

## **Las relaciones de convivencia y el precario Análisis de la sentencia de Corte Suprema de 6 de julio de 2021, Rol N° 90760-2020; Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 23 de junio de 2020, Rol N° 488-2019; Juzgado de Letras de Calbuco de 24 de abril de 2019, Rol N° C-201- 2018, caratulada Marta Montero Toledo con José Héctor Ruíz González, acerca de la acción de precario**

*Cohabitation relationships and precariousness  
Analysis of the Supreme Court judgement of  
6 July 2021, Rol N° 90760-2020; Court of Appeals  
of Puerto Montt of 23 June 2020, Rol N°  
488-2019; court of first instance of Calbuco of 24  
April 2019, Case No. C-201- 2018, case of Marta  
Montero Toledo v. José Héctor Ruíz González,  
regarding the Precarious action*

**Boris Loayza Mosqueira**

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.  
Correo electrónico: boris.loayza@mail.udp.cl. <https://orcid.org/0000-0002-8903-3620>

Recibido el 2/08/2022  
Aceptado el 17/11/2022  
Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.07>

**RESUMEN:** La idea que subyace a la regulación del precario del artículo 2195 inciso 2° consiste en resolver la tensión entre los intereses del dueño de la cosa y el precarista. Dicha solución debe privilegiar al dueño, a menos que el precarista esté legitimado por un antecedente jurídico suficiente. El problema radica, entonces, en otorgar dicho carácter a meras situaciones de hecho, como la relación de convivencia invocada en la sentencia que se comenta.

**PALABRAS CLAVE:** Acción de precario, título, relación de convivencia.

**ABSTRACT:** The idea behind the regulation of precariousness of the Article 2195, paragraph 2° consists in resolving the tension between the interests of the owner of the thing and the precarious possessor. This solution must favour the owner, unless the precarious possessor is legitimised by a sufficient legal precedent. The problem then lies in granting such a character to mere factual situations, such as the cohabitation relationship invoked in the judgment under discussion.

**KEY WORDS:** Precarious action, right, cohabitation relationships.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas –acaso el más frecuente– de la acción de precario es respecto a la forma en que el demandado justifica su ocupación. En efecto, es común en las sentencias de nuestros tribunales que la discusión se presente en términos de si el demandado está, o no, legitimado para detentar el bien de propiedad del demandante. En este sentido, se suele sostener por parte de la Corte Suprema que el título (o razón justificante) debe tener una entidad suficiente para privar al dueño de la facultad de uso de la cosa.<sup>1</sup> Y esto tiene sentido al advertir que la idea que subyace a la acción del precario consiste en disciplinar la tensión entre los intereses del dueño y el precarista.

Planteada la cuestión en estos términos, la pregunta es ¿cuándo la tenencia del demandado está justificada? En mi opinión, (i) cuando se presente un título o vínculo jurídico que le permita al ocupante la tenencia material de la cosa, siempre y cuando dicha vinculación se encuentre (ii) vigente y, además, (iii) le imponga al dueño una obligación: la de tolerar la tenencia por parte del demandado.

Es bajo este escenario que se presenta la sentencia caratulada *Marta Montero Toledo con José Héctor Ruíz González*. En ella es posible advertir la discusión central que, como se sostuvo más arriba, conocen nuestros tribunales tratándose del precario, esto es, si el título invocado por el demandado –la relación de convivencia que mantuvo con la demandante– es, o no, uno capaz de justificar la tenencia que hace de la cosa.

La intención de este comentario consiste mostrar el, en mi opinión, error de la Corte Suprema al resolver el presente caso. Para lograr dicho objetivo, en primer lugar, se expondrán los hechos de la sentencia y la cuestión controvertida. Luego, me referiré brevemente a la inteligencia de la expresión “*sin previo contrato*” del inciso 2° del artículo 2195. En tercer lugar, se analizará el caso resuelto por la Corte Suprema.

---

<sup>1</sup> Echeverría con Lira (2016), Gutiérrez y otros con Zurita (2017), Valencia con Valencia (2018).

