



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS TÍTULOS QUE LOS TRIBUNALES
SUPERIORES DE JUSTICIA HAN RECONOCIDO AL PRECARISTA (2005-2018).**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

Fabiola Lathrop Gómez
Profesora Guía

Joseline Camila Lucaveche Martínez
Catalina Macarena Rojas Endress
Autoras

Santiago de Chile
Junio de 2019

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: Conceptos	6
1. Contrato de comodato	6
2. Comodato precario	6
3. Precario	7
4. Acción de Precario	9
5. Acción Reivindicatoria	10
6. Posesión	11
7. Naturaleza jurídica acción de precario. Determinación de la acción	12
7.1. Real o personal	13
7.2. Mueble o inmueble	13
7.3. Diferencia con acción personal que emana del contrato de comodato	13
7.4. Diferencia con acción reivindicatoria	14
8. Procedimiento de la acción de precario	15
9. Objeto de la acción de precario	16
10. La prueba	16
11. Prescripción de la acción de precario	18
CAPÍTULO II: Requisitos de procedencia de la acción de precario	19
1. Que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución se solicita	19
1.1. Caso en que el demandante es usufructuario o nudo propietario	20
1.2. Caso en que el demandante es comunero	22
1.3. Caso en que el demandante es propietario fiduciario	23
2. Que el demandante tenga la cosa sin un título que justifique su tenencia	24
3. Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño	26
CAPÍTULO III: Análisis de los títulos esgrimidos por el precarista	31
1. Derechos reales distintos del dominio	31
1.1. Servidumbre	31
1.2. Usufructo	33
1.2.1. Usufructuario	33
1.2.2. Nudo propietario	35

1.3. Concesión minera	37
1.4. Propiedad fiduciaria	39
2. Contrato de Promesa	40
3. Contrato celebrado con dueño	44
4. Contrato con dueño anterior o tercero distinto al dueño	48
5. Relaciones de familia	56
5.1. Matrimonio o Acuerdo de Unión Civil	56
5.1.1. Matrimonio Vigente	57
5.1.2. Matrimonio no disuelto (casos de separación de hecho)	58
5.1.3. Matrimonio Disuelto (divorcio)	60
5.1.4. Régimen de sociedad conyugal	61
5.1.5. Régimen de separación de bienes	65
5.2. Convivencia	69
5.3. Parentesco	74
6. Posesión	80
7. Otros títulos	90
7.1. Contratos que han sido declarados resueltos	90
7.2. Contratos que han sido declarados nulos	91
7.3. Adjudicación en subasta pública (venta judicial forzada)	93
7.4. Títulos derivados de legislaciones especiales	97
CONCLUSIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	102
ANEXO: LISTADO DE SENTENCIAS	105

INTRODUCCIÓN

Resulta curioso que a los estudiantes de pregrado, en el curso de bienes, se les enseñe en profundidad las acciones protectoras del dominio o de la posesión, como la acción reivindicatoria o las querellas posesorias, sin detenerse en la acción de precario más que unos minutos. Esto, pues la frecuencia con que esta acción se tramita en tribunales no se condice con el tiempo que se dedica a enseñarla, siendo una acción que tiene alta aplicación para recobrar la tenencia y proteger el dominio de quien ha perdido la materialidad de un bien que le pertenece.

Nuestra inquietud por este tema se profundiza al cursar el Taller de Memoria “Problemas Actuales de la Posesión”, con la profesora Gíssella López, en el segundo semestre del año 2016. En dicho curso analizamos en profundidad ciertos aspectos de la posesión, ahondando nuestros conocimientos relativos a ella y reconociendo las cuestiones problemáticas en dicha institución. En este Taller de Memoria fue que, al analizar críticamente las deficiencias legales de la regulación actual, especialmente en materia de acciones protectoras del dominio, nos llamó la atención el tema de la acción de precario, y aún más, los disímiles criterios que toman los tribunales de justicia para acoger o rechazar esta acción.

La presente memoria tiene por objeto realizar una recopilación y análisis de jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia que se pronuncian sobre la acción de precario, entre los años 2005 al año 2018, con la finalidad de continuar una tarea iniciada por Mauricio Barría Mena y Carlos Hidalgo Muñoz en su tesis de pregrado “Análisis jurisprudencial del comodato precario y del precario desde los años 1970 a 2002”, de la Universidad Austral; con fallos más recientes.

Si bien se ha considerado datos bibliográficos y doctrina emanada de artículos de profesores, libros especializados en precario, manuales de bienes y derechos reales y revistas académicas en su preparación y realización, no pretende ser una memoria que ahonde en una discusión doctrinaria de esta institución, sino que realiza una esquematización de los títulos que el precarista ha alegado, basado en un análisis de una selección de más de 100 sentencias judiciales. Estas han sido fruto de la recopilación de las bases de datos con las que cuenta la Universidad; como lo son Vlex, Microjuris y LegalWestlaw Chile, además de la base de datos jurisprudencial del Poder Judicial.

Buscamos hacer un énfasis en la defensa que esgrime el precarista para justificar su tenencia sobre el bien, y la forma en que la jurisprudencia ha resuelto el conflicto, acogiendo, o rechazando, las alegaciones del precarista demandado.

Nuestro trabajo se compone de tres capítulos. El primero, consiste en la conceptualización y naturaleza de la acción de precario, características y diferencias esenciales con otras acciones, reales o personales, con las que se vincula o se asimila. Dentro de ellas, es importante recalcar la distinción entre el contrato de comodato, comodato precario y la acción de precario propiamente tal, siendo esta última la que corresponde a nuestro objeto de estudio.

El segundo, consiste en el análisis pormenorizado de los requisitos que la ley exige para la interposición de la acción de precario. En especial, dando énfasis a qué se ha entendido por los tribunales superiores de justicia como un título que sirve de defensa al precarista.

El tercero, en la enumeración y análisis propiamente tal de los distintos títulos que precaristas han esgrimido para justificar su tenencia sobre la cosa, con el objeto de enervar la acción de precario, distinguiendo las distintas situaciones jurídicas en que se encuentran tanto respecto del dueño del bien como en relación con el bien mismo.

