirido por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio, o de mala fe, porque sabe que el terreno es ajeno, pierde el dominio de los materiales, y sólo tiene derecho a las indemnizaciones que le corresponden según la calidad de su posesión, porque el edificio en que sus materiales han sido incorporados cede al suelo y lo adquiere el dueño de éste en el todo y en cada una de sus partes.

697.—El Derecho romano distinguía si el que construía el edificio en terreno ajeno había procedido de buena o de mala fe.

Aunque el edificio cede siempre en favor del propietario del suelo, el que lo edificaba de buena fe en suelo ajeno, que creía suyo no perdía la propiedad de los materiales; y aunque, subsistiendo el edificio, no tenía acción alguna para lograr que se separaran los materiales y se le devolvieran, porque se oponía a ello la ley de las XII Tabas, se le concedía la excepción de *doctrina malo* contra el propietario del suelo que lo reivindicaba, para obtener el pago de las mejoras; y en caso de destrucción del edificio o de separación, por cualquier causa, de los materiales podía reivindicarlos. *Ex diverso si quis in alieno solo ex sua materia domum adificaverit illius fuit domus, cuius et solum est*, decían las Instituciones (305), estableciendo la regla general de la *accessión* del edificio al

suelo; y después de referirse al edificante de mala fe, agregaban: *Certe illud constat, si in possessione constituto adificatore, soli dominus pecat domum suam esse, nec solum pretium materiae et mercedis fabricum posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bone fidei possessor fuerit qui adificavit*. Más si el edificador procedía de mala fe, pues no ignoraba que el terreno en que edificaba era ajeno, perdía la propiedad de los materiales, porque se suponía que se había desprendido de ellos en beneficio del propietario del terreno y por lo mismo, aunque se destruyera el edificio, no podía reivindicar los materiales y no tenía derecho a indemnización, ni podía oponerse a la reivindicación desde que él era el culpable de haber edificado temerariamente en un suelo que sabía que era ajeno: *sed hoc casu materia dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat se in alieno solo adificare: et ideo licet diruta sit domus materia tamen vindicare non potest... nam scienti alienum solum esse potest obijci culpa quod adificaverit temere in eo solo quod intelligebat alienum esse*.

Esta doctrina rigurosa que las Instituciones reprodujeron de Gaius (306), había sido, sin embargo, suavizada un tanto desde principios del Siglo III. En el año 214 Antonino-Caracalla dispuso que en caso de destrucción del edificio, los materiales volvían a su primitivo dueño, sea que hubiera construido de buena o de mala fe, salvo que hubiera tenido efectivamente la intención de donarlos (307); de modo que la presunción de haber querido donar que consignaban las Instituciones quedaba considerablemente restringida (308). Años más tarde, en 240, el emperador Gordiano reconocía al poseedor de mala fe derecho a reclamar el valor de las expensas necesarias que el propietario mismo se hubiera visto obligado a hacer para la conservación de la cosa y declaraba que en cuanto a las mejoras útiles se le permitía llevarse las si las podía retirar sin deterioro de la cosa: *rescriptum est: cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt... nullam habebunt repetitionem; nisi necessarios sumptus fecerint. Sin autem utiles: licentia eis permittitur sine lesione prioris status rei eorum*

etiam et impenses in adificium... factas et solvere nobis poterit nos per exceptionem doli mali repellere, si bona fidei possessor fuerit. Además, lo que otro edificó en suelo nuestro, aunque no lo destruyera, para el por derecho natural se hace nuestro; porque la superficie cede al suelo, pero si le demandamos el edificio, y no queremos pagarle las expensas hechas en el edificio, podrá rechazarnos con la excepción de dolo, siempre que hubiera sido poseedor de buena fe. (306) l. 7, § 13; tit. 1. De edic. rei. dom. lib. 41 del Digesto, casi literalmente reproducida en el § 30, tit. 1. De rei. div. lib. 2 de las Instituciones.

(307) l. 2, tit. 32. De rei. vindicatione, lib. 3 Código: *Si vero fuerit dissolutum (adificium), eius materia ac praedium dominum redit, siue bona fidei sit: malae fidei autem adificium constructum sit: si non donatus sit, animum adificii alieno solo imposita sunt*. (308) Vinnius, *Comentario ecodigético*, sobre el § 20, tit. 1. De rei. div. lib. 2, n.º 3; Voss, *Ad Pandectas*, sobre el tit. 1. De rei. vindic. lib. 6, n.º 36; Pothier, *Pandectae Justinianae*, sobre el tit. 1. De rei. vindicatione, lib. 6 núms. 45 y 46; *Propriété*, n.º 350; Accursius, *Précis de droit romain*, l. 1, n.º 257; Maynz, *Cours de droit romain*, t. 1, § 100; Ortolan, sobre el § 30 de las Instituciones, t. 2, págs. 70 y sigs.; trad. Jimeñez Serrano; *Cours élém. de droit romain*, t. 1, págs. 437 y siguientes; Scialoja, *Institutiones*, t. 1, § 71.

