

## ***EL MATRIMONIO COMO DEFENSA FRENTE A LA ACCIÓN DE PRECARIO***

### *MARRIAGE AS A DEFENSE AGAINST THE PRECARIOUS ACTION*

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI \* \*\*

#### *RESUMEN*

En numerosas ocasiones, la Corte Suprema ha fallado casos de precario en los cuales el demandado justifica su ocupación a través del matrimonio. Frente a estos casos, la Corte Suprema mantiene dos líneas de razonamiento contradictorias. El propósito de este trabajo es doble. De una parte, se trata de mostrar estas líneas y su carácter contradictorio. De otra, es acerca de defender una de ellas como correcta y aplicarla. Al aplicarlas, se concluye que el matrimonio debe estar vigente, que no es una defensa en contra de terceros, salvo casos de fraude civil y que, existiendo un concurso entre la acción de precario y la de comodato precario, deben emplearse las normas sobre concursos.

*Palabras clave:* precario, defensa, matrimonio, propiedad, Corte Suprema.

#### *ABSTRACT*

Many times, the Supreme Court has decided precario cases where the defendant argues marriage to justify his position. The Supreme Court holds two contradictory lines of reasoning. The purpose of this article is twofold. On the one hand is about to show these two lines and its contradictory character. On the other is

\*Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales. Master of the Science of Law, The Leland Stanford Junior University. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor titular de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: imigo.delamaza@udp.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6239-2837>.

\*\* Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N° 1220844, titulado "Legitimación pasiva, sin previo contrato y por ignorancia y mera tolerancia del dueño: hacia la mejor versión de las sentencias de la Corte Suprema tratándose del precario", del cual su autor es investigador responsable. El autor agradece la colaboración de Constanza Inostroza y Magdalena Ragni, de la Academia de Derecho Civil UDP.

Artículo recibido el 18 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 23 de diciembre de 2022.

about defending one of them as correct and apply it. Three conclusions emerge: First, marriage must exist. Second, besides civil fraud this defense is worthless regarding third parties. Three, concurring precarious action and precarious loan, then general rules of concourses must be used.

*Keywords:* precario, legal defense, marriage, property, Supreme Court.

## INTRODUCCIÓN

Probablemente no exista en el Código Civil otro texto tan breve y de apariencia tan inocua que, a la vez, resulte tan problemático como el inciso 2º del artículo 2195. Prácticamente todo se ha discutido acerca de él. Uno de los problemas que ha suscitado, acaso el principal, es ¿qué cuenta como una justificación suficiente de la detentación material por parte del ocupante? La porción de ese problema que ocupa a ese trabajo se refiere al matrimonio. La pregunta a partir de la cual se endereza, puede plantearse con sencillez ¿Bajo qué condiciones constituye el matrimonio una defensa que permite enervar la acción de precario?<sup>1</sup> Se trata de una pregunta específica, pero, cuya respuesta, según creo, enseña cosas generales sobre el precario.

La primera de las dos hipótesis que pretende demostrar este artículo es que, al menos a propósito de casos en los cuales la defensa del ocupante es un matrimonio que existe o existió, la Corte Suprema ha fallado en términos no solo diversos, sino que incompatibles. De esta manera resulta posible detectar dos líneas de razonamiento incompatibles. De acuerdo a la primera, bastaría que al momento en que comenzó la ocupación existiera un antecedente jurídico (el matrimonio) para rechazar la acción de precario, aun cuando al momento de su interposición, el matrimonio no subsista. La segunda línea de razonamiento estima que no basta que haya existido un matrimonio, sino que es necesario que subsista y sea suficiente para enervar la acción.

La segunda hipótesis de este artículo es que una sola de esas dos líneas de razonamiento es correcta, aquella según la cual es necesario que el matrimonio subsista y, según las reglas generales, sea suficiente para enervar la acción. A la luz de esa segunda hipótesis se examina bajo qué condiciones el matrimonio constituye un argumento adecuado para enervar la acción de precario.

El orden es el siguiente, en primer lugar, haciendo pie en algunos desarrollos doctrinarios, se indica que, la figura del inciso 2º del artículo 2195 es una creación

<sup>1</sup> No se encontraron sentencias de la Corte Suprema respecto a Acuerdos de Unión Civil, por lo mismo, no se considera en este trabajo.

de Andrés BELLO y la acción que se ha aparejado a ella, una criatura de los tribunales. En segundo lugar, se da cuenta del grupo de sentencias que se ha tenido a la vista para elaborarlo. En tercer lugar, se presta atención a un primer grupo de sentencias que estima que basta que haya existido un matrimonio, aun cuando no se mantenga a la fecha de interposición de la acción de precario y, en cuarto lugar, a un segundo grupo que resulta más deferente a la convivencia del título que esgrime el ocupante con el derecho real de dominio de quien ejerce la acción. En quinto lugar, se muestra qué diferencia ambas líneas de razonamiento. En sexto lugar, se da noticia acerca de cuál de estas líneas debe estimarse como correcta. En fin, en séptimo lugar se aplica lo dicho para determinar bajo qué condiciones el matrimonio es un argumento adecuado para enervar la acción de precario. El tema ha sido considerado en algún capítulo de libro y en comentarios de sentencias,<sup>2</sup> sin embargo, según me parece, no se había revisado aún, de forma más sistemática, las sentencias de la Corte Suprema y resulta valioso hacerlo.

Antes de comenzar, convendrá alguna palabra acerca del uso de las sentencias de la Corte Suprema que se hace en este trabajo. Se trata de un uso extensivo y que, acaso, pueda hacer gravosa su lectura, pero, en mi opinión, es imprescindible pues la acción de precario es una criatura de la jurisprudencia y es la forma en que la ha tratado la Corte Suprema la que causa el problema que interesa a este trabajo.

## *I. UNA CREACIÓN DE BELLO DEVENIDA EN CREACIÓN JURISPRUDENCIAL*

Existe cierto acuerdo en la doctrina que ha prestado atención al tema respecto de dos puntos. El primero se refiere a que la figura del precario del inciso

<sup>2</sup> El tema ha sido trabajado en un capítulo de libro (ETCHEBERRY COURT, Leonor, “El título en el precario: análisis jurisprudencial cuando lo que se invoca como título es una relación de familia. ¿Se desprotege la propiedad?”, en: CORRAL, H.; MANTEROLA, P. (eds.), *Estudios de Derecho Civil XII*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 73-86) y tres comentarios de sentencia: ALCALDE SILVA, Jaime, “La compraventa celebrada por el marido justifica la tenencia de la mujer demandada para enervar una acción de precario, incluso después de que la sociedad conyugal ha sido disuelta. La inexistencia de sociedad conyugal cuando los cónyuges han declarado que no existen bienes que liquidar. La naturaleza del título que controvierte el precario. Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 2013 (rol N° 11.835-2011)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, N° 28, pp. 333-355; ALCALDE SILVA, Jaime, “Los requisitos del simple precario de acuerdo con la jurisprudencia. El anterior matrimonio de las partes como elemento que excluye la procedencia del precario. El precario entre cónyuges. La discusión dominical como cuestión excluida del juicio de precario, la cual se debe promover en un procedimiento distinto y de lato conocimiento. El abuso del derecho en la renuncia de los gananciales. Corte Suprema, sentencia de 13 de septiembre de 2017, rol núm. 44.910-2016”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, N° 31, pp. 349-365; HARASIC YAKSIC, Davor, “Juicio de precario entre cónyuges”, *Gaceta Jurídica*, 1983, N° 42, pp. 23-31.

2º del artículo 2195 corresponde a una creación de Andrés BELLO. El segundo es que la acción de precario es una creación de los tribunales superiores de justicia.

En lo que concierne a lo primero, hasta donde llegan mis noticias, en el ámbito nacional, es SELMAN quien se ha preocupado con mayor esmero de mostrar los orígenes históricos del precario.<sup>3</sup> Entiende este autor que los orígenes de la figura se encuentran el derecho romano a propósito de la explotación del *ager publicus*.<sup>4</sup> Se trataba de una concesión esencialmente revocable, cuyo mecanismo de protección era el interdicto *quod precario*.<sup>5</sup> La figura deviene más tarde en contractual que es como es recibida por varios códigos civiles, incluido el chileno que, sin embargo, innova respecto de lo anterior a través de la figura del inciso 2º del artículo 2195.<sup>6</sup>

Al respecto, DOMÍNGUEZ, señala que se trataría de una creación de Bello,<sup>7</sup> opinión que es suscrita por SELMAN.<sup>8</sup>

Por lo que toca a lo segundo, SELMAN ha señalado que: “La acción de precario a lo largo de los últimos años ha sido objeto de una abundante creación jurisprudencial, siendo hoy en día, una de las pocas materias en que se puede afirmar con seguridad que la jurisprudencia dispone, sin lugar a dudas, los principales ejes de su funcionamiento”.<sup>9</sup>

En el mismo sentido, LARROUCAU Y ROSTIÓN se refieren al juicio de precario como “un artefacto jurisprudencial”.<sup>10</sup> Por su parte, ATRIA se refiere a la acción de precario como “honoraria”, en dos sentidos, uno de ellos es que se trata de una creación judicial.<sup>11</sup>

Pues bien, como se ve, en opinión de los autores, el precario del inciso 2º del artículo 2195 es una creación de Bello y la acción de precario, una criatura de los tribunales.