Para terminar, se presentarán las conclusiones finales, realizando también una crítica general al uso de esta institución, que si bien está regulada como una figura residual, se utiliza con más frecuencia que las acciones reales y personales tradicionales.

CAPÍTULO I: Conceptos

1. Contrato de comodato

En primer lugar, es menester distinguir entre comodato, comodato precario y acción de precario. Dichos conceptos suelen confundirse incluso por nuestros tribunales de justicia. De acuerdo al artículo 2174 del Código Civil, “El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”.

Corresponde, por lo tanto, a un contrato unilateral, gratuito y real. Las partes que intervienen en este contrato se denominan comodante y comodatario. Fuera de las características que se desprenden de la definición legal de este contrato, podemos mencionar que corresponde a un título de mera tenencia: el comodatario es un mero tenedor, obligado a restituir la cosa, y el comodante conserva el dominio y posesión sobre la cosa que da en comodato.

La Corte de Apelaciones de Temuco, en causa rol 145-2013, ha señalado: “Lo que caracteriza al comodato es, por tanto, la existencia de un acuerdo de voluntades en relación a la entrega de una cosa para su uso, con cargo de restituir la misma cosa una vez concluido su uso o una vez vencido el plazo estipulado para el uso (artículos 2174, 2177 y 2180 del Código Civil)”¹.

2. Comodato precario

Cuando nos referimos al comodato precario, nos referimos a una especie del contrato de comodato. El artículo 2194 expresa: “El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo”.

¹ Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 145-2013, de de 25 de julio de 2013. Primera Sala, considerando quinto.

Adherimos a la postura del profesor Ramón Meza Barros, quien también entiende que nos encontramos frente a la situación de comodato precario en la hipótesis del inciso primero del artículo 2195, que dispone: “Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución”².

Por la ubicación de dicho precepto, a continuación del artículo que define el comodato, se desprende que continúa la regulación del comodato precario, refiriéndose expresamente a “que se presta la cosa”, lo que nos da a entender que nos encontramos en una situación contractual, en que en virtud de un acuerdo de voluntades entre comodante y comodatario se acuerda la restitución de la cosa en situaciones distintas a las reguladas en el artículo 2174.

3. Precario

Expresa el artículo 2195 en su inciso 2º: “Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

Si bien esta situación se encuentra regulada en el mismo artículo que el comodato precario, nos encontramos ante una hipótesis diametralmente distinta. En este caso, quien tiene una cosa ajena lo hace sin un contrato previo que justifique su tenencia. Ya no nos enfrentamos a una relación jurídica de carácter contractual, sino que una situación completamente fáctica, en donde quien tiene la cosa ni siquiera detenta la calidad de mero tenedor, ya que no cuenta con un título que anteceda a su ocupación sobre la cosa.

En doctrina suele criticarse la definición legal antes mencionada, ya que el Código Civil defina dos situaciones distintas en el mismo artículo. En primer lugar, por la ubicación de la norma que describe una figura jurídica de hecho³. En segundo lugar, que use la expresión “también”, ya que en el inciso 1º del artículo 2195 se hace referencia a un contrato, y en el inciso 2º; a una situación fáctica, que en nada se asimila al comodato ni al comodato precario.

² MEZA, Ramón. Manual de Derecho Civil: de las Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pág. 20.

³ HALABÍ, Fuad y SAFFIRIO, Carlos. “La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia”. Santiago. Editorial Jurídica Conosur. 1996, pág. 4.

Sin embargo, se ha entendido que lo anterior se justifica por razones históricas, ya que “Andrés Bello tomó el precario de tenencia del Derecho Romano, el cual en la última fase tendió a ser absorbido por el contrato de comodato. De ahí entonces que esta situación de hecho, que consiste en tener una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, esté contemplada en una disposición que se encuentra inmersa en un Libro que regula un contrato”⁴.

El profesor Ramón Domínguez Águila, en su análisis de las instituciones jurisprudenciales del Derecho Civil, afirma que ha sido el trabajo de la jurisprudencia lo que ha permitido diseñar lo que hoy conocemos como acción de precario. Postula que hasta los años 30 la acción principal impetrada por quien pedía la restitución de una cosa ocupada por un tercero era la acción reivindicatoria, sin embargo, al enfrentarse ante los problemas de prueba del dominio, o al accionar en contra de quien no fuera poseedor, veía frustradas sus pretensiones ante los tribunales.

De esa manera, la jurisprudencia, acompañada por la doctrina, desarrollaron esta institución, entregando “una forma de protección más simple del derecho del dueño frente al simple detentador que no puede invocar, ni una inscripción, si se trata de un inmueble, ni contrato o título alguno que justifique su tenencia, a la que por lo demás, se negará el carácter de posesión, así no sea material de la cosa”⁵.

En el mismo sentido, el profesor Atria afirma que la situación de precario se genera por la existencia de un vacío en la teoría de la posesión inscrita: al no poder interponerse la acción reivindicatoria en contra de un mero detentador material, sin lazo alguno con el dueño, éste queda desprotegido frente al derecho, ante la falta de acciones reales protectoras del dominio ante situaciones de despojo material de la cosa⁶.

Teniendo conocimiento ya de su origen, Halabi y Saffirio nos entregan una definición más completa, complementando el texto del artículo 2195, señalando que “Es una situación de hecho en que una persona, denominada precarista, goza de una cosa

⁴ Ibid, pág. 9-10.

⁵ DOMÍNGUEZ, Ramón. "Código Civil y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base a la letra del Código". EN: MARTINIC M. y TAPIA, M. (eds.), Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho y Lexis Nexis, 2005, tomo 1, p. 331-359.

⁶ ATRIA, Fernando. “El sistema de acciones reales, parte especial: Derechos reales.” Revista de Derecho, Vol. XXX, nº 2, pág. 61.

singular y determinada, mueble o raíz, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”⁷.