(305) Inst., § 30, tit. 1. De rei. div. lib. 2. A la inversa (del que edifica en suelo propio con materiales ajenos) si alguien con materiales propios ha edificado una casa en suelo ajeno, la casa pertenece al propietario del suelo. Ciertamente, está establecido que si el edificador se halla en posesión, el propietario del suelo que reivindicaba la casa como suya y que no paga el precio de los materiales y el salario de los obreros, puede ser repellido por la excepción de dolo, mala, lo que debe entenderse en el supuesto de que fuera poseedor de buena fe el que edificó. Este párrafo de las Instituciones reproduce literalmente las palabras de Gaius, que son el § 12 de la ley 7, tit. 1. De edic. rei. dom. lib. 41 del Digesto. El mismo Gaius, en sus Instituciones dice: Com. II, § 75: *Pactum id quod in solo nostro ab aliquo adificatum est, quantum ille suo nomine adificaverit, iure naturalis nostrum fit: quia superficies solo cedit*, § 76. Sed si ab eo patiens... adifi-

ferre (309). Y por eso Ulpianus, invocando la autoridad de Julianus, decía que el que había edificado a sabiendas de que el terreno era ajeno, aunque hubiera entrado a poseer de buena fe, no tenía derecho a reclamar indemnización por las mejoras que hubiera hecho después de haber perdido la buena fe; pero se le debía permitir que se llevara los materiales, si podía sacarlos sin dispendio del dueño del suelo, ni causar deterioro (310). Esta conclusión se fundaba en la máxima de equidad que nadie debe enriquecerse en daño de otro, *neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari* (311).

Pero aun la indemnización al poseedor de buena fe no se aplicaba inflexiblemente en la práctica, pues no se pagaba al poseedor precisa y absolutamente los desembolsos que había hecho, sino hasta concurrencia del aumento de valor de la cosa al tiempo de la entrega al propietario del terreno; y si se trataba de mejoras que no eran necesarias y el propietario era pobre al extremo de que para el pago de ellas se hubiera de ver expuesto a perder su habitación, podía ser dispensado de pagar más de lo que valieran, separadas, las cosas que el poseedor vencido pudiera retirar sin deterioro, según lo declaraba el iuriconsulto Celsus (312).

698. Las leyes de Partidas reconocían también el derecho del propietario del suelo a los edificios o construcciones que otra persona hacía en él, distinguiendo igualmente si el edificador había procedido de buena o de mala fe, y la naturaleza de las obras ejecutadas por el poseedor. Según la ley 41, tít. 28, Partida tercera,

[illegible][illegible]

el que había edificado de buena fe, como en lo suyo, tenía derecho a exigir del propietario del terreno que lo reivindicaba, el pago de «todas las despesas que hubiese hecho... ca pues que ouo buena fe sobre aquella que y despendio en esta manera». Pero la ley se colocaba en el caso de que el dueño del terreno fuera tan pobre que no pudiese pagar este valor, y lo dispensaba entonces de este pago, concediéndole derecho al edificador vencido a retirar del terreno la construcción, salvo que el reivindicador le abonara lo que pudieran valer las cosas una vez sacadas, disposición evidentemente caprichosa y que entregaba la indemnización a la resolución arbitraria del juez. En cuanto al que había edificado con mala fe, la ley 42 del mismo título decía: «El one quier que labrase edi-