<sup>3</sup> SELMAN, Arturo, “Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista”, en *Ius et Praxis*, 2018, N° 24-2, pp. 343-354.

<sup>4</sup> SELMAN, cit. (n. 3), pp. 343-344.

<sup>5</sup> SELMAN, cit. (n. 3), p. 345.

<sup>6</sup> SELMAN, cit. (n. 3), pp. 349-350.

<sup>7</sup> DOMÍNGUEZ, Ramón, “Precario y Comodato Precario. Reglas Aplicables. Suspensión de Lanzamiento”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1995, N° 198, p.194.

<sup>8</sup> SELMAN, cit. (n. 3), p. 351.

<sup>9</sup> SELMAN, cit. (n. 3), p. 342.

<sup>10</sup> LARROUCAU, Jorge; ROSTIÓN, Ignacio, “Del Juicio de precario”, cit. por BARCIA, Rodrigo, *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 37.

<sup>11</sup> ATRIA, Fernando, “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2017, Vol. XXX, N°2, p. 64.

## II. LAS SENTENCIAS

Si el precario es una creación jurisprudencial parece necesario, si se quiere determinar la forma en que opera, prestar atención a las sentencias. Esto es necesario, pero no suficiente si de lo que se trata, ahora, es de determinar es cómo debería funcionar en aquellos casos en que la defensa del ocupante consiste en afirmar la existencia de un matrimonio.

En primer lugar, entonces, convendrá dar cuenta de las sentencias, luego, analizar su corrección.

Se trata de un conjunto de 437 sentencias de la Corte Suprema que, entre los años 2005 y 2022, resolvieron acciones de precario.<sup>12</sup> De este grupo de sentencias, 344 resuelven el problema de la legitimidad del demandado para detentar el bien, esto es, acerca del requisito de que la tenencia del ocupante sea “sin previo contrato” o “por ignorancia o mera tolerancia”. De la lectura de dichas sentencias, es posible apreciar dos grandes grupos de justificaciones mediante las cuales el demandado busca legitimar su ocupación de la cosa: extrapatrimoniales y patrimoniales. Dentro de las primeras, destacan el matrimonio, las relaciones de hecho y los vínculos de parentesco.<sup>13</sup> Respecto del segundo grupo, se encuentran casos en que el demandado aduce la existencia de un determinado derecho real sobre la cosa (usufructo, uso o habitación o servidumbre), o bien, la existencia de un determinado contrato. Las sentencias que se presentan en los dos numerales siguientes son aquellas en las cuales la defensa del ocupante es que su ocupación se encuentra justificada por un matrimonio.

<sup>12</sup> Si bien entre los años 2005 y 2022 se pueden encontrar 1203 fallos cuyo conflicto central es el precario del inciso 2° del artículo 2195, no todas las sentencias resuelven temas de fondo, la gran mayoría de ellas se limita a cuestiones procesales, como, por ejemplo, la manifiesta falta de fundamento del recurso o la improcedencia para modificar los hechos asentados por los tribunales de instancia. Tales sentencias no fueron consideradas para efectos de este trabajo. De este modo, la metodología de búsqueda se realizó en la página web del Poder Judicial, corroborada posteriormente con el “Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema”, disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda>, hasta el 31 de marzo de 2022.

<sup>13</sup> Son 62 sentencias en total aquellas que corresponden a matrimonio, relaciones de hecho, vínculos de parentesco, etc. De dichas 62 sentencias, 42 corresponden a matrimonio. 7 justifican la ocupación por parte del demandado en virtud de una relación de convivencia. En 5 se invoca como título el vínculo de parentesco. 1 sentencia se refiere al derecho de alimentos. 1 sentencia justifica la posesión material del inmueble por acuerdo de voluntades en virtud de un juicio de alimentos. Otros 2 fallos invocan el acta de mediación en juicio de familia como título. 1 sentencia falla de forma exclusiva de acuerdo a las relaciones de familia y, por último 3 sentencias alegan como título que justifica la ocupación una autorización o acuerdo de voluntades.

### III. EL PRIMER GRUPO DE SENTENCIAS

Un primer grupo de sentencias de la Corte Suprema resuelve los casos sobre la acción de precario, considerando que, únicamente, debe prosperar cuando sea el caso que el o la ocupante carezca de cualquier antecedente jurídico (en este caso, un contrato de matrimonio) que, al menos, al momento de su ingreso al inmueble, justificara la detentación.

Un primer ejemplo se encuentra en la sentencia de 13 de mayo de 2013.<sup>14</sup> La demandada contrajo matrimonio con el hijo del demandante, luego se separaron de hecho. El demandante es dueño de la casa y acciona de precario. La Corte rechaza, en los siguientes términos:

“8°. Que, ahora bien, tal como quedó asentado en el considerando precedente, la demandada no ocupa la propiedad por un mero hecho, sino que en virtud de una autorización otorgada por el actor a su hijo y a su cónyuge, afirmación de la que se colige incuestionablemente que la ocupación que la demandada hace del bien raíz junto a sus hijos no obedece a la mera tolerancia ni a la ignorancia de su dueño;

9°. Que así expuestas las cosas, es menester concluir que la ocupación de la demandada responde a lo menos a un contrato de comodato precario y se distancia del mero precario, como pretende el actor, por lo que habiendo la demandada justificado el título de su ocupación, el que resulta oponible al propietario de inmueble, deberá necesariamente desestimarse la demanda de precario formulada (...).”

Un segundo ejemplo se encuentra en una sentencia de 21 de diciembre de 2016.<sup>15</sup> Se trataba de cuatro hermanos, uno de ellos había contraído matrimonio con la demandada, de la que luego se divorció. La Corte Suprema consideró lo siguiente:

“Sobre la base de estos presupuestos fácticos, los sentenciadores estimaron la improcedencia de la acción de precario, teniendo en consideración que la ocupación de la demandada no es por ignorancia o mera tolerancia de los demandados, sino

<sup>14</sup> Corte Suprema, 13 de mayo de 2013, Rol N° 6108-2012. Dos sentencias que fallan en sentido semejante frente a situaciones semejantes son los Roles N° 12.645-2018, y N° 29.267-2019.

<sup>15</sup> Corte Suprema, 21 de diciembre de 2016, Rol N° 84792-2016.

más bien se trata de una situación de hecho conocida por los demandantes, que se prolongó casi por veinte años, constituida además por actos ejecutados de un modo ostensible, iniciándose la ocupación a partir de un título que la justificaba, como lo fue el vínculo conyugal entonces vigente con uno de los actores.

Sexto: Que la figura del precario contenida en el artículo 2195 del Código Civil, en su inciso segundo, se refiere a una situación puramente de hecho que se sufre o se soporta, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, y se configura por la tenencia u ocupación de la cosa sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, lo que implica la concurrencia copulativa de la ausencia de título por un lado, y la tolerancia o ignorancia por el otro.

Como es posible observar, la demandada ha invocado la condición de ex cónyuge de uno de los demandantes, circunstancia que la condujo a ocupar el inmueble por un largo periodo, de lo que se deduce que no se cumplen los presupuestos anotados, existiendo otras vías para obtener la restitución del inmueble.

Séptimo: Que, de este modo, no se verifican las infracciones que se acusan, por lo que el recurso de casación en el fondo deducido debe ser desestimado por adolecer de manifiesta falta de fundamento.”

Una opinión semejante mantiene la Corte en una sentencia de 31 de enero de 2017,<sup>16</sup> en el que se interpone la acción de precario en contra del ex marido. Las partes se habían divorciado, la sociedad conyugal se había disuelto y la mujer había renunciado a los gananciales. La demandante acciona de precario en contra de su ex marido. Haciendo suyas las palabras del tribunal de alzada, la Corte resuelve lo siguiente:

“(…) la presencia del demandado O. en el predio de marras [sic] caso alguno obedece nada más a la mera tolerancia de su ex esposa, la demandante, sino, justamente, a la circunstancia de haber accedido al mismo en virtud de un vínculo, legítimamente habido, que se alza como más que suficiente justificación.”

Se trata entonces de un supuesto en el que la legitimidad de la tenencia se

<sup>16</sup> Corte Suprema, 31 de enero de 2017, Rol N° 37.705-2015.

considera por el momento en el que la persona comenzó a detentar la tenencia de la cosa.