Al respecto, nos parece interesante lo sentenciado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa rol 693-2016: “Visto así el asunto, el precario -aunque regulado en el contrato de comodato- no guarda relación con el préstamo de una cosa no fungible, ni con la mera tenencia de una cosa ajena. Los requisitos que regulan el instituto dicen relación, en cambio, con la posesión natural, fáctica, que tiene un sujeto, sin contrato o título y por mera tolerancia o ignorancia del dueño”⁸. Recalca que se trata de una institución distinta al contrato de comodato, tratándose de una situación fáctica. En este sentido, también podemos citar la causa rol 30038-2014, en la que la Corte Suprema analiza la situación del precarista sosteniendo que: “La única explicación que la ley encuentra para una situación de esa laya es que tal presencia obedezca al desconocimiento del dueño, que por diversas razones, legítimas o no, ignora lo que está ocurriendo en su predio; o 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’”⁹.

4. Acción de Precario

No existiendo disposición legal que defina esta acción, Zavala afirma que la acción de precario es “la que tiene el dueño de una cosa determinada para exigir de quien la ocupa, sin título que la justifique, la restitución siempre que exista mera tolerancia de su parte”¹⁰.

Nuestra Corte Suprema, en causa rol 2489-2012, ha dicho que “La cosa pedida, entonces, esto es, la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su justificación en la carencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma”¹¹. En ese mismo sentido, en los fallos 4408-2015, y 29095-2014, nuestro máximo tribunal sostuvo la misma opinión.

⁷ HALABÍ, Fuad y SAFFIRIO, Carlos, op cit, pág. 11.

⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 693-2016, de 03 de enero de 2017. Primera Sala, considerando tercero.

⁹ Corte Suprema, causa rol 30038-2014, de 10 de diciembre de 2015. Cuarta Sala, considerando octavo.

¹⁰ ZAVALA, José Luis. “Precario, casos y jurisprudencia”. Santiago. Thompson Reuters Puntotex, 2010, pág. 2.

¹¹ Corte Suprema, causa rol 2489-2012, de 25 de marzo de 2013. Primera Sala, considerando séptimo

Es importante tener en cuenta lo afirmado por la Corte Suprema, ya que deja en claro que la ausencia de vínculo jurídico no sólo debe darse entre el dueño de la cosa y quien la ocupa: también debe tratarse de casos en que el precarista no tenga un nexo con la cosa misma que se discute en juicio.

Tal es el caso del precarista que se defiende alegando la existencia de un título derivado del dueño anterior, o más aún, del precarista que alega ser poseedor, quien no pretende alegar que tiene un título derivado de un derecho personal, sino que reclama tener ánimo de señor y dueño para posteriormente consolidar su derecho real de dominio sobre la cosa.

Se desprende de la definición del artículo 2195 del Código Civil que los requisitos copulativos para la interposición de la acción de precario son los siguientes:

- a) Que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución se solicita.
- b) Que el demandado tenga la cosa sin un título que justifique su tenencia.
- c) Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Volveremos sobre el análisis pormenorizado de estos requisitos más adelante.

5. Acción Reivindicatoria

Dispone el artículo 889 C.C.: “La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”.

La acción reivindicatoria tiene lugar cuando se discute el dominio de una cosa, caso que no ocurre en la acción de precario, ya que quien tiene la cosa lo hace sin existir nexo jurídico alguno con la cosa que tiene. Sin embargo, la importancia de conceptualizarla y delimitar su campo de aplicación radica en las ocasiones en que el precarista se defiende alegando ser poseedor del bien que ocupa. En esos casos, los tribunales se cuestionan si es idónea la acción de precario para discutir esos asuntos, entendiendo que, en dicho supuesto, corresponde conocer el conflicto en un juicio de lato conocimiento, y no en un juicio sumario.

A propósito de la acción reivindicatoria, debemos referirnos al artículo 915 C.C., el que contiene la llamada “reivindicación en contra poseedor ajeno o injusto detentador”. Expresa el mencionado precepto: “Las reglas de este título se aplicarán contra el que

poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor”.

Francesco Messineo sostuvo que su fundamento principal es el poder de persecución y la inherencia del derecho a la cosa, propios de todo derecho real¹².

Se ha concluido que en esta disposición se contiene un tipo de acción reivindicatoria, cuyo sujeto pasivo sería diferente al del art. 889 C.C., entendiéndose que esto se permite por razones prácticas, con la finalidad de ampliar el espectro de aplicación de la principal acción protectora del dominio.

No hay definición legal del concepto de injusto detentador. En doctrina, “algunos estiman que sólo se refiere a quienes nunca han tenido un título justificativo de tenencia, dejando fuera al mero tenedor que expirado su título, se niega a restituir la cosa. Otros en cambio, estiman que en ambos casos se trataría de un injusto detentador. En apoyo a esta postura, el art. 1949 C.C. –único artículo en el Código Civil que se refiere a este concepto– lo asimila al mero tenedor (arrendatario) que se niega a restituir la cosa. Se debe dejar claro que la noción injusto detentador es un concepto amplio y abierto que no se relaciona necesariamente con el artículo 915, ya que existen variadas situaciones en que el infractor se denomina injusto detentador, pero ello no significa que se circunscriban en el ámbito de aplicación del artículo en comento”¹³.

6. Posesión

Se encuentra regulada en el artículo 700 y siguientes del Código Civil, que señala: “La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”.

¹² ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. “Los Bienes y Los Derechos Reales”. Santiago, Editorial Nascimento, 1974, pág. 799, citando a su vez a Messineo, Francesco, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. II., Giuffrè, Milán, 1947, pág. 106.

¹³ SELMAN, Arturo. “Artículo 915 del Código Civil: Una Solución Jurisprudencial a la Limitación de las Acciones Tradicionales”. EN: Revista *Ius et Praxis* vol.17 no.1. Talca, 2011. pág. 60.

De esta disposición se desprenden sus dos elementos, que son, el *corpus*, esto es la tenencia o aprehensión material de una cosa, o incluso la sola posibilidad de disponer de ella, y el *animus*, constituido por el ánimo de señor o dueño, respecto del que es necesario señalar que “no se trata de la convicción de titularidad, es decir, de ser efectivamente el dueño (convicción que más bien constituye la buena fe), sino simplemente de comportarse como dueño”¹⁴.