ficto o semovrase en heredad agena, autento mala fe, e sabiendo que non avia derecho de lo fazer, si despues desso fuesse venido en juicio del verdadero señor de la heredad pierde todo quanto y labro o sembro e deve ser de aquel en cuyo suelo o heredad lo fazo, e non puede nin deve cobrar las despensas que y oviesse fechas en razon de aquello que y labró de nuevo. Y la ley 44 de dicho título, refiriéndose a las obras que no eran absolutamente nuevas, distinguia las obras y mejoras hechas en las casas y heredades en necesarias, (que sean menester de fazerlas), utiles (despensas provechosas al heredamiento) y voluntarias (a apostura de la cosa o de la heredad, como por aver del Reyte por ellas mas que pro): las primeras podian ser cobradas por el poseedor vencido quier era buena fe quier mala en faziendolas; las segundas, «si los fizo en buena fe cuidandolas fazer en lo suyo, que los deve cobrar maguer non oviesse menester de las fazer; mas si las fizo autento mala fe, sabiendo que el heredamiento o la casa que era agena, si el señor que lo venció en juicio non gelas quisiere pechar puede el otro ende llevar la labor que fizo y fazer; y las simplemente voluntarias, si ovo buena fe en teniendo aquello en que las fizo cuidando que era suyo que estonce puede tomar lo que quiere facho e llevarlo; pero el propietario podia retenerlo pagando lo que podría valer después de separado; más «si el que fiziesse tales despensas como estas oviesse mala fe en teniendo la cosa o la heredad, pierde todo quanto y fizo e non puede ende llevar ninguna cosa, diciendo Gregorio López en su glosa a esta última parte de la ley que debía entenderse que ese poseedor de mala fe que hacia esta clase de mejoras había tenido intención de donarlas.

699.—Nuestro Código se ha colocado en dos situaciones distintas, según el dueño del terreno no haya tenido conocimiento de la edificación hecha en el terreno por otra persona, o al contrario, se haya edificado a ciencia y paciencia del dueño del terreno.

En el primer caso, habiéndose edificado sin su conocimiento, el dueño del terreno tiene derecho de hacer suyo el edificio mediante la indemnización correspondiente, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales.

art. 450; el boliviano, arts. 299 y 300; el argentino, arts. 2588 y 2589.

No hay duda que nuestro Código consulta una solución más completa y equitativa al dar al dueño del terreno en que se edifica sin su conocimiento la facultad de elegir entre hacer suyo el edificio pagando su valor al poseedor vencido si ha lugar a ello, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno ocupado por la construcción. Si el poseedor edificó estando de buena fe y se trata de una obra necesaria o útil, tendrá derecho a la indemnización de que hemos hablado, caso que el propietario quiera hacer suyo el edificio; pero al propietario puede no convenirle el edificio o no encontrarse en situación de hacer el gasto que representa el edificio y no es equitativo que se le coloque en la precisión de hacer un desembolso que él no habría tenido la voluntad ni los medios de hacer; y como se ha procedido sin su conocimiento el único responsable del hecho es el edificador quien, aunque haya creído que edificaba en terreno suyo, ha violado en el hecho la propiedad ajena. «En nuestra opinión, dice Manresa y Navarro comentando el art. 361 del Código español (317), el Código ha resuelto el conflicto de la manera más justa y equitativa, y respetando en lo posible el principio que para la accesión se establece en el art. 358. En la imposibilidad de que cada dueño conserve lo suyo por los inconvenientes de la comunidad forzada, pues si les conviene conservarla podrán establecerla por un convenio especial, no obstante lo dispuesto en la ley, ésta, establece la alternativa, en el supuesto de haber procedido ambos de buena fe, entre quedarse el dueño del terreno con la obra o plantación, abonando al que la hizo lo que en ella hubiere gastado, o ceder aquél a éste el terreno por su justo valor. Y como era preciso dar la elección a uno de los dos, se concede al dueño del terreno, en consideración a ser más antiguo su derecho, y más preferente también por el principio de la accesión. En esto no hay nada que implique pena, y si se forzara la voluntad del que edificó o plantó obligándole a comprar el terreno, suya será la culpa por ser la consecuencia de un hecho al que nadie lo obligó. ¿Sería justo que se quedara con el terreno ajeno sin pagarlo?» Evidentemente tal cosa no sería justa; pero de ello no se trata porque jamás en la historia del derecho se ha reconocido al edificador el derecho de hacer suyo, sin la voluntad de su dueño el terreno en que edifica sin conocimiento del dueño. Si la ley da al dueño del terreno el derecho de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno es, porque él no ha tenido ni indirectamente culpa alguna en que el poseedor de buena fe haya edificado, y mientras tanto esta edificación lo coloca en una situación perjudicial a sus intereses obligándolo a un gasto que talvez no puede hacer. Esta consideración de equidad que había llevado al legislador romano a

(317) Comentarios a Código civil español, t. 3, págs. 171.

facultar al juez para dispensar del pago de la indemnización al dueño del terreno muy pobre, y que había inspirado también al legislador de las Partidas, solución mucho más arbitraria, es la que ha informado la disposición de nuestro Código.