En la misma línea avanza una cuarta sentencia, la de 9 de marzo de 2017.<sup>17</sup> Una persona fallece, quedando el inmueble para su hijo menor de edad. La madre del hijo, en su representación, demanda a la ex cónyuge, de la cual el dueño de la casa se había divorciado sirviéndose de la acción de precario. La Corte rechaza la acción señalando que:

“(..) se tuvo por acreditado que la ocupación de la demandada no deviene de la mera tolerancia del dueño de la propiedad, sino que de su calidad de ex cónyuge del padre del ahora dueño del inmueble, con quien estuvo casada desde el 14 de marzo de 1985 y hasta el 11 de octubre de 20133, fecha en que fue declarado el divorcio por sentencia del Juzgado de Familia de Nueva Imperial, lo que justifica su ocupación en la actualidad”.

Un quinto ejemplo se encuentra en la sentencia de 10 de abril de 2017,<sup>18</sup> que rechaza una acción de precario interpuesta en contra del ex cónyuge de una mujer fallecida por parte de su hija que le había comprado la casa en que había vivido durante largos años ella y su cónyuge. La opinión de la Corte fue la siguiente:

“Noveno: Que de esta manera, se puede concluir que la tenencia u ocupación de la propiedad por parte del demandado no deriva de “una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia” de la actora, sino que de una relación contractual matrimonial previa, habida entre el demandado con la anterior dueña del inmueble, título que, en opinión de esta Corte, por tratarse el precario una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, ocupa el bien raíz no por ignorancia ni por mera tolerancia del actual dueño, sino por una causa jurídicamente relevante, de manera que no concurre en la especie la exigencia normativa de absoluta ausencia de precedente jurídico entre el propietario y la cosa que ostenta, esto es, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada

<sup>17</sup> Corte Suprema, 9 de marzo de 2017, Rol N° 2870-2017. Una persona fallece, quedando el inmueble para su hijo menor de edad. La madre del hijo, en su representación, demanda a la ex cónyuge, de la cual el dueño de la casa se había divorciado sirviéndose de la acción de precario.

<sup>18</sup> Corte Suprema, 10 de abril de 2017, Rol N° 13798-2016.



o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante, por el actor.

Décimo: Que como esta Corte ya ha planteado en oportunidades anteriores, el título que justifica la tenencia tampoco necesariamente deberá concernir al actual propietario. En la especie, el título justificativo es el contrato de matrimonio existente entre el demandado y la antecesora en el dominio de la demandante, de tal manera, que la acción de precario no es idónea para reclamar la restitución de su inmueble, por tratarse, como está dicho, de un instituto puramente de hecho.”

En sentido semejante, la sentencia de 31 de julio de 2017<sup>19</sup> que resuelve un caso que enfrentaba a una pareja que había estado casada entre 1987 y 2014, rechaza la acción de precario de la mujer en contra del marido que ocupaba el inmueble por las siguientes razones:

“Octavo: (...) la propiedad sobre el bien raíz fue adquirida durante la vigencia del matrimonio celebrado entre las partes, y que el divorcio se verificó casi diez años después de la inscripción del inmueble en el registro pertinente del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso, aparece que la tenencia que sobre aquel mantiene el demandado, no puede obedecer a simple ignorancia de la actora –por eso no es clandestina– ni tampoco a su mera tolerancia, pues al extenderse durante un tiempo significativo, no ha podido, razonablemente, entrar en su ocupación en virtud de una simple actitud pasiva y resignada de su dueña, siendo irrelevante, por otro lado, el conocimiento que el demandado pudo haber tenido de que la propiedad ingresara de manera exclusiva al patrimonio de la actora por operación de la Ley 16.932 al tratarse de un hecho establecido por los sentenciadores, razón por la cual se descarta la concurrencia de las infracciones legales denunciadas.

Noveno: Que, a mayor abundamiento, incluso en el evento de que se consideren configuradas las vulneraciones jurídicas expuestas en el libelo impugnatorio, tal yerro no influiría en lo dispositivo del fallo, puesto que, a partir de los hechos establecidos por los jueces del fondo, no es posible concluir la ausencia de título que justifique la ocupación de la propiedad

<sup>19</sup> Corte Suprema, 31 de julio de 2017, Rol N° 27949-2016.

que se le reprocha al demandado, desde que sobre la base fáctica inamovible de la instancia, es claro que el demandado entró en su tenencia no como consecuencia de la ignorancia o mera tolerancia de la actora, sino en virtud del vínculo conyugal existente entre las partes a la época de su adquisición.”

Sigue la misma línea jurisprudencial la sentencia de 6 de julio de 2017.<sup>20</sup> Las demandantes eran dos hermanas que adquirieron el inmueble por cesión de los derechos que tenía su padre, el inmueble se encontraba habitado por la demandada quién había contraído matrimonio con el padre de ellas en el año 2003 y, al momento de la demanda se encontraba separada de hecho. La Corte rechaza la acción de precario, señalando lo siguiente:

“Que como esta Corte ya ha planteado en oportunidades anteriores, el título que justifica la tenencia tampoco necesariamente deberá concernir al actual propietario. En la especie, el título justificativo es el matrimonio existente entre la demandada y el antecesor en el dominio de las demandantes, de tal manera, que la acción de precario no es la idónea para reclamar la restitución del inmueble”.

De manera semejante, en sentencia de 3 de enero de 2020,<sup>21</sup> en un caso en que la ocupante estuvo casada con el demandante y que siguió ocupando el inmueble con posterioridad al divorcio, se resuelve que:

“(…) atendidos los hechos que se tienen por acreditados, se puede concluir que la tenencia u ocupación no deriva de “una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia” del actor, sino que de una relación previa, que, en opinión de esta Corte, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que la demandada lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, ocupa no por ignorancia ni mera tolerancia del dueño, sino por una causa jurídicamente relevante, de manera que no se configuran los presupuestos del referido artículo 2195 del Código Civil, de tal manera que la acción de precario no es la idónea para reclamar la restitución de los bienes objeto del juicio”.

<sup>20</sup> Corte Suprema, 6 de julio de 2017, Rol N° 35215-2016.

<sup>21</sup> Corte Suprema, 3 de enero de 2020, Rol N° 6707-2020.

En fin, en la sentencia de 7 de febrero de 2020<sup>22</sup> los dueños de un terreno demandan de precario a la ex mujer de uno de ellos que, junto a su hijo de 26 años, habitan la casa. La Corte Suprema rechaza la acción señalando que:

“(…) no se discute el hecho que la demandada ocupa el inmueble reclamado desde que contrajo matrimonio con uno de los demandantes, con quien tuvo un hijo, y habita en la propiedad hace 26 años, 12 de los cuales corresponden al tiempo que convivió con su ex cónyuge, y continúa habitándolo junto a su hijo, de modo que su ingreso al inmueble, fue consecuencia del referido vínculo matrimonial.

Décimo: Que, de esta manera, se puede concluir que la tenencia u ocupación de la propiedad por parte de la demandada no deriva de “una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia” de la parte demandante, sino que de una relación contractual matrimonial previa, título que, en opinión de esta Corte, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, ocupa el bien raíz no por ignorancia ni por mera tolerancia de los dueños, sino que por una causa jurídicamente relevante, por lo que no se configuran los presupuestos del referido artículo 2195 del Código Civil, de tal manera, que la acción de precario no es idónea para reclamar la restitución del inmueble (…).”

Estas no son todas las sentencias que dan cuenta de la primera línea de razonamiento de la Corte Suprema,<sup>23</sup> pero son suficientes para mostrarla. La

<sup>22</sup> Corte Suprema, 7 de febrero de 2020, Rol N° 12226-2019.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia de Corte Suprema, 4 de marzo de 2019, Rol N° 30303-2017, se lee lo siguiente: “Que, como se dejó asentado en la sentencia impugnada, las partes estuvieron unidas por vínculo matrimonial que terminó por sentencia firme de divorcio, arribando a un acuerdo en materia de compensación económica, y que la demandante compró el predio durante la vigencia de la sociedad conyugal, en los términos de que dan cuenta las letras b.- y c.- del motivo 2°, renunciando a los gananciales previo a deducir la demanda, por lo tanto, la presencia del demandado en el mismo no obedece a la mera tolerancia de aquella, su ex cónyuge, esto es, a su simple condescendencia o beneplácito, sino al referido enlace, que es suficiente justificación para inferir que no se está en presencia de un precario.” Por su parte, la sentencia de la Corte Suprema, de 3 de enero de 2020, Rol N° 6707-2019, frente a la ocupante que, continua en el inmueble con posterioridad al divorcio, se resuelve: “Que, atendidos los hechos que se tienen por acreditados, se puede concluir que la tenencia u ocupación no deriva de “una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia” del actor, sino que de una relación previa, que, en opinión de esta Corte, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente

lectura de los extractos anteriores muestra que, en ocasiones, la Corte Suprema ha entendido que la situación de precario del inciso 2º del artículo 2195 es exclusivamente fáctica en el sentido en que no debe existir un antecedente jurídico (el matrimonio) que justifique, al menos, el ingreso del detentador material a la cosa. Por otra parte, a esta línea no parece importarle que dicho antecedente no empiece, desde la perspectiva del derecho real de dominio a quien acciona pues basta que ese antecedente haya existido para que la detentación no se explique por la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

#### IV. EL SEGUNDO GRUPO DE SENTENCIAS

Un segundo grupo de sentencias, considera que la defensa del matrimonio debe, por así decirlo, calibrarse desde *el derecho de dominio* en el sentido en que no basta que haya existido un matrimonio, sino que ha de ser el caso que, según las reglas generales, ese matrimonio limite el derecho de dominio de quien acciona, imponiéndole la tolerancia de la detentación material por parte de la persona en contra de la cual ejerce la acción.