Conviene hacer presente que, en nuestro ordenamiento jurídico, regula diferenciadamente la forma de adquirir la posesión en bienes muebles e inmuebles, bastando para el primer caso, el solo apoderamiento de la cosa, unido al ánimo de señor o dueño; en cambio, para los bienes inmuebles, se exige inscripción del título en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, conforme a lo dispuesto en el art. 724 C.C.

Si bien ha existido la discusión doctrinaria acerca de si la naturaleza jurídica de la posesión corresponde a una situación de hecho y derecho, ha sido zanjado que nuestro Código Civil ha seguido la teoría de Savigny, entendiendo la posesión como una situación de hecho protegida por el derecho. Los beneficios jurídicos que se le otorgan al poseedor consisten principalmente en la titularidad para interponer acciones posesorias, el ser reputado dueño del bien que posee, y la posibilidad de adquirir el dominio de las cosas poseídas por medio de la prescripción adquisitiva.

Como se aprecia, la situación del poseedor dista bastante de la situación del precarista, quien, como hemos afirmado, se encuentra en una situación completamente fáctica en relación con la cosa que ocupa. No hay nexo jurídico ni protección legal alguna a su favor, más que la posibilidad de alegar la existencia de un título que sirva de justificación de la ocupación de la cosa.

Se genera la interrogante, entonces, acerca de si la posesión es un título apto para enervar la acción de precario deducida en su contra. Nos detendremos más adelante en el análisis jurisprudencial de los casos en que el precarista se ha defendido como poseedor.

7. Naturaleza jurídica acción de precario

¹⁴ PEÑAILILLO, Daniel. Op. Cit., pág. 145.

Al no ser una acción reglada pormenorizadamente en la ley, sino más bien una construcción jurisprudencial y doctrinaria, se abre la discusión acerca de su naturaleza jurídica, características y diferencia con otras instituciones.

7.1 Real o Personal

Hay consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en que trata de una acción real debido a que emana del derecho real de dominio, especialmente de la facultad de uso y goce, en la ocupación de un bien por parte de un tercero extraño que impide ejercer el dominio de forma plena.

Sostenemos que de ninguna manera se trata de una acción personal, ya que éstas emanan de los derechos personales, de acuerdo al artículo 578 del Código Civil. La esencia de los derechos personales es la existencia de una obligación correlativa que puede exigir el acreedor al deudor, lo que no se verifica en la situación de precario que se define y caracteriza por la ausencia absoluta de vínculo entre precarista y dueño de la cosa.

7.2 Mueble o Inmueble

El tenor literal del artículo 2195 inciso 2° sólo se refiere a “cosa”, por lo que podemos concluir que la acción de precario sería aplicable tanto respecto de bienes muebles e inmuebles, ya que donde la ley no distingue, no corresponde al intérprete distinguir. Por consiguiente, la acción será mueble o inmueble según sea la cosa en que han de ejercerse, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 580 C.C.

Debe tratarse de un bien singular y determinado, importante para efectos de individualizarlo en la demanda y probar el dominio sobre él.

7.3 Diferencia con acción personal que emana del contrato de comodato

Respecto de los sujetos que intervienen, en el contrato de comodato nos encontramos ante el comodante y comodatario, respecto de quienes se generan derechos y obligaciones a través de un acuerdo de voluntades. En la acción de precario en tanto, existe el actor y el precarista, que no tienen vínculo alguno con el dueño de la cosa.

En cuanto al procedimiento aplicable, la acción personal que emana del contrato de comodato se tramita de acuerdo a las reglas del procedimiento ordinario que establece el libro II del Código de Procedimiento Civil, con la salvedad del contrato de comodato precario, al cual se le aplican las reglas del procedimiento sumario. La acción de precario se rige por las mismas reglas de este último contrato.

La cosa pedida en el contrato de comodato es la restitución de la cosa, emanado del derecho personal, fundado en que corresponde a un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa y genera la obligación de restituir. En cambio, en la acción de precario también se pide restituir la cosa, pero fundamentado en que dicha tenencia material no debe ser soportada por el dueño.

Un último aspecto que podemos recalcar diferenciando estas dos instituciones es la procedencia del derecho legal de retención. Nuestro Código Civil regula expresamente en los artículos 2182 y 2193 la facultad del comodatario de retener la cosa prestada mientras no se efectúen las indemnizaciones correspondientes a ciertas expensas de conservación y perjuicios por la mala calidad de la cosa. Respecto de la acción de precario, la Corte de Apelaciones de Temuco se ha pronunciado al respecto, señalando que “Que desde el punto de vista sustantivo, el derecho legal de retención no es aplicable a quien detenta el inmueble en virtud del precario a que se refiere el artículo 2195, inciso segundo, del Código Civil (...) Por tanto, aun cuando se hubiera incluido como punto de prueba la existencia, naturaleza y valor de las posibles mejoras como fundamento del derecho legal de retención alegado por la demandada, la pretensión habría de ser rechazada por cuanto el otorgamiento de este derecho no resulta legalmente procedente¹⁵”.

7.4 Diferencia con acción reivindicatoria

En la acción reivindicatoria nos encontramos ante una pugna entre el dueño que ha perdido la posesión, reivindicante, y el poseedor que no es dueño, reivindicado. En la acción de precario, en cambio, las partes son el actor, dueño, y el precarista demandado.

El procedimiento aplicable a la acción reivindicatoria es el procedimiento ordinario, mientras que en la acción de precario se siguen las reglas del juicio sumario, como mencionamos.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 145-2013, de 25 de julio de 2013. Primera Sala, considerando décimo cuarto.

La cosa pedida en la acción reivindicatoria es la posesión; en cambio, en la acción de precario lo que se pide es la restitución del bien con el objetivo de volver a detentar la tenencia material sobre la cosa.

8. Procedimiento de la acción de precario

Como se señaló anteriormente, la acción de precario se tramita bajo las reglas del procedimiento sumario que regula nuestro Código de Procedimiento Civil.