## II. EL CASO Y LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

### A. El Caso

El caso es el siguiente. Marta Montero interpuso ante el Juzgado de Letras de Calbuco una acción de precario en contra de José Ruíz, fundada en la tenencia que este último hace de un inmueble de su propiedad, ubicado en la comuna de Calbuco, sin un título que ampare su ocupación y por ignorancia o mera tolerancia suya. En su demanda solicitó que se ordenara la terminación de dicha situación y que el demandado hiciera abandono del inmueble que ocupa desde febrero de 2018, no obstante sus reiterados requerimientos en orden a que desocupara el bien.

Por su parte, el demandado solicitó el rechazo de la demanda por dos razones. En primer lugar, porque la demandante no es propietaria indiscutida y absoluta del bien inmueble, ya que, en la causa Rol C-3019-2018 seguida ante el 2° Juzgado Civil de Puerto Montt (que se encontraba en tramitación a la fecha de la sentencia de la Corte Suprema), se discutió la existencia de una comunidad de bienes entre las partes, dentro de la cual se encontraría el bien inmueble objeto del juicio, puesto que la cosa fue adquirida durante su convivencia y con sus recursos económicos. En segundo lugar –la razón principal que interesa a este comentario– porque la tenencia que hace del inmueble no es por mera tolerancia de la demandante, dado que ocupa el inmueble desde el año 1982, producto de una relación sentimental y de convivencia prolongada que mantuvo con la demandante; relación de la que nacieron dos hijas.

El Juzgado de Letras de Calbuco, en sentencia de 24 de abril de 2019, acogió la acción de precario al tener por acreditados todos sus presupuestos, condenando al demandado a restituir la propiedad, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Ante esto, el demandado interpuso un recurso de casación en el fondo, fundado en la infracción al artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, ya que, a su juicio, no concurrirían los elementos del precario, en particular, que su tenencia no obedecería a una meramente tolerada ni mucho menos a una ignorada por la demandante. Particularmente, por la existencia de una relación de convivencia que mantuvo con la demandante.

En sentencia de 6 de julio de 2021, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo deducido, rechazando la acción de precario y la consiguiente restitución del inmueble.

### B. La cuestión controvertida

Por lo que respecta a la cuestión controvertida, esta se extrae del considerando quinto de la sentencia comentada, donde se lee lo siguiente: *“Que así expuestos los antecedentes del proceso y las alegaciones del recurrente de casación, se observa que la controversia jurídica radica en determinar si los hechos asentados en la causa se encuadran dentro de la hipótesis de mera tolerancia que habilita al dueño de una propiedad para accionar de precario contra el o los ocupantes”*.

En efecto, el problema central del fallo está en determinar si la relación de convivencia entre las partes es un título que justifica la tenencia del bien inmueble o si, por el contrario, esta se explica nada más que en la mera tolerancia de la propietaria, lo que la habilitaría para ejercer la acción de precario del artículo 2195 inciso 2° del Código Civil.

### III. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA EXPRESIÓN “SIN PREVIO CONTRATO”

Si hay algo que resulta evidente al considerar el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil es que la tenencia que hace el precarista debe ser realizada “*sin previo contrato*”. Lo que, sin embargo, no es tan evidente es qué es lo que deba entenderse por dicha expresión. Por lo mismo, es útil considerar las palabras de Íñigo de la Maza, para quien es posible advertir al menos dos problemas que atañen a dicha voz.

El primero consistiría en dilucidar cuál es el sentido en que el precepto emplea la expresión “*contrato*”; uno técnico de acuerdo con la definición del artículo 1438 del Código Civil o, bien, uno más extensivo que abarque títulos diversos. El segundo problema estaría en determinar si la voz “*previo contrato*” debe referirse a aquellos que de alguna manera justifiquen la tenencia material del bien por parte del precarista o si, por el contrario, su interpretación es más restrictiva, comprendiendo solo a aquellos que además de resultar idóneos para poner la cosa en poder del demandado, resulten ser oponibles al verdadero propietario.<sup>2</sup>

Ambas cuestiones se pueden extraer de una sentencia de la Corte Suprema de 25 de julio de 2012,<sup>3</sup> en la cual se lee lo siguiente:

*“Por su parte la expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si bien este es el concepto legal, la expresión que utiliza el inciso 2° del artículo 2195 citado se ha entendido en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aún cuando no sea de origen convencional o contractual y que ese título resulte oponible al propietario, de forma que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que puede eventualmente no tener sobre aquélla ese derecho real”.*

Lo que enseña este y otros fallos,<sup>4</sup> además de lo que se puede aprender de la doctrina,<sup>5</sup> es que la Corte Suprema ha utilizado una noción expansiva de la voz “*contrato*” y, por el contrario, una noción restrin-

---

<sup>2</sup> DE LA MAZA (2010), p. 179.