En este sentido, una sentencia de 1º de septiembre de 2010<sup>24</sup> resuelve un caso en que la ocupante del inmueble invoca como título la calidad de cónyuge de la persona que le vendió la casa a la demandante. La Corte Suprema estimó lo siguiente:

“(...) en el caso de autos la demandada no logró acreditar que su ocupación se encuentre justificada en un título que la legitime y, en razón de lo anterior, no se tuvo por probada esta circunstancia, por quien legalmente tenía la carga de hacerlo, configurándose, de este modo, el tercer presupuesto de procedencia de la acción deducida, de modo que los sentenciadores de alzada, a diferencia de lo sostenido por el recurrente, efectuaron una correcta interpretación y aplicación de las normas decisoria litis, por lo que, en consecuencia, la nulidad intentada no puede prosperar”.

---

para justificar la ocupación que la demandada lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, ocupa no por ignorancia ni mera tolerancia del dueño, sino por una causa jurídicamente relevante, de manera que no se configuran los presupuestos del referido artículo 2195 del Código Civil, de tal manera que la acción de precario no es la idónea para reclamar la restitución de los bienes objeto del juicio”.

<sup>24</sup> Corte Suprema, 1 de septiembre de 2010, Rol N° 5869-2010.

Por su parte, la sentencia de 18 de marzo de 2013<sup>25</sup> resuelve un caso en el que el demandante es hijo del demandado. El demandado se defiende señalando que vivía con la madre del demandante en el inmueble. Marido y mujer se habían divorciado y el inmueble había sido comprado con el patrimonio reservado de la mujer. La Corte Suprema estima lo siguiente:

“Que en relación con la alegación del recurrente de que el demandante tenía conocimiento de que el primero habitaba en el inmueble cuya restitución solicita, lo que no configura la exigencia de la “ignorancia” a que se refiere el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, es evidente que la institución del precario requiere la ignorancia o la mera tolerancia del dueño, requisitos disyuntivos y no copulativos, como aquel parece creer. En efecto, es evidente que la “tolerancia” se opone a la “ignorancia”, pues supone que el dueño se ha representado fielmente la realidad y conoce que otra persona, sin título alguno, ocupa un bien que al primero le pertenece. En estas circunstancias, los sentenciadores aplicaron adecuadamente la ley y no existe el error de derecho denunciado en el recurso.”

En tercer lugar, la sentencia de 13 de abril de 2016<sup>26</sup> falla un caso en el que un padre cede los derechos que le correspondían en un inmueble a su hija. Luego. El padre contrae matrimonio y, con posterioridad muere. La hija (cesionaria) demanda a la ex cónyuge de su padre de precario. La Corte Suprema, en su voto de mayoría, resuelve de la siguiente manera:

“Que, en lo que concierne a la vulneración de lo que dispone el inciso 2° del artículo 2195 del CC, corresponde tener presente que los requisitos del precario son los siguientes: que la parte demandante sea dueña del bien que pretende se le restituya; que el demandado lo ocupe; que esa ocupación lo sea sin previo contrato y, por último, que lo sea por ignorancia o mera tolerancia del dueño. (...) la carga de la prueba de las dos primeras exigencias incumbe al actor, y que cumplida es el demandado quien debe probar que la ocupación está justificada por un título o contrato y, que por lo tanto, no obedece a ignorancia o a mera tolerancia. Y como la demandada sólo

<sup>25</sup> Corte Suprema, 18 de marzo de 2013, Rol N° 2668-2012.

<sup>26</sup> Corte Suprema, 13 de abril de 2016, Rol N° 6709-2015.

probó que es la cónyuge sobreviviente del señor Parada G., quien, como único dueño de todos los derechos que recaían en el inmueble y antes de contraer matrimonio, los cedió a su hija que es la antecesora en el dominio de la demandante, se debe concluir que se aplicó correctamente la citada disposición al colegirse que la ocupación lo es sin título que la justifique y por mera tolerancia de la actora.”

A continuación, la sentencia de 7 de octubre de 2019<sup>27</sup> conoce del caso de un matrimonio disuelto por divorcio en el que el ex marido sigue ocupando la casa, la mujer solicita la restitución a través de la acción de precario. La Corte resuelve lo siguiente:

“Que cabe tener en consideración que el análisis de la concurrencia de los presupuestos de la acción de precario debe realizarse al momento en que se deduce la respectiva demanda dado que el título que autoriza la tenencia del inmueble puede desvanecerse o expirar, en cuyo caso su ocupación resulta fundada en el simple beneplácito o tolerancia del dueño.

Lo señalado es precisamente lo que acontece en el presente caso, pues se tuvo por acreditado que la demandante es dueña del inmueble que el demandado ocupa, y que el vínculo matrimonial que los unía se disolvió por sentencia de divorcio; entonces, se debe colegir que, en la actualidad, su tenencia solo encuentra sustento en la mera tolerancia de aquella.”<sup>28</sup>

En un sentido semejante, la sentencia de 1 de enero de 2020,<sup>29</sup> que resuelve un caso en que tras el divorcio, la ex cónyuge sigue ocupando el bien, se resuelve lo siguiente:

“Sexto: que el precario es una cuestión puramente de hecho en que el ocupante lo es por mera tolerancia del dueño, habiendo situaciones como la de la especie, en que la ocupación pudo haber estado originalmente justificada en un título que más tarde desaparece o se extingue, de suerte que la permanencia

<sup>27</sup> Corte Suprema, 7 de octubre de 2019, Rol N° 3503-2018.

<sup>28</sup> Los mismos párrafos citados se encuentran en una sentencia de la Corte Suprema, 11 de octubre de 2019, Rol N° 45457-2017.

<sup>29</sup> Corte Suprema, 31 de enero de 2020, Rol N° 16958-2019.

del ocupante en el bien no obedece sino a la efectiva tolerancia -y no al desconocimiento- del dueño.

Séptimo: Que, en ese sentido, habiéndose establecido en la sentencia impugnada que el demandante tiene el dominio exclusivo sobre el inmueble ocupado por doña Graciela Álvarez Sarra, cabe concluir que el título -calidad de cónyuge- la habilitó en la tenencia hasta la declaración del divorcio, momento en que se produjo la mera tolerancia”.

Como puede verse, a diferencia de las sentencias que se utilizaron para ilustrar la primera línea de razonamiento, las de la segunda consideran que no basta que haya existido un matrimonio, sino que es necesario que exista uno que, con cargo a reglas generales limite el dominio del dueño imponiéndole la ocupación de la cosa.

#### *V. ¿QUÉ DIFERENCIAS LOS DOS GRUPOS DE SENTENCIAS?*

La lectura de las sentencias que ejemplifican la primera línea de razonamiento enseña que la Corte estima que el precario únicamente se configurara cuando la situación sea estrictamente fáctica, es decir, cuando no exista un antecedente jurídico (el matrimonio) que justifique el comienzo de la ocupación. De esta manera, bajo esta primera línea de razonamiento, la acción de precario únicamente prosperaría cuando fuera el caso que el detentador material careciera de cualquier antecedente jurídico que, al menos, al momento de su ingreso al inmueble justificara la detentación. En otras palabras, la acción de precario limitaría su campo operativo a aquellos casos que, por así decirlo, los ocupantes hubiesen “entrado por la ventana” al inmueble o bien se trata de un allegado;<sup>30</sup> en definitiva, se limitaría a los supuestos en que el ocupante no pueda justificar jurídicamente ni siquiera su ingreso al inmueble.

Las sentencias que se han empleado para mostrar la segunda línea de razonamiento también enseñan que allí no basta que haya existido el matrimonio, sino que, al momento en que se interpone la acción exista y sea eficaz para enervar la acción.