Este aspecto tampoco recibe regulación legal explícita, sino que se ha aplicado por lo dispuesto en el artículo 680 N°6 del CPC: a los juicios sobre depósito necesario y comodato precario. Sin embargo, es criticable que se le dé tal tramitación a la luz del mencionado numeral, debido a que ya ha quedado demostrada la diferencia entre comodato precario y simple precario. La importancia de aplicarse el procedimiento sumario en razón de lo dispuesto en el art. 680 inc. 1º o N° 6 CPC, está dada por la procedencia de la sustitución del procedimiento, que tiene lugar sólo en el primer caso.

Sin embargo, la jurisprudencia zanja esta discusión, entendiendo que a la acción de precario le resulta aplicable el procedimiento sumario en virtud del art. 680 N° 6 CPC, y que, por lo tanto, no es posible cambiar el procedimiento sumario por el ordinario¹⁶. Ello se explica tanto por la ubicación de la norma, en el mismo título de la regulación del comodato precario, como por razones históricas. En este sentido, Ramón Domínguez Águila señala que “La regla del art. 2195 C.C. aparece en el art. 2327 del Proyecto Inédito y éste decía que ‘En el préstamo de tolerancia (*precarium*) se siguen las mismas reglas (que en el comodato), a excepción de que el prestador puede pedir la cosa prestada cuando le acomode”¹⁷.

De ahí se extrae que la intención de Bello era hacer aplicable al precario las mismas reglas del comodato, y que por ello, sería también aplicable el art. 680 n°6 CPC.

Es pertinente mencionar que, con frecuencia, la jurisprudencia ha rechazado la acción de precario por no ser la vía idónea para resolver sobre el dominio en los casos en

¹⁶ CS, RDJ, T.83, sec. 1, pag. 126, citado en Halabí, Fuad; Saffirio Carlos. “La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia” Editorial Jurídica Conosur. 1996.

¹⁷ DOMÍNGUEZ R., Op cit, p. 331-359.

que el demandado se defiende disputándolo al actor, siendo la vía adecuada la discusión del asunto en juicio de lato conocimiento. Así se ha señalado por la Corte Suprema en causa rol 37705-2015: “no es posible aprovecharse o valerse de la cuerda sumaria para ventilar y dirimir una disputa que, por naturaleza y de manera prototípica, queda reservada a la razonabilidad que el legislador, siguiendo la directriz del artículo 19 N°3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, reserva al procedimiento ordinario, de lato conocimiento, en el que han de anidarse las argumentaciones, excepciones y defensas sobre el fondo de la cuestión concerniente al dominio”¹⁸.

De esta manera, también se ha opinado, señalando que “es bastante probable que exista un debate acerca de la titularidad del dominio, de modo que la discusión no debería ventilarse en un juicio sumario y, de haberse demandado por esa vía, tendría que convertirse el juicio en uno de lato conocimiento”¹⁹.

9. Objeto de la acción de precario

El objeto pedido en esta acción está dado por la restitución de la cosa, y el retorno de su tenencia material al dueño, puesto que el precarista no es poseedor, en tanto no actúa como señor y dueño. Si así fuera, dejaría de ser procedente la acción de precario, pasando a ser idónea la acción reivindicatoria.

10. La prueba

En un juicio de precario, típicamente deben probarse sus cuatro supuestos de hecho, que están constituidos por:

- a. El dominio;
- b. La ocupación por parte del precarista;
- c. El título;
- d. La ignorancia o mera tolerancia.

¹⁸ Corte Suprema, causa rol 37705-2015, de 31 de enero de 2017. Cuarta Sala, considerando quinto. A igual resolución se llegó por la Corte Suprema, en causa rol 40702-2016, de 29 de agosto de 2017, en el considerando octavo, y causa rol 44910-2016, de 13 de septiembre de 2017, en el considerando cuarto.

¹⁹ LARROUCAU, Jorge. “Acciones Reales y Estándares de Prueba.” EN: Revista Ius et Praxis. Talca. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 21, no. 2, 2015, pág 120.

Por aplicación del artículo 1698 del Código Civil, la prueba del dominio corresponde a quien interpone la demanda de precario. En el caso de los bienes inmuebles inscritos, basta presentar la inscripción del bien en el Conservador de Bienes Raíces.

En cambio, en el caso de los inmuebles no afectos al sistema registral, debería darse aplicación al artículo 925 del Código Civil, demostrando por lo tanto hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio. Probada de esta forma la posesión, entra en plena aplicación el artículo 700 inciso 2°, y el poseedor se reputará dueño del bien.

Respecto de la prueba del dominio de los bienes muebles, es un aspecto sobre el cual la jurisprudencia no se ha pronunciado, por lo que nos remitimos a las reglas generales.

Al igual que la prueba del dominio, la prueba de la ocupación corresponde a la actora en aplicación del principio clásico de la carga de la prueba del artículo 1698 del Código Civil.

Sin embargo, existe jurisprudencia que afirma lo contrario. La Corte Suprema, en causa rol 3351-2015, argumentó que existió un error de derecho en la exigencia a la parte demandante de probar la ocupación por parte del precarista: "Que, no obstante lo señalado, el fallo atacado, en el considerando décimo, asentó que el hecho de la ocupación no se encuentra acreditado, porque la demandante no aportó probanzas al efecto. Al fundar de ese modo la decisión, los jueces del fondo incurrieron en error, puesto que exigieron prueba de la ocupación a la actora, a pesar de que los antecedentes del proceso resultaban suficientes para acreditar la existencia de ese hecho. En la especie, se advierte conculcación de la regla básica sobre el peso de la prueba, por cuanto no correspondía exigir a la demandante que proporcionara prueba a la judicatura, en relación al mencionado supuesto que constaba de las actuaciones receptoriales y de la confesión de la demandada. De esta manera, si se aceptaran las conclusiones del fallo impugnado, conllevaría imponer a la demandante la carga de probar hechos que se encuentran asentados en el proceso"²⁰.