<sup>3</sup> *Inmobiliaria e Inversiones Tres Cantos Limitada con Melgarejo y otra* (2012).

<sup>4</sup> *Lepiman con Lepiman* (2020); *Agrícola San Juan Ltda. con Céspedes* (2017); *Banco Falabella con Heresmann* (2016).

<sup>5</sup> ROSTIÓ (2013), pp. 32-36.

gida de la expresión “previo contrato” del artículo 2195 inciso 2°.

Pues bien, para efectos de este comentario basta considerar nada más que el primero de los dos problemas, esto es, aquel por el sentido de la expresión “contrato”. La sentencia objeto de este trabajo sigue la jurisprudencia citada. Según la Corte:

*“el precario es una cuestión de hecho, y constituye un impedimento para su establecimiento el hecho que asista al tenedor alguna clase de justificación para la ocupación del bien cuya restitución se pide, y que sea aparentemente seria y o grave, y que vincule al actual dueño con el ocupante, y o, a este último con la cosa”.*

De este modo, surge la siguiente pregunta: ¿cuáles son, entonces, los límites de dicha expresión? En efecto, no cabe duda de que por “contrato” se debe entender cualquier título que pueda justificar la tenencia del precarista, sin embargo, tampoco cabe duda de que no cualquier título puede ser capaz de justificar dicha tenencia, sino que debe tratarse de un vínculo “jurídico”, que permita a las partes la detentación material del bien (sea porque naturalmente lo permita o, bien, porque accidentalmente las partes lo pactaron). Pero eso no basta; además, se requiere que dicho vínculo jurídico se encuentre vigente y, finalmente, que obligue al dueño a tolerar dicha ocupación por parte del demandado.

Es este el problema de la sentencia en comento, dado que la Corte entiende que el título que permite amparar la detentación del inmueble es la relación de convivencia habida entre las partes.

#### **IV. LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA Y EL PRECARIO**

Para considerar el error de la Corte Suprema conviene prestarle atención a la sentencia de 27 de diciembre de 2017.<sup>6</sup> En ella se puede apreciar que lo que subyace a la disciplina del precario es una tensión entre los intereses del dueño y del precarista. La Corte Suprema lo explica de la siguiente manera:

*“La situación que busca regular el precario es una en que, como sucede en este caso, se contraponen el derecho de dominio por una parte y la mera tenencia por otra; y la pregunta que busca responder el inciso segundo del mencionado artículo es ¿cuál ha de prevalecer? La respuesta que arroja la correcta inteligencia del precepto es que ha de predominar la del dueño, salvo que la tenencia se encuentre justificada. Pero no justificada en abstracto, pues esto limitaría la protección del dominio en términos que no resultan consistentes con el ordenamiento jurídico nacional, sino en términos concretos, es decir, respecto del titular del derecho de dominio”.*

De las palabras de la Corte se puede apreciar, por una parte, el problema presente en los fallos del tribunal a propósito del precario y, por otra, su solución. El problema se refiere a la legitimidad del demandado que, frente a una demanda de precario, invoca algún antecedente en procura de enervar

---

<sup>6</sup> *Agrícola San Juan Ltda. con Céspedes* (2017). En el mismo sentido: *Ilustre Municipalidad De Antofagasta con Collao* (2018).

la acción. La solución, en cambio, consiste en que se debe proteger al dueño de la cosa, salvo que al demandado le asista alguna vinculación aparentemente seria o grave que lo vincule con el dueño o con la cosa misma.