<sup>30</sup> De esta manera, en la sentencia de Corte Suprema, 31 de enero de 2017, Rol N° 37705-2015, se lee: “La únicas explicaciones que la ley encuentra para una situación de esa laya es, ora que tal presencia obedezca al desconocimiento del dueño, que por diversas razones, legítimas o no, ignora lo que está ocurriendo en su predio; ora a su indulgencia, una vez que, sabedor de ello, no lo evita, impide o detiene, pasando el ocupante a ser una suerte de lo que en lenguaje popular se conoce como “allegado”.

Ambas líneas jurisprudenciales pueden distinguirse según la comprensión que se tenga del inciso 2º del artículo 2195. Para la primera línea, es, exclusivamente, en virtud de ese precepto que aun los matrimonios que se han disuelto son suficientes para enervar la acción de precario. En conformidad a la segunda línea, el inciso 2º del artículo 2195, en realidad, no añade nada a los límites que imponen las reglas generales del matrimonio al derecho de dominio.

## VI. UNA PROPOSICIÓN RESPECTO DEL PRECARIO

Como se ha visto en el número anterior, el precario del inciso 2º del artículo 2195 es una creación de Bello y la acción de precario, una criatura de los tribunales. El problema es, respecto de los tribunales, que la creación adolece de lo que en términos psicológicos podría denominarse un “trastorno de identidad disociativo”.<sup>31</sup> Es decir, es como si la Corte estuviera bajo el control de dos identidades distintas de forma alternativa. En términos más jurídicos, el problema es que la Corte Suprema mantiene, simultáneamente, dos líneas de razonamiento contradictorias. Casi –si no resultara una contradicción en los términos– resulta tentador indicar que se trata de dos líneas jurisprudenciales.

Atendido el valor que suele reconocerse a la uniformidad de la jurisprudencia y el hecho de que el logro de ese fin suele confiarse, de manera predominante, a las cortes supremas<sup>32</sup> la situación anterior es extremadamente lamentable.

Si de lo que se trata es de tornar más predecible el proceso de adjudicación, optar por cualesquiera de las dos líneas de razonamiento logra ese cometido. Sin embargo, la predictibilidad de la decisión no es el argumento al que se debe acudir para fijar el sentido de las normas; es un argumento para optar por un sentido en vez de por varios incompatibles, pero no dice mucho acerca de cuál deba ser ese sentido.

Para buscar ese sentido, parece necesario comenzar admitiendo que, al menos hasta el momento, no se han descubierto antecedentes históricos que permitan fijar dicho sentido con precisión. Por otra parte, tampoco es posible precisar ese sentido con cargo a la opinión de la Corte Suprema, pues, como se ha visto, mantiene, simultáneamente, dos opiniones contradictorias. Sin embargo, al considerar estas opiniones se descubre algo interesante. Una de ellas –la segunda

<sup>31</sup> Sobre el tema, puede consultarse: SAXE, Glenn N.; VAN DEL KOLK, Bessel A., BERKOVITZ, R., “Dissociative disorders in psychiatric inpatients”, *American Journal of Psychiatry*, 1993, Vol. 150, N° 7, pp. 1037-1042.

<sup>32</sup> Sobre el tema, puede consultarse TARUFFO, Michele, “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2014, Vol. XXVII, N° 2, pp. 9-14.



línea de razonamiento— resulta coherente con las reglas generales del matrimonio y del derecho real de dominio. La otra —la primera línea de razonamiento— en cambio, las subvierte.

La subversión opera a través de la asignación de un sentido al inciso 2° del artículo 2195 que opera exclusivamente en su propio mérito,<sup>33</sup> es decir, limitándose a un posible significado de su tenor literal, con completa desaprensión de la relación que deba establecerse entre éste y (1) la figura de la cual proviene y (2) las normas generales del derecho real de dominio y del matrimonio.

Por otra parte, la primera línea de razonamiento torna inepta la acción de precario allí donde no existen otras acciones para recuperar la tenencia de la cosa, frustrando el fin para el cual fue creada.<sup>34</sup>

Por lo que toca a la figura de la cual proviene el precario del inciso 2° del artículo 2195, habrá que comenzar recordando que la norma dispone lo siguiente: “Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

No resulta difícil advertir —y así se ha hecho<sup>35</sup>— que la inteligibilidad de la figura debe funcionar por asimilación; la figura del inciso 2° se asimila a otras que constituyen precario.

Lo anterior es difícilmente discutible, de manera que, más bien, conviene considerar cuáles serían esas figuras a las que se asimila. Sobre esto no debe existir mayor duda, se trata de aquellas contenidas en el artículo 2194 y el inciso 1° del artículo 2195.

Pues bien, ambas figuras se encuentran bajo el Título XXX del Libro IV del Código Civil que disciplina el contrato de comodato y, a diferencia del inciso 2° del artículo 2195, se refieren a dicho contrato. Específicamente a la obligación del comodatario de restituir la cosa.

La regla general respecto de dicha obligación se encuentra en el artículo 2180 CC, el comodatario debe restituir en el tiempo convenido, o a falta de convención, después del uso para el cual ha sido prestada la cosa.

<sup>33</sup> Sobre la discusión acerca de las expresiones “sin previo contrato” y “por ignorancia o mera tolerancia del dueño”, puede consultarse RAMOS PAZOS, René, “Del precario”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1986, N° 180, p. 7; HALABI, Fuad; SAFFIRIO, Carlos, *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996, p. 52, y ATRIA, cit. (n. 11), p. 75.

<sup>34</sup> Sobre el carácter real de la acción de precario, puede considerarse RAMOS PAZOS, cit. (n. 33), p. 3; ROSTIÓ, Ignacio, *El precario en la jurisprudencia chilena*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 8; ALCALDE SILVA, “La compraventa celebrada por el marido...”, cit. (n. 2), p. 344, y ATRIA, cit. (n. 11), pp. 64-67.

<sup>35</sup> Así se puede observar en tres sentencias del máximo tribunal: Corte Suprema, 13 de mayo de 2013, Rol N° 6108-2012; Corte Suprema, 10 de diciembre de 2018, Rol N° 12.654-2018; y Corte Suprema, 4 de abril de 2019, Rol N° 29.267-2018.

El artículo 2194 y el inciso 1º del artículo 2195 disciplinan la forma de la obligación de restitución en lo relativo a cuándo se puede exigir en aquellos supuestos en que no se ha convenido un tiempo o un determinado uso. Si así sucede, el comodato toma el nombre de precario. El comodato es precario en dos situaciones (1) si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo y (2) cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Como ya ha quedado dicho, lo peculiar de esas situaciones se refiere a la obligación de entrega del comodatario; dicha obligación es exigible cuando el dueño así lo disponga.

Pues bien, ahora habrá que preguntarse ¿en qué sentido la figura del inciso 2º del artículo 2195 “constituye también precario”? Desde luego, no puede ser en el sentido que constituya una modalidad de la obligación de entrega que surge del contrato de comodato pues el caso es que aquí la tenencia de la cosa no proviene del contrato de comodato.

Entonces, la asimilación debe buscarse en otra parte, y si no es respecto del supuesto de hecho, el único lugar que queda son las consecuencias jurídicas. De esta manera, debe aceptarse que la asimilación de que da cuenta el inciso 2º del artículo 2195 es respecto de ellas y, como ya se ha visto, lo peculiar del comodato precario es que el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo.

De esta manera, ha de ser el caso que la figura del inciso 2º del artículo 2195 constituye también precario porque el dueño (esta vez no el comodante) se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier momento.

Ahora bien, tratándose del contrato de comodato la razón por la cual el comodante puede pedir la cosa en cualquier momento es porque el contrato así se lo permite. Sin embargo, tratándose del precario del inciso 2º, la razón por la cual se le reconoce al dueño la facultad de pedir la restitución en cualquier tiempo no puede ser esa ¿cuál entonces? La respuesta -no puede ser otra- es, precisamente, porque es dueño.

Y es precisamente esa circunstancia la que funciona como marcador de los límites de la acción de precario. Si la justificación de la facultad de exigir la restitución se encuentra en el dominio, entonces los límites de esa facultad también quedan explicados por el dominio.

En lo que concierne a las normas sobre matrimonio y derecho real de propiedad. Se trata, en realidad de dos caras de la misma moneda. Si se miran las cosas desde la perspectiva del matrimonio, se descubre que la subversión opera reconociéndoles efectos después de que se ha disuelto; algo semejante al Cid Campeador cabalgando después de muerto para atemorizar a sus enemigos. Si ahora se consideran las cosas desde la perspectiva del derecho real de dominio, se observa un límite al derecho de dominio que no proviene de la regulación del

matrimonio, sino que, exclusivamente de la letra del inciso 2º del artículo 2195.