Sin embargo, de no caer el peso de la prueba de la ocupación en la parte demandante, podría verse frustrada con mayor facilidad la acción de precario, ya que para el precarista será más conveniente probar que no ocupa el bien para que no se cumplan

²⁰ Corte Suprema, causa rol 351-2016, de 23 de junio de 2016. Cuarta Sala, considerando duodécimo.

los requisitos de la acción. Por ello es que la tendencia jurisprudencial mayoritaria se inclina por entender que corresponde al actor acreditar la ocupación o tenencia del precarista, y sobre este último pesa la carga de probar un título distinto de la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Así se ha resuelto por la Corte Suprema, que señaló: "Que la carga de la prueba de los dos primeros requisitos de este tipo de precario corresponde siempre al actor; no obstante, una vez que acredita que es el propietario del bien y que éste es ocupado por el demandado, sobre este último recae el peso de probar que dicha ocupación la detenta por algún contrato o título distinto de la mera tenencia²¹".

11. Prescripción de la acción de precario

Al ser una acción real que emana del derecho de dominio sería imprescriptible extintivamente, en atención a que el dominio es un derecho real perpetuo que no se extingue por el transcurso del tiempo ni por no ejercitar el derecho. Por lo tanto, mientras el actor sea dueño tendrá plazo para exigir la restitución del bien que le pertenece.

En este mismo sentido ha fallado la Corte Suprema, en causa rol 27191-2015, expresando que "En el precario, no media convenio, sino una situación de hecho no contractual, según se desprende del tenor del inciso segundo aludido, que habla de la "tenencia" de cosa ajena "sin previo contrato"; requiere que el actor sea dueño de la especie cuya restitución reclama y contiene una acción real, que deriva del derecho real de dominio y prescribe con arreglo al artículo 2517 del Código Civil"²².

²¹ Corte de Apelaciones de La Serena, causa rol 596-2010, de 18 de noviembre de 2010. Primera Sala, considerando séptimo. En el mismo sentido se indica lo anterior por la Corte Suprema, causa rol 5996-2007, en su considerando tercero, y causa rol 19828-2009, en el considerando sexto.

²² Corte Suprema, causa rol 27191-2015, de 3 de enero de 2017. Cuarta Sala, considerando décimo.

CAPÍTULO II: Requisitos de procedencia de la acción de precario

Tal como señalamos precedentemente, los requisitos de la acción de precario no están expresamente señalados en el art. 2195 C.C., sino que han sido construidos por la jurisprudencia, que ha sido uniforme al establecer como tales los siguientes:

1. Que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución se solicita;
2. Que el demandado tenga la cosa sin un título que justifique su tenencia;
3. Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

A pesar de dicha uniformidad, nuestros tribunales superiores de justicia hacen diferencias en cuanto al fondo de estos requisitos, en lo relativo a dilucidar el ámbito de aplicación práctico de cada uno de ellos.

1. Que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución se solicita

Este primer requisito emana de la redacción del art. 2195 C.C., el que hace referencia a la ignorancia o mera tolerancia del “dueño”, en su parte final.

El artículo 582 CC señala: “El dominio (que también se llama propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. El titular del derecho de dominio tiene las facultades de uso, goce y disposición de la cosa de la cosa que le pertenece.

En la situación del precario, que se caracteriza por la existencia de una ocupación por parte de un tercero, el dueño se ve privado del ejercicio de las mencionadas facultades.

Precisamente respecto de este requisito es donde radica la importancia de la causa de pedir y el objeto pedido de la acción de precario. La Corte Suprema ha dicho que “En el precario, la causa se nuclea en la inclinación que siente el propietario hacia el goce de lo propio o, si se quiere, en la libertad que le asiste de no tolerar que un extraño lo aproveche sin su venia; de ahí que la herramienta que directamente utiliza es la de la restitución, precisamente destinada a que se le entregue o devuelva lo que el extranjero le retiene”²³.

²³ Corte Suprema, causa rol 25142-2017, de 28 de febrero de 2018. Primera Sala, considerando noveno.

En cuanto al objeto pedido, como indicamos en el capítulo anterior, en la acción de precario lo que se pide es la restitución del bien con el objetivo de volver a detentar la tenencia material sobre la cosa, es decir, se persigue por el dueño volver a poder ejercer los atributos que emanan de su dominio.

Por ello es que es un requisito esencial que debe probarse por el demandante, típicamente en el caso de los inmuebles con copia la inscripción vigente en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

Así se ha establecido por la Corte Suprema, al resolver en una sentencia sobre un recurso de casación en la forma que, dado que la actora había acompañado en el comparendo de contestación y conciliación copia simple de la inscripción de dominio, la que se tuvo acompañada con citación y que no fue objetada dentro del plazo legal, ese instrumento bastaba para dar por establecido el primer requisito que exige la norma legal, esto es, que el actor sea dueño de la cosa objeto del litigio.²⁴

En este mismo sentido se señaló también por la Corte Suprema, recientemente, en otra causa que “la inscripción conservatoria corresponde a un acto jurídico formal, documental, que, en el caso de los bienes raíces, devela su historia, tanto para lo que incumbe a las partes interesadas como a lo que pudiera importar a terceros, y, además, es la forma de adquirir su posesión, reputándose al poseedor dueño mientras otra persona no justifique serlo”²⁵

En relación a este requisito han surgido discusiones a nivel jurisprudencial, que apuntan a ciertas situaciones especiales que se relacionan con la calidad de dueño que invoca el demandante. Así, por ejemplo, ha habido controversia en los casos en que el actor no es dueño absoluto, sino que, por ejemplo, es comunero y demanda a la comunidad, o casos en que se trata de un nudo propietario o un usufructuario interponiendo la acción de precario.

1.1. Caso en que el demandante es usufructuario o nudo propietario

El usufructo se define en el art. 764 C.C., como “un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla

²⁴ Corte Suprema, causa rol 2146-2012, de 25 de marzo de 2013. Primera Sala, considerando décimo cuarto.

²⁵ Corte Suprema, causa rol 5064-2017, de 25 de junio de 2018. Cuarta Sala, considerando tercero.

a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.”

De dicha definición se desprende que el usufructuario tiene las facultades de uso y goce sobre una cosa, y por lo tanto, es dueño no de ésta sino que de su derecho real que recae sobre la misma.