La cuestión, por lo tanto, es considerar cuáles son las condiciones que debe cumplir dicha justificación para poder enervar la acción de precario. En opinión de la Corte, basta una relación de convivencia. Así se desprende de su razonamiento:

*“UNDÉCIMO: Que volviendo al caso que nos ocupa, y muy particularmente al título que invoca el demandado como justificación de la tenencia, es un hecho de la causa que el inmueble objeto del precario ha sido ocupado por éste y que reside en la propiedad pues mantuvo durante varios años una relación sentimental y de convivencia con la demandante, la que habría finalizado en un tiempo anterior pero muy próximo a la interposición de la demanda. Es decir, el demandado ha residido allí en razón de su convivencia sentimental con la demandante, producto de la cual nacieron dos hijas, ya mayores de edad.*

*DUODÉCIMO: Que, en las condiciones antes anotadas, la situación fáctica establecida en la causa no se encuadra dentro de la hipótesis de ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa la cosa y su dueño. Muy por el contrario, la tenencia del inmueble se justifica en la relación de convivencia preexistente, en cuya virtud el demandado aparece autorizado para ocupar el inmueble por la propia actora, en virtud de la convivencia que ambos mantuvieron. Consecuencialmente, al contrario de lo expuesto en la demanda de precario, los hechos dan cuenta de un claro vínculo entre la propietaria y el ocupante de la cosa, lo cual se contrapone a una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada”.*

Esto, a mi juicio, es un error. El error consiste en considerar que el demandado está legitimado para ocupar la cosa. La razón es que el título que invoca no es un antecedente jurídico que le imponga a la dueña la obligación de respetar dicha ocupación, sino, más bien, una mera situación de hecho sustentada nada más que en su mera tolerancia. Si bien, como lo entiende la doctrina, tal justificación no debe ser un contrato en los términos del artículo 1438, sí debe tratarse de una vinculación o “nexo jurídico”, esto es, una relación entre sujetos que produzca consecuencias jurídicas.

Este es, en mi opinión, el primer error de la sentencia: considerar que una simple relación de convivencia –esto es, una relación de coexistencia física y pacífica entre individuos que deben compartir un espacio– es título suficiente para enervar la acción de precario. Y es un error, porque la misma Corte entiende que la defensa del demandado debe fundarse en la “ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa la cosa y su dueño”<sup>7</sup> y, si algo es evidente, es que una relación de convivencia no puede ser considerada como un nexo jurídico. No lo es porque la relación existente entre los sujetos, a diferencia de lo que sucede con el matrimonio (arts. 133 y ss. del Código Civil), no genera

---

<sup>7</sup> Así también lo ha entendido la Corte Suprema en sentencia *Neira con Vallejos* (2017), al sostener la Corte que el precarista fue introducido al inmueble como “consecuencia del vínculo jurídico existente con la cónyuge del antecesor en el dominio”.

consecuencias jurídicas.<sup>8</sup> Entender las cosas de otra forma desdibujaría la comprensión del título y privaría al dueño de la acción del inciso 2° del 2195.

Sin embargo, no basta que la legitimación del demandado sea jurídica, sino que, además, debe tratarse de un título vigente al momento de ejercerse la acción de precario.<sup>9</sup> Acá se advierte la que, en mi criterio, es la segunda equivocación de la Corte.

Suponiendo que la relación de convivencia pudiera considerarse como un nexo jurídico entre las partes, dicha situación, en palabras de la Corte Suprema, “*habría finalizado en un tiempo anterior pero muy próximo a la interposición de la demanda*”. El punto es que la Corte entiende que el demandado aparece “autorizado” por la demandante por su relación preexistente, sin embargo, es precisamente porque finalizó que la tenencia del demandado solo puede explicarse por la mera tolerancia de la demandante. En este punto se aprecia la relación existente en los requisitos del precario y por qué la Corte Suprema hace presumir que, ante la ausencia de título, la tenencia solo se justificaría por la ignorancia o mera tolerancia del propietario.<sup>10</sup>

El tercer error de la Corte al resolver el presente caso se advierte al considerar que, incluso de entender que la relación de convivencia es un vínculo jurídico y que se encuentra vigente, dichas condiciones no bastan, pues también se requiere que el antecedente invocado por el demandado sea capaz de imponerle al dueño la obligación de tolerar dicha ocupación.<sup>11</sup> Y la relación de convivencia habida entre las partes, no lo hace.<sup>12</sup>

De este modo, creo que la Corte se equivoca, pues considera que una relación de hecho es suficiente para enervar el precario, en términos que tal situación es, precisamente, una simple situación de hecho, no un “vínculo o nexo jurídico”. En segundo lugar, aunque se aceptara que dicha situación tiene un componente “jurídico”, la situación entre las partes no se encuentra vigente, precisamente porque terminaron su relación sentimental. Finalmente, y aun cuando entendiéramos que no es necesario que se encuentre vigente, no se puede considerar que tal vinculación le imponga al propietario la obligación de respetar la tenencia. Lo único que se puede desprender de dicha relación de convivencia es que, precisamente, por su existencia, la tenencia se justifica nada más que en la mera tolerancia del propietario, debiendo la acción ser plenamente procedente.