En tercer lugar, si se presta ahora atención a la función para la cual se creó la acción de precario, según se ha señalado -de manera correcta en mi opinión- dicha acción completa, por así decirlo, una laguna en la tutela que dispensa la acción reivindicatoria tratándose de la posesión inscrita<sup>36</sup> (no es azar que la enorme mayoría, sino todas, de las acciones de precario operen en esta sede). La laguna se explica con cargo al artículo 724, quien dispone de una inscripción no pierde la posesión mientras no se cancele la inscripción; por esa misma razón, quien detenta materialmente la cosa, aun cuando no reconozca dominio ajeno, no lo hace en calidad de poseedor, por lo mismo, salvo que se trate de un supuesto del artículo 915 y se acepte una determinada teoría respecto de él,<sup>37</sup> el dueño no dispone de acción reivindicatoria en contra del detentador.

Si ese es el espacio que ha venido a cubrir la acción de precario, -si se acepta que viene a cubrir la laguna que ha dejado la teoría de la posesión inscrita respecto de la acción reivindicatoria- habrá, a la vez, que entender que debe cubrirla en forma eficaz, es decir, tomándose en serio, el derecho (en este caso, el de dominio). Por su parte, tomarse el serio el derecho exige no devaluarlo, precisamente, a través de la acción con la que se intenta protegerlo.

He allí buenas razones en términos de coherencia para favorecer la segunda línea jurisprudencial. La pregunta que conviene formularse ahora es ¿cómo podría justificarse la lectura más maximalista del precario que han hecho los tribunales, según la cual se trataría de una cuestión meramente fáctica y bastaría un antecedente jurídico que justifique el comienzo de la ocupación aun cuando después no se mantenga? La respuesta, desafortunadamente, no se encuentra en las sentencias que se han tenido a la vista. La explicación que allí se encuentra se limita más bien a modestos intentos semánticos de la literalidad del inciso 2º del artículo 2195 que utilizan como argumento aquello sobre lo que se debe argumentar. Se trata, entonces, de una interpretación literal y descontextualizada de la norma que no presta atención a lo que subyace a ella ni a las consecuencias de su aplicación, un tipo de razonamiento formalista que debe rechazarse.<sup>38</sup> Tampoco, hasta donde llegan mis noticias al menos, es una solución que haya favorecido la doctrina.

<sup>36</sup> ATRIA, cit. (n. 11), p. 61.

<sup>37</sup> ATRIA, cit. (n. 11), p. 63; y CORRAL, Hernán, *Curso de Derecho Civil (Bienes)*, Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 604-607.

<sup>38</sup> Sobre ese tipo de razonamiento formalista, v. ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 50.

## *VII. EL MATRIMONIO COMO DEFENSA DEL OCUPANTE FRENTE A UNA ACCIÓN DE PRECARIO*

Expuestas ambas líneas de razonamiento en casos en los cuales la defensa de los demandados ha sido el matrimonio como justificante de la ocupación de la cosa, y presentada la proposición sobre el precario del número anterior, resulta evidente que la línea que se debe preferir es la segunda y, ahora, con cargo a ella, debe responderse a la pregunta acerca de ¿Bajo qué condiciones el matrimonio es un argumento suficiente para enervar la acción de precario?

La respuesta breve, y por razones de coherencia con las normas generales sobre derecho real de dominio y matrimonio, es en la medida en que sea un argumento suficiente para justificar la limitación al dominio. Sin embargo, muy probablemente, la respuesta resulte demasiado breve; de hecho, se trata del tipo de respuesta que puede reformularse como una pregunta pues, frente a ella, se puede consultar: ¿Bajo qué condiciones el matrimonio es un buen argumento para limitar el dominio en términos de tolerar la detentación material del ocupante?

La respuesta es la siguiente. En primer lugar, el matrimonio debe estar vigente y, en segundo lugar, tratándose de matrimonios vigentes, resulta necesario distinguir entre la situación de los cónyuges y la de los terceros

Por lo que toca a la vigencia del matrimonio, un voto disidente de la abogada integrante Leonor ETCHEBERRY COURT lo expresa con corrección:<sup>39</sup>

“Que tratándose el precario de una cuestión meramente fáctica, el objeto del análisis que debe ser efectuado por el órgano judicial, dice relación con la situación concreta existente al momento de la demanda, pues puede suceder, que el título que justifica una determinada ocupación, desaparezca o se extinga, caso en el cual la permanencia del ocupante en el bien respectivo, se deba a la simple condescendencia y actitud indulgente de su dueño, que omite exteriorizar su oposición a la conducta de ocupación desplegada.

Que en la especie, sucede lo descrito anteriormente, desde que se encuentra establecido, que la demandante tiene el dominio exclusivo sobre el inmueble ocupado por el demandado, quien al encontrarse vinculado matrimonialmente con su antigua dueña, se encontraba habilitado para ejercer su tenencia, lo cual, en todo caso, se prolongó hasta la modificación del dominio del mismo, adquirido por la actora, de manera, que habiendo

<sup>39</sup> Corte Suprema, 10 de abril de 2017, Rol N° 13798-2016.

incluso concluido con posterioridad el matrimonio, debido a la muerte de la cónyuge, se inició una tenencia fundada en la sola tolerancia de la dueña.

Que, de este modo, es opinión de los disidentes, estimar que en el caso de autos concurren los requisitos para hacer lugar a la acción de precario, como lo declararon los jueces recurridos, por lo que se concluye que los sentenciadores del fondo no incurrieron en las infracciones que se les atribuye por la vía de la casación de fondo.”

No parece –no al menos en general– controversial que los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges pueden limitar la posibilidad que uno de ellos tiene contra el otro de alegar el dominio para poner término a la ocupación de una cosa. De esta manera, resulta perfectamente natural que, si se cumple con sus requisitos, el deber de socorro, de ayuda mutua y de protección recíproco sean buenos argumentos, desde el matrimonio, para limitar el derecho de dominio de uno de los cónyuges, impidiéndole ejercer la acción de precario frente al otro. Así, por ejemplo, en sentencia de 22 de octubre de 2021, se rechaza la acción de precario que interpuso el marido separado de hecho en contra de su mujer, señalándose que:

“(…) la acción de precario requiere que entre las partes no concurra ninguna clase de relación convencional jurídicamente relevante entre el ocupante de los bienes y su dueño. En la especie, demandante y demandada se encuentran unidos por vínculo matrimonial no disuelto, por lo que, a juicio de esta Corte, la ocupación de la demandada respecto del bien disputado no se encuentra fundada en la mera tolerancia del actor, sino que en un título que la justifica, en este caso, el matrimonio. De este modo al no entenderlo así los sentenciadores, se concluye que el fallo impugnado infringió el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, lo que ha tenido influencia en lo dispositivo del mismo, pues determinó que se acogiera la acción de precario sin que se cumpliera con la exigencia legal antes anotada”<sup>40</sup>.

Sin embargo, una vez que el matrimonio termina, esos deberes –que son parte de sus efectos– también. Por lo mismo, con cargo al matrimonio ya no se puede seguir justificando la ocupación de la cosa. Salvo que, una lectura maximalista

<sup>40</sup> Corte Suprema, 22 de octubre de 2021, Rol N° 95142-2020.

del inciso 2° del artículo 2195 le conceda efectos después de su extinción. De esta manera, por ejemplo, conociendo un caso en el que los cónyuges se habían divorciado y la mujer siguió ocupando el inmueble, la Corte Suprema en sentencia de 31 de enero de 2020 resolvió:

“Tercero: (...) Que cabe tener en consideración que el análisis de la concurrencia de los presupuestos de la acción de precario debe realizarse al momento en que se deduce la respectiva demanda, dado que el título que autoriza la tenencia del inmueble puede desvanecerse o expirar, en cuyo caso su ocupación resulta fundada en el simple beneplácito o tolerancia del dueño.

Cuarto: Que lo señalado es precisamente lo que acontece en el presente caso, pues se tuvo por acreditado que el demandante es dueño del inmueble que la demandada ocupa, y que el vínculo matrimonial que los unía se disolvió por sentencia de divorcio; entonces, se debe colegir que, en la actualidad, su tenencia solo encuentra sustento en la mera tolerancia de aquel.”<sup>41</sup>

En el mismo sentido, en la sentencia de 22 de octubre de 2021, se lee lo siguiente:

“Tercero: Que encontrándose establecido que el demandante y la demandada se encuentran unidos por vínculo matrimonial no disuelto, la ocupación de la demandada respecto del inmueble sub lite resulta fundada en un título que la justifica.