Bajo este supuesto, surgen cuestionamientos en atención a dilucidar si el usufructuario, como titular de su derecho de usufructo, puede interponer una acción de precario.

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, señaló que al ser la demandante usufructuaria del bien raíz objeto de restitución, y por lo tanto, la titular de las facultades de uso y goce del inmueble, bien pudo accionar para obtener la restitución de dichos atributos a través de la acción de precario. La Corte consideró que del artículo 2195 inciso segundo C.C. se puede interpretar que el concepto de la tenencia de lo ajeno puede relacionarse con el derecho de usar y gozar del inmueble, y permitió de esta manera la legitimación activa de la usufructuaria en la acción de precario.²⁶

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo de un recurso de apelación, señaló que: “el usufructuario de acuerdo a lo establecidos en los artículos 582, 764 y 765, todos del Código Civil, tiene las facultades emanadas del dominio que son el uso y goce sobre la cosa y por tanto se encuentra en la misma situación jurídica del propietario pleno respecto del derecho que le asiste a demandar el precario establecido en el artículo 2195 del Código Civil, estando por tanto legitimado activamente para iniciar la presente acción”²⁷.

Sin embargo, esta opinión no es pacífica en doctrina, ya que se ha cuestionado la legitimación del usufructuario en la acción de precario, señalando que la vía idónea para proteger este derecho real sería accionar mediante una acción de usufructo, regulada en el art. 577 C.C. Así lo sostiene el Jaime Alcalde: “En suma, la acción que el demandante debió de haber ejercido era la de usufructo, porque buscaba amparar su derecho a gozar de un inmueble que no estaba en su poder, y no la de precario. Ella resultaba improcedente,

²⁶ Corte Suprema, causa rol 4849-2010, de 3 de agosto del 2010. Primera Sala, considerando noveno. A igual resolución se llegó por la Corte Suprema, en causa rol 15557-2017, de 29 de noviembre de 2018. Cuarta Sala, considerando sexto.

²⁷ Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1440-2014, de 23 de enero de 2015, considerando tercero

porque no existía causa de pedir, ya que el fundamento inmediato de la tutela reclamada (la restitución de un inmueble ocupado por un tercero) era la vulneración de su derecho de usufructo consistente en no poder gozar del inmueble sobre el que recaía, el que no cuadra con el supuesto previsto en el art. 2195 ii del CC.”²⁸

En relación a los casos en que el demandante es nudo propietario, consideramos que no debería haber controversia a su respecto, en atención a que éste, pese a la constitución del usufructo, mantiene “el dominio sobre la cosa fructuaria; la importante particularidad del nudo propietario es que su derecho de dominio está despojado, temporalmente, de los atributos de uso y goce, en poder del usufructuario”²⁹. Es decir, sólo pierde ciertas facultades temporalmente, pero no el dominio en sí, por lo que la calidad de nudo propietario no se contrapone al requisito del precario de ser dueño de la cosa cuya restitución se solicita.

Sin embargo, la Corte Suprema, en causa rol 1446-2004, señaló que el nudo propietario carecía de legitimación activa para interponer la acción de precario, por considerar que el propietario pleno y el usufructuario son quienes tienen la facultad de usar y gozar de la cosa y por lo tanto sólo ellos serían, en concepto de nuestro máximo tribunal, los legitimados activos para demandar³⁰.

Al respecto, consideramos erróneo el razonamiento de la Corte, y adherimos a lo propuesto por el profesor Javier Barrientos, quien señala: “El precepto que se comenta solamente exige, respecto del titular de la acción, que sea el dueño el que la entable contra quien detenta la “tenencia” de su cosa, sin previo contrato y por su ignorancia o mera tolerancia, sin que se pronuncie, porque no corresponde en derecho que se planteen las motivaciones por las cuales ese dueño entabla la acción, ya que la finalidad de la acción es, simplemente, en derecho lograr la restitución de la cosa, con independencia de que el dueña (sic) lo haga para usar o no de ella, para disfrutar o no de ella”³¹.

1.2. Caso en que el demandante es comunero

²⁸ ALCALDE, Jaime. “De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce” EN: Revista Chilena de Derecho Privado. 2016, nº26, pp. 306.

²⁹ PEÑAILILLO, Daniel. Op. Cit., pág. 209.

³⁰ Corte Suprema, causa rol 1446-2004, de 02 de enero de 2006. Primera Sala, considerando tercero.

³¹ BARRIENTOS, Javier. “De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce”. Santiago, Chile. EN: Revista Chilena de Derecho Privado, Universidad Diego Portales. Núm. 7, diciembre, 2006, pág. 285.

Esta hipótesis genera discusión en los supuestos en que no comparecen todos los comuneros como demandantes, sino que sólo concurre uno de ellos a demandar al ocupante; o concurriendo sólo uno de ellos, lo hace sin poder o mandato expreso de los demás. Se plantea la duda acerca de si es suficiente que sólo uno de los comuneros pueda demandar para tener por acreditado el primer requisito para interponer la acción de precario.

En este sentido, la jurisprudencia es uniforme, ya que en dichos casos se ha resuelto que el comunero sí estaría facultado para demandar de precario. Esto, como consecuencia de que el cuasicontrato de comunidad, por aplicación del art. 2305 C.C., sigue las reglas de la sociedad, y teniendo en cuenta lo prescrito en el art. 2081 C.C., que regula los casos en que no se ha conferido la administración a uno de los socios en específico, se entiende que opera entre ellos un mandato tácito y recíproco entre los socios, que les otorga las facultades de cuidar de la conservación, reparación y mejora, en lo referente a la administración de la cosa común.

Así lo resolvió la Corte Suprema, señalando: “Que, como se dijo, entre las facultades que se confieren a cada uno de los socios –comuneros en este caso- se encuentra específicamente la de cuidar de la conservación del haber común, y conservar es guardar, de modo que el ejercicio de la acción de precario, orientada a recuperar la tenencia de la cosa común –como ya se anotó-, es decir, a preservar el haber de la comunidad, no puede sino constituir un acto de administración de aquellos para los que la ley faculta expresamente a cada comunero realizar³².