---

<sup>8</sup> Tratándose del matrimonio como antecedente interpuesto ante la acción de precario, ver: DE LA MAZA (2022).

<sup>9</sup> RAMOS (1987), pp. 14-15. En el mismo sentido: ROSTIÓ (2013), p. 45.

<sup>10</sup> *Contreras con Lopez y otros* (2006). En el mismo sentido: RAMOS (1987), pp. 16-17; LARROUCAU y ROSTIÓ (2013), p. 79.

<sup>11</sup> DE LA MAZA y LOAYZA (2023).

<sup>12</sup> En el mismo sentido, HALABÍ y SAFFIRIO (1996), p. 78. Para los autores “*el concubinato por sí solo no constituye un título capaz de enervar la acción de precario, puesto que él no siempre dará lugar a una comunidad de bienes (...)*”.

## V. CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que la expresión “contrato” se puede interpretar en términos amplios, no lo es menos que la correcta inteligencia del precario exige adecuar dicho concepto a ciertos límites.

Bajo este escenario, la sentencia que se comenta adolece de un error. El error consiste en considerar que las relaciones de convivencia pueden, sin más, servir de antecedente suficiente en cuya virtud la acción del inciso 2° del artículo 2915 resulta improcedente.

Tomarse en serio la disciplina del precario, como una tensión entre los intereses del dueño y el precarista, exige adoptar una posición más prudente a la hora de valorar las defensas del demandado, y descartar aquellas defensas como la invocada en este caso, esto es, una relación de convivencia fundada nada más que en la mera tolerancia de la propietaria.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010): “Contrato de promesa como título frente a demanda de precario”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 14).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2022): “El matrimonio como defensa frente a la acción de precario”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (vol. 90 núm. 252).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y LOAYZA MOSQUEIRA, Boris (2023): “Previous contract? ‘Precario’ and the Adequacy of the Use of a Promise Agreement as a Defense”, en: *Latin American Legal Studies* (vol. 11 núm. 1).
- HALABÍ, Fuad y SAFFIRIO, Carlos (1996): *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- LARROUCAU, Jorge y ROSTIÓN, Ignacio (2013): “Del juicio de precario”, en Barcia, Rodrigo (coordinador), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- RAMOS PAZOS, René (1987): “Del precario”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (Año LIV núm. 180).
- ROSTIÓN CASAS, Ignacio (2013): *El precario en la jurisprudencia chilena* (Santiago, Thomson Reuters).

### Jurisprudencia citada

- Contreras Guerrero, Agustin con Lopez Duran Femis y otros (2006): Corte Suprema, 18 de mayo de 2006, rol 1309-2004.
- Inmobiliaria e Inversiones Tres Cantos Limitada con Rubén Melgarejo y otra (2012): Corte Suprema, 25 de julio de 2012, rol 4765-2012.
- Banco Falabella con Heresmann (2016): Corte Suprema, 9 de marzo de 2016, rol 37539-2015.
- Echeverría con Lira (2016): Corte Suprema, 4 de octubre de 2016, rol 12017-2015.



Gutiérrez Muñoz, Palmenia y otros con Zurita Vásquez José (2017): Corte Suprema, 3 de agosto de 2017, rol 11720-2017.

Neira con Vallejos (2017): Corte Suprema, 12 de septiembre, rol 52956-2016.

Ruz Aguayo, María Adriana Agrícola San Juan Ltda. con Céspedes Veloso José Pablo (2017): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2017, rol 47648-2016.

Ilustre Municipalidad De Antofagasta con Collao Pérez Yasna (2018): Corte Suprema, 23 de agosto de 2018, rol 8396-2018.

Valencia Castañeda, Miguel Enrique con Valencia Salinas Miguel Ángel (2018): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, rol 24936-2017.

Lepiman con Lepiman (2020): Corte Suprema, 20 de octubre de 2020, rol 90775-2020.