Cuarto: Que al respecto el artículo 131 del Código Civil, establece que “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”. Por su parte, el artículo 133 del texto legal citado dispone que ambos cónyuges “tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común. Salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

Quinto: Que lo anterior, obliga a concluir que el inmueble que habita la demandada fue el “hogar común” de que trata la última norma legal citada, por lo que su permanencia en ese lugar no es por mera tolerancia del dueño, quien sigue siendo

<sup>41</sup> Corte Suprema, 31 de enero de 2020, Rol N°16958-2019.

su marido, sino que por disposición legal al seguir existiendo el matrimonio entre las partes, razón por la cual, la ocupación de la propiedad cuya restitución se solicita, no se debe a la ignorancia o mera tolerancia del demandante, de manera que la acción de precario no podrá prosperar”.<sup>42</sup>

Lo anterior, por supuesto, no obsta a que existan otros argumentos que, contingentemente, pueden o no relacionarse con la anterior existencia de un matrimonio, como la presencia de hijos o la declaración de bien familiar, siempre que no se haya desafectado.<sup>43</sup>

El siguiente comentario se refiere a los terceros. Como ya se ha dicho, el matrimonio constituye un argumento que, generalmente, exigirá al cónyuge dueño de la cosa tolerar la ocupación de la cosa por parte del otro. Sin embargo, habrá que advertir que se lo exige al cónyuge, no a terceros. En esta línea, debe estimarse como correcto un voto de minoría del abogado integrante Carlos Pizarro Wilson, se trata de una sentencia 6 de julio de 2017.<sup>44</sup> La demandada ocupaba el bien en virtud del matrimonio que mantenía (aunque estaban separados de hecho) con el dueño. El dueño había transferido el inmueble a través de una cesión de derechos a sus hijas, y son estas quienes demandan de precario a la ocupante. La opinión de la mayoría fue la siguiente:<sup>45</sup>

“Octavo: Que no se discute el hecho que la demandada ocupa el inmueble reclamado, desde que en el año 2003 contrajo matrimonio con el padre de las actoras, quien fue su dueño hasta la cesión de derechos que, por escritura pública de 27 de enero de 2015, celebró con sus hijas, las demandantes. D.M.E.S.R. continúa habitando el bien raíz señalado, de modo que su introducción al inmueble, fue consecuencia del vínculo matrimonial existente con el padre de las actoras, que dentro de otras obligaciones, incluye la de vivir juntos en el hogar común, constituido justamente en la propiedad de autos.

Noveno: Que, de esta manera, se puede concluir que la tenencia u ocupación de la propiedad por parte de la demandada no

<sup>42</sup> Corte Suprema, 22 de octubre de 2021, Rol N° 95142-2020.

<sup>43</sup> En este sentido, v. Corte Suprema, 12 de noviembre de 2019, Rol N° 18750-2018. La cuestión de los bienes familiares, sin embargo, presenta ciertas aristas que aconsejan un estudio propio que excede las pretensiones de este.

<sup>44</sup> Corte Suprema, 6 de julio 2017, Rol N°35215-2016.

<sup>45</sup> En el mismo sentido: Corte Suprema, 4 de julio de 2019, Rol N° 6224-2019.

deriva de “una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia” de las actoras, sino que de una relación contractual matrimonial previa, habida entre la demandada con el anterior dueño del inmueble, título que, en opinión de esta Corte, por tratarse el precario una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, ocupa el bien raíz no por ignorancia ni por mera tolerancia de las actuales dueñas, sino por una causa jurídicamente relevante, de manera que no concurre en la especie la exigencia normativa de absoluta ausencia de precedente jurídico entre el propietario y la cosa que ostenta, esto es, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante, por el actor. Por lo demás, la norma no exige que el “previo contrato” provenga del actual dueño demandante sino que refiere tal origen a la ignorancia o mera tolerancia.

Décimo: Que como esta Corte ya ha planteado en oportunidades anteriores, el título que justifica la tenencia tampoco necesariamente deberá concernir al actual propietario. En la especie, el título justificativo es el matrimonio existente entre la demandada y el antecesor en el dominio de las demandantes, de tal manera, que la acción de precario no es la idónea para reclamar la restitución del inmueble”.

En cambio, en el voto de minoría, el abogado integrante:

“(…) estuvo por rechazar el recurso, pues el hecho de que la ocupante haya ingresado a la propiedad en razón de un vínculo matrimonial con el precedente propietario no enerva la acción de precario. Esto en razón que el único motivo por la cual la demandada reside en esa propiedad es la mera tolerancia de las actuales propietarias, a quienes resulta inoponible la relación marital de la ocupante en términos que debía entenderse que detentaría un contrato previo”.<sup>46</sup>

Por razones que ya han quedado dichas, el voto de minoría acierta; el de la mayoría, yerra.

Aun respecto de los terceros, me interesa mostrar que, con cierta frecuencia,

<sup>46</sup> En un sentido semejante, Corte Suprema, 4 de mayo de 2020, Rol N° 5429-2018.



lo que el ocupante procura reprochar es un fraude civil y que, cuando así sucede, existen buenas razones para rechazar la acción de precario intentada en contra del cónyuge ocupante del inmueble. Un voto de minoría, que redacté en calidad de abogado integrante servirá para mostrarlo.<sup>47</sup> La ocupante del inmueble se encuentra casada con el anterior dueño del inmueble, ambos se encuentran separados de hecho. El anterior dueño vendió el inmueble a la hermana de su actual pareja. La compradora es quien demanda de precario; el voto de mayoría señala que:

“(…) se puede concluir que la tenencia u ocupación de la propiedad por parte de la demandada no deriva de “una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia” de la actora, sino que de una relación contractual matrimonial previa, habida entre la demandada con el anterior dueño del inmueble, título que por tratarse el precario una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que lleva a cabo.”

El punto, sin embargo, es que quien ejerce la acción no es el marido, sino un tercero. Para que el matrimonio obstaculizara la acción de precario tendría que ser el caso que el inciso 2º del artículo 2195 modifica las normas del dominio y del matrimonio a este respecto, cuestión que no resulta plausible.

Sin embargo, hay algo irritante en la venta que hace el marido. Como ya ha quedado dicho, en virtud del matrimonio, el marido debe protección, ayuda y socorro a la mujer; por otra parte, en su calidad de padre tiene obligaciones alimenticias. Esta posición limita su derecho de dominio, impidiéndole accionar de precario. Sin embargo, todo indica que el motivo de la compraventa que celebra con la hermana de su actual pareja consiste en eludir esa limitación.

En lo que interesa, el voto de minoría resuelve lo siguiente:

“Cuarto: Que los antecedentes a que ha hecho mención en el considerando anterior, permiten presumir la existencia de un acto en fraude de los derechos de la mujer; un acto cuya finalidad consiste en “eludir una determinada norma obligatoria una vez reunida las condiciones de hecho de la aplicación de la ley imperativa” (Domínguez, Ramón, “Fraus Omnia Corruptit. Notas sobre el fraude en el derecho civil”, *Revista de Derecho Universal de Concepción*, N°189, año LIX).

Quinto: Que si bien la existencia del fraude permite invalidar

<sup>47</sup> Corte Suprema, 29 de diciembre de 2019, Rol N° 15033-2018.

el acto fraudulento, trae como consecuencia su inoponibilidad, esto es, en palabras del mismo autor “...*que el acto permanece válido pero sin afectar al tercero*” es decir, “...no aniquila el acto inoponible, pero paraliza sus efectos en relación a quien está autorizado a alegarla”. De esta manera, tanto la venta como la tradición y sus efectos (en definitiva, la calidad de dueña de la precarista) son inoponibles a la Demandada y, consecuentemente, la acción no puede prosperar.”

### VIII. LA CUESTIÓN DEL COMODATO PRECARIO

Se ha señalado ya que del hecho de que un matrimonio haya justificado el comienzo de la ocupación no se sigue que, disuelto ese matrimonio, pueda seguir justificando la ocupación. Con todo, al menos una de las sentencias de la primera línea jurisprudencial parece avanzar en un sentido diverso.<sup>48</sup> El argumento parece ser que, como existió una autorización, se trataría de un supuesto de comodato precario, no de precario y eso sería suficiente para rechazar la acción de precario.

El argumento es interesante en un sentido al menos, si es correcto, podría aplicarse a todos los casos en que un tercero (por ejemplo, el padre o madre de uno de los cónyuges) los autoriza a vivir en el inmueble.<sup>49</sup>

El argumento, sin embargo, es incorrecto. ATRIA ha identificado como un caso indiscutible de precario aquel en que el demandado ha recibido la cosa en comodato precario o en virtud de un contrato o acuerdo anterior, indicando que “El hecho de que la ignorancia se asimile a la mera tolerancia muestra que la ley no exige que no haya contrato, sino admite la acción incluso en el caso de que no haya contrato”.<sup>50</sup>

Es cierto, el inciso 2º admite la acción en caso de que no haya contrato, sin embargo, la cuestión parece ser otra, a saber, habiendo contrato ¿puede el dueño

<sup>48</sup> En este sentido, Corte Suprema, 13 de mayo de 2013, Rol N°6108-2012, respecto a un caso en donde la demandada ocupa el inmueble debido a una autorización otorgada por el demandante a su hijo y a su cónyuge (la demandada), establece; 9º: “*Que así expuestas las cosas, es menester concluir que la ocupación de la demandada responde a lo menos a un contrato de comodato precario y se distancia del mero precario, como pretende el actor, por lo que habiendo la demandada justificado el título de su ocupación, el que resulta oponible al propietario de inmueble, deberá necesariamente desestimarse la demanda de precario formulada (...).*”

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, en las siguientes sentencias: Corte Suprema, 13 de mayo de 2013, Rol N° 6108-2012; Corte Suprema, 10 de diciembre de 2018, Rol N° 12.654-2018, y Corte Suprema, 4 de abril de 2019, Rol N° 29.267-2018.