Así, por lo tanto, el comunero que interpone la acción de precario, sin poder expreso de los demás, sí tendría legitimación activa, cumpliendo de esta manera con el primer requisito de la mencionada acción, en atención a que demandar no es un acto de disposición, sino de conservación de la cosa común, por lo que se enmarca dentro del mandato tácito y recíproco que le confiere el art. 2081 C.C.

1.3. Caso en que el demandante es propietario fiduciario

³² Corte Suprema, causa rol 6041-2014, de 29 de diciembre de 2014. Cuarta Sala, considerando décimo octavo. En este mismo sentido, se resolvió por la Corte Suprema, en causa rol 2857-2014, de 9 de septiembre de 2014, Cuarta Sala, considerando noveno; en causa rol 5064-2017, de 25 de junio de 2018. Cuarta Sala, considerando quinto y en causa rol 99832-2016, de 13 de marzo de 2018. Cuarta Sala, considerando sexto.

La propiedad fiduciaria se encuentra regulada en el art. 733 inc. 1º C.C., que la define como “la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición”. El propietario fiduciario es “quien recibe el bien dado en fideicomiso, sujeto al gravamen de traspasarlo a otro si se verifica la condición”³³.

Es decir, es el propietario fiduciario quien tiene el dominio de la cosa, pero sujeto a una condición resolutoria, y por lo tanto, mientras esta condición no se verifique, el propietario fiduciario tiene el derecho de dominio con todas las facultades que emanan de éste, sin perjuicio del gravamen de traspasar el dominio al fideicomisario en el evento de verificarse la condición.

Por lo anterior expuesto, es que no hay discusión en cuanto a la legitimación activa del propietario fiduciario, en atención a que, en su calidad de dueño, es también titular de la acción de precario.

2. Que el demandado tenga la cosa sin un título que justifique su tenencia

Este requisito emana del tenor literal del art. 2195 C.C., al utilizar la expresión “tenencia de una cosa ajena sin previo contrato”. Como señalamos precedentemente, el precario supone una relación fáctica, sin un vínculo jurídico entre el dueño de la cosa y el precarista, y entre el éste y la cosa misma cuya restitución se solicita en juicio.

Respecto de la tenencia de la cosa, se ha señalado en doctrina que “para que el dueño de la cosa pueda obtener su restitución a través de la acción de precario, es indispensable que acredite que el demandado la tiene en su poder, ya que sobre él recae la carga procesal de probar este hecho”³⁴. Este mismo criterio en cuanto a la carga de la prueba es el que sigue nuestra jurisprudencia, como ya fue analizado en el capítulo anterior.

Respecto a la “tenencia sin previo contrato”, se ha entendido doctrinaria y jurisprudencialmente que corresponde a aquellos casos en que quien tiene el bien, lo hace sin contar con un título que lo ampare en la tenencia.

³³ PEÑAILILLO, Daniel. Op. Cit., pág. 196.

³⁴ HALABÍ, Fuad y SAFFIRIO, Carlos. Op. Cit., pág. 51.

En causa rol 15005-2013, la Corte Suprema buscó dilucidar el sentido y alcance de dicha expresión, concluyendo que no debe restringirse al tenor literal del artículo 1438 del Código Civil, “sino que debe dársele un sentido más amplio, desde que si se trata de un acto celebrado entre el propietario y quien ocupa la propiedad, no cabe duda alguna que el acuerdo empecerá al dueño”. Finaliza la Corte señalando que debe entenderse como título a “un antecedente jurídico al que la ley reconozca la virtud de justificar la ocupación”³⁵.

No obstante lo anterior, destaca nuestro máximo tribunal en la misma causa citada, que no cualquier título invocado resulta suficiente para enervar una acción como la intentada en estos autos, sino que dicho título “debe poseer la calidad y entidad necesarias para oponerlo al propietario, es decir, para colocar a este último en la obligación de respetarlo y, como consecuencia de ello, en la posición de tolerar o aceptar la ocupación del inmueble de que es dueño por otra persona distinta que no tiene sobre aquél ese derecho real”³⁶.

Continúa destacando que es esencial e imprescindible que “el derecho que emana del título y que legitima la tenencia de la cosa ajena pueda ejercerse respecto del dueño, sea porque él o sus antecesores se colocaron en la posición jurídica de respetar esa tenencia -derecho de naturaleza personal- o porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona -derecho real-.”

En el mismo sentido, la Corte Suprema, en causa rol 13798-2016, ha dicho que “la ausencia de título que exige la norma pertinente, al señalar que la tenencia reprochada se debe ejercer “sin previo contrato”, debe ser interpretada conforme su tenor literal, del cual se sigue, inequívocamente, que al hecho inicial de la ocupación no le anteceda un título o vínculo jurídico que la justifique, de modo que el conocimiento de tal hecho por parte del titular de su dominio, sea efectivamente una “mera tolerancia”, y no el ejercicio de un derecho, o germen del mismo que sirva de antecedente de respaldo para legitimar la tenencia”³⁷.

Se ha interpretado con laxitud el concepto de título en la jurisprudencia, aun más tratándose de materias especiales tales como la aplicación de Ley de Propiedad Indígena, en que nuestra máxima magistratura expresó: “Surge la necesidad de integrar el concepto de título que tradicionalmente, tanto la jurisprudencia como la doctrina, entregan a aquel

³⁵ Corte Suprema, causa rol 15005-2013, de 28 de mayo de 2014. Cuarta Sala, considerando noveno.

³⁶ Corte Suprema, causa rol 15005-2013, de 28 de mayo de 2014. Cuarta Sala, considerando décimo.

³⁷ Corte Suprema, causa rol 13798-2016, de 10 de abril de 2017. Cuarta Sala, considerando séptimo.

que el demandado debe acreditar frente al demandante tratándose de un precario, y que, siéndole oponible, permite enervar su acción, pues el, en el presente caso, debe redefinirse según las particularidades que la legislación aplicable lo hace especial, en el que no sólo es válida la existencia de un título como de ordinario se entiende, sino que además, es factible concebir como tal defensa, incluso, la mera