Y si la solución es equitativa con respecto al poseedor de buena fe, lo es también aun más, con respecto al poseedor de mala fe que al edificar a sabiendas en terreno ajeno ha tratado talvez de hacer, si no imposible, difícil la reivindicación del propietario ante las indemnizaciones con que se veía amenazado. Hay que tener presente, en efecto, que la buena fe se presume por regla general y que la mala fe debe probarse, según el art. 707. Es cierto que el edificador que ha estado de mala fe al edificar no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles y que sólo tiene derecho a llevarse los materiales siempre que pueda separarlas sin detrimento de la cosa; pero para el propietario del terreno puede no ser ésta una solución de equidad, porque retirada la construcción el valor del terreno puede desmerecer.

702. b) «Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, dice el inciso segundo del art. 669, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera». No hay que distinguir en este caso la buena o mala fe del edificador; pues el hecho de hacerse la construcción del edificio con conocimiento y sin protesta del dueño del terreno basta para que se considere que ha aceptado que se edifique y deba pagar la indemnización del valor del edificio.

En este caso, el dueño del terreno ha procedido de mala fe, puesto que en lugar de entablar desde luego su demanda reivindicatoria, a pesar de tener conocimiento de los trabajos que ejecuta el poseedor, lo deja hacer para lucrarse en seguida con la obra ejecutada en la expectativa de que lo que ha de indemnizar sea inferior al gasto efectivo. La ley niega en este caso al propietario del terreno el derecho de obligar al edificador a pagarle el justo precio del terreno, porque tiene la responsabilidad de no haber protestado de la construcción, de no haberse opuesto a ella fundado en su derecho de dominio sobre el terreno, ya que al habérlo hecho probablemente el poseedor no habría edificado o habría paralizado la construcción iniciada. Además la ley obliga en este caso al propietario del terreno, que así obra de mala fe, a pagar el valor del edificio, lo que éste realmente vale, sin facultad de elegir entre este valor y lo que en virtud del edificio valiere más la cosa en el tiempo de la restitución, porque le es imputable la culpa de haber tolerado sin protesta su construcción.

La mala fe del edificador queda en este caso compensada con la mala fe del propietario del terreno que ha dejado hacer a aquél; y debe ser indemnizado como lo sería si hubiera procedido de buena fe.

La disposición de la ley está fundada en la regla de derecho que invocaba Ulpianus *nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* (318), ninguno parece que defraude a los que lo saben y consenten; o como decía el rey sabio «el que se deja engañar en tendiéndolo se non puede querrellar como ome engañado; porque non le fue fecho encubiertamente, pues que lo entendia» (319), y refiriéndose precisamente a la edificación el juriconsulto Paulus decía que cometa dolo si habiendo donado un predio en que sin haberse efectuado la tradición había edificado a su vista y paciencia el donatario, le exigía después el donante la devolución de la posesión sin pagarle los gastos, y resistía la tradición por una causa legal, cometa dolo, dejándolo edificar y no pagándole las expensas, *dolo enim feci qui passus sum eum edificare, ei non reddo imbensas* (320).

Naturalmente la prueba de que el dueño del terreno ha tenido conocimiento y no ha protestado de la construcción del edificio corresponde al edificador.

703.—Ordinariamente el que edifica en terreno ajeno lo hace como poseedor; pero podría ser un mero tenedor, un arrendatario por ejemplo.

El contrato que haya mediado entre el mero tenedor y el propietario determinará sus respectivos derechos en materia de prestaciones. Con respecto al arrendamiento la ley, en el silencio de la convención, ha establecido que el arrendador no es obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las mejoras útiles, en que no ha consentido con la expresa condición de abonarlas; pero el arrendatario podrá separar y llevarse los materiales, sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales considerándolos separados (art. 1937). En cuanto a las obras necesarias, que no constituyen reparaciones locativas, y que se ha visto obligado a hacer el arrendatario, probada su necesidad, debe el propietario abonar su costo razonable (art. 1936). El propietario tiene, pues, derecho como dueño del terreno, que es la cosa principal, a hacer suyas las mejoras útiles por accesión; pero como no puede entrecerse en perjuicio del arrendatario, debe abonarle lo que val-

(318) L. 145, tit. 17 De off. rer. juris, lib. 50 del Digesto.

(319) Recia 25, tit. 36, Partida 7.^a

(320) L. 5, tit. 4 De dobi malitiam, 44 del Digesto § 2. Si domini alicui rem nec tradiderit, et illi cui donavit non tradita possessione in eo loco edificaverit, et quini edificaverit nactus sint ego iustitiam, et pecti a me rem tradidit, et ego excipiam quod supra legitimum modum facta est, unde dolo replicandum est? Dolo enim feci qui passus sum eum edificare, ei non reddo imbensas. Marcan. y Navarro, comentando al art. 364 del Código español, que dice que cuando haya habido mala fe no sólo de parte del que edifica en terreno ajeno, sino de parte de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe, entendiéndose haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y especialmente en el derecho patrio; pero el derecho romano ofrece algunos casos, cuando dice en la ley 5, § 2, tit. 4, lib. 34 del Digesto: *Nemo videtur iustitiam esse qui sciam et consentivi*, anadiendo: *dolo enim feci qui passus sum eum edificare ei non reddo imbensas*. El § 2 de la ley 5 es el que reproduce el mismo texto al principio de esta nota, y el distinguido comentarista del Código español, incurriendo así en el error de incluir como parte de dicho párrafo la regla de Ulpianus que es la ley 145 del tit. 17 De off. rer. juris, lib. 50 del Digesto.

drían los materiales considerados separados del suelo, salvo que haya convenido expresamente en abonar determinadas mejoras, las cuales en tal caso, se hacen por el arrendatario a nombre y por cuenta del arrendador.

La ley da así con respecto al arrendatario una solución semejante a la que el art. 669 establece con respecto al poseedor de mala fe; pero por el hecho mismo de dar esa solución en disposiciones que rigen las relaciones contractuales entre arrendador y arrendatario, el legislador está manifestando que las reglas de la accesión por edificación tienen cabida cuando no existen entre el propietario y el edificador relaciones contractuales. Cuando el propietario obra únicamente como tal, reivindicando su predio en virtud de su derecho absoluto de propiedad, la ley lo obliga, por motivos de equidad, a indemnizar al edificador, y la misma equidad exige que se distinga entre el poseedor de buena o de mala fe. Cuando obra en virtud de un vínculo jurídico, de una obligación emanada de un contrato o de un cuasi contrato, una agencia oficiosa por ejemplo, todas las dificultades deben ser resueltas según la naturaleza particular de la obligación existente entre las partes y la equidad no podría ser invocada para modificarlas.

El art. 669 no será, por lo tanto, aplicable a todas estas situaciones en que hay un contrato que rige las relaciones de las partes entre sí (321). La misma solución debemos aplicar al caso en que el edificador ha tenido el terreno en su poder en virtud de un derecho real, como el usufructuario, por ejemplo, cuyos derechos sobre construcciones están reglados por los arts. 797 y siguientes. En su oportunidad nos ocuparemos de estos diversos casos en que pudiera cuestionarse sobre la aplicación del referido art. 669.

704.—La ley no se ha colocado expresamente en el caso que la persona que edifica en terreno ajeno, edifique con materiales que tampoco le pertenecen, sino que son de un tercero; pero las disposiciones del art. 669 bastan para resolver la dificultad porque tampoco dice este artículo que la edificación deba hacerse con materiales propios. El que edifica sirviéndose de materiales ajenos tendrá responsabilidad directa respecto del dueño de los materiales y éste no tendrá acción contra el propietario del suelo porque el propietario del suelo no es quien le ha tomado los materiales que hace suyos por accesión.

El Código argentino ha contemplado este caso en el art. 2591 y resuelve expresamente que el dueño de los materiales con que otra persona edifica en suelo ajeno, no tiene acción alguna contra

(321) Laurent, t. 6, n.º 271 y segs.; Demanin, t. 2, n.º 332 bis; Huc, t. 4, núms 146 y 147; Aubry y Rau, t. 2, § 204, texto y nota 250; y el Código francés, que hemos reproducido en la nota 315 ha dado lugar sin embargo a una discusión en la doctrina, véase el artículo de la jurisprudencia, *Revue de législation, de jurisprudence*, n.º 1641; Marcan. t. 2, sobre el artículo 669, n.º 53; Demanin, t. 2, § 204 y segs.; Duranton, t. 4, n.º 376 y segs.; Aubry y Rau, t. 2, § 204, nota 2, sobre el usufructuario.

el propietario del terreno, y sólo puede exigir de éste la indemnización que hubiere de pagar al dueño de la obra. En realidad ni aún puede tener acción para demandar la indemnización que el constructor pudiera exigir, sino que podría pedir la retención o el embargo en manos del dueño del terreno como medida precautoria en el juicio que el dueño de los materiales puede dirigir contra el edificador que le tomó sus materiales para que se los pague y le indemnice los perjuicios.