<sup>50</sup> ATRIA, cit. (n. 11), p. 75.

desentenderse de él y ejercer la acción precario en vez de la de comodato precario?

La respuesta a esta pregunta requiere mayor desarrollo del que le da ATRIA, aunque, en la mayoría de los casos pueda llegarse a la misma respuesta. Se trata de un supuesto en que las mismas circunstancias configuran el supuesto de hecho de una acción contractual (la del comodato precario) y otra extracontractual (la de precario) y, entonces, la pregunta es si el contratante – dueño puede optar o, en cambio, debe disciplinar su pretensión a través de la acción contractual.

Siguiendo algún desarrollo de BARROS respecto del concurso entre responsabilidad contractual y extracontractual, parece correcto afirmar que la cuestión no puede ser resuelta mecánicamente y que, ante todo, es necesario saber si prescindir del estatuto contractual preteriría ciertas normas acordadas por las partes.<sup>51</sup> Sin embargo, tratándose del precario, esto no sucederá pues si existe un contrato previo cuyas disposiciones alteran la solución a la que se llegaría a través del inciso 2º del artículo 2195, el ocupante ocupará como defensa la existencia del contrato y la acción de precario fracasará, precisamente por eso. Si, en cambio, lo único que, a estas alturas se deriva del contrato es la obligación de restituir, eso es precisamente lo que se está solicitando a través de la acción de precario, por lo mismo, no hay razón para rechazarla pues el resultado será exactamente el mismo que si se hubiera invocado el contrato de comodato.

## CONCLUSIONES

Las hipótesis que este artículo intenta demostrar son dos. La primera de ellas es que, frente a accione de precario en las que el ocupante alega como defensa el matrimonio, la Corte Suprema ha fallado sostenidamente de forma contradictoria. A veces, ha entendido que basta que haya existido un matrimonio, sin que sea necesario que subsista al momento en que se ejerce la acción de precario. En otras ocasiones, la Corte ha señalado que el matrimonio debe estar vigente y ser suficiente para justificar la tolerancia frente a la ocupación. Una mirada a las sentencias expuestas muestra que esta primera hipótesis es correcta

La segunda hipótesis es que una sola de las líneas de razonamiento de la Corte es correcta, la segunda. La demostración opera por cauces diversos de la primera hipótesis, la razón es que no se trata de una cuestión fáctica, sino normativa, por lo mismo, los argumentos han de ser de esa naturaleza. Razones de coherencia tanto con la figura de la cual proviene el precario como con el diseño del derecho de dominio y del matrimonio, así como la falta de cualquier antecedente distinto

<sup>51</sup> BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020, Tomo II, pp. 1162-1163.

a una exégesis desaprensivamente literal del inciso 2º del artículo 2195, justifican la incorrección de la primera línea de razonamiento. Esas mismas razones de coherencia favorecen la segunda línea.

Aceptando la corrección de la segunda línea de razonamiento, resulta posible trazar algunas directrices generales sobre el matrimonio como defensa frente a la acción de precario. La primera de ellas, es que el matrimonio debe estar vigente al momento en que se ocupa como justificación de la detentación de la cosa. La segunda, es que, en general, esa defensa no sirve cuando se emplea en contra de terceros, es decir, cuando quien ejerce la acción de precario no es el otro cónyuge. Con todo, en esos casos, en ocasiones, resulta posible acudir a la figura del fraude civil. Finalmente, en aquellos casos en que exista un concurso entre la acción del comodato precario y la del precario, la cuestión debe resolverse, precisamente, prestando atención a la existencia del concurso.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### a) Doctrina

ALCALDE SILVA, Jaime, “La compraventa celebrada por el marido justifica la tenencia de la mujer demandada para enervar una acción de precario, incluso después de que la sociedad conyugal ha sido disuelta. La inexistencia de sociedad conyugal cuando los cónyuges han declarado que no existen bienes que liquidar. La naturaleza del título que controvierte el precario. La diferencia entre el comodato precario y el simple precario. Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 2013 (rol N° 11.835-2011)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2017, N° 28, pp. 333-355.

ALCALDE SILVA, Jaime, “Los requisitos del simple precario de acuerdo con la jurisprudencia. El anterior matrimonio de las partes como elemento que excluye la procedencia del precario. El precario entre cónyuges. La discusión dominical como cuestión excluida del juicio de precario, la cual se debe promover en un procedimiento distinto y de lato conocimiento. El abuso del derecho en la renuncia de los gananciales. Corte Suprema, sentencia de 13 de septiembre de 2017 (rol núm. 44.910-2016)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, N° 31, pp. 349-365.

ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

ATRIA, Fernando, “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2017, Vol. XXX, N°2, pp. 57-86.

BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020, Tomo II.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Curso de Derecho Civil (Bienes)*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Precario y Comodato Precario. Reglas Aplicables. Suspensión de Lanzamiento”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1995, N°

198, pp. 194.

ETCHEBERRY COURT, Leonor, “El título en el precario: análisis jurisprudencial cuando lo que se invoca como título es una relación de familia. ¿Se desprotege la propiedad?”, en: CORRAL, H.; MANTEROLA, P. (eds.), *Estudios de Derecho Civil XII*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 73-86.

HALABI, Fuad; SAFFIRIO, Carlos, *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996.

HARASIC YAKSIC, Davor, “Juicio de precario entre cónyuges”, *Gaceta Jurídica*, 1983, N° 42, pp. 23-31.

LARROUCAU, Jorge; ROSTIÓN, Ignacio, “Del Juicio de precario”, en BARCIA, Rodrigo (Coord.), *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 37-105.

RAMOS PAZOS, René, “Del precario”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 1986, N° 180, pp. 7-19.

ROSTIÓN, Ignacio, *El precario en la jurisprudencia chilena*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

SELMAN, Arturo, “Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista”, *Ius et Praxis*, 2018, Vol. 24, n° 2, pp. 343-354.

SAXE, Glenn N.; VAN DEL KOLK, Bessel A., BERKOVITZ, R., “Dissociative disorders in psychiatric inpatients”, *American Journal of Psychiatry*, 1993, Vol. 150, N° 7, pp. 1037-1042.

TARUFFO, Michele, “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2014, Vol. XXVII, N° 2, pp. 9-14.

## b) Legislación

Artículo 2195, Código Civil, 2000

Artículo 724, Código Civil, 2000

Artículo 915, Código Civil, 2000

## c) Jurisprudencia

Corte Suprema, 13 de mayo de 2013, Rol N° 6108-2012

Corte Suprema, 26 de septiembre de 2018, Rol N° 12645-2018

Corte Suprema, 26 de septiembre de 2019, Rol N° 29267-2019

Corte Suprema 21 de diciembre de 2016, Rol N° 84792-2016

Corte Suprema, 31 de enero de 2017, Rol N° 37705-2015

Corte Suprema, 9 de marzo de 2017, Rol N° 2870-2017

Corte Suprema, 10 de abril de 2017, Rol N° 13798-2016

Corte Suprema, 31 de julio de 2017, Rol N° 27949-2016

Corte Suprema, 6 de julio de 2017, Rol N° 35215-2016

Corte Suprema, 13 de abril de 2016, Rol N° 6709-2015

Corte Suprema, 7 de febrero 2020, Rol N° 12226-2019

Corte Suprema, 4 de marzo de 2019, Rol N° 30303-2017

Corte Suprema, 3 de enero de 2020, Rol N° 6707-2019

Corte Suprema, 1 de septiembre de 2010, Rol N° 5869-2010  
Corte Suprema, 18 de marzo de 2013, Rol N° 2668-2012  
Corte Suprema, 7 de octubre de 2019, Rol N° 3503-2018  
Corte Suprema, 11 de octubre de 2019, Rol N° 45457-2017  
Corte Suprema, 31 de enero de 2020, Rol N° 16958-2019  
Corte Suprema, 10 de diciembre de 2018, Rol N° 12654-2018  
Corte Suprema, 4 de abril de 2019, Rol N° 29267-2018  
Corte Suprema, 22 de octubre de 2021, Rol N° 95142-2020  
Corte Suprema, 12 de noviembre de 2019, Rol N° 18750-2018  
Corte Suprema, 4 de julio de 2019, Rol N° 6224-2019  
Corte Suprema, 4 de mayo de 2020, Rol N° 5429-2018  
Corte Suprema, 29 de diciembre de 2019, Rol N° 15033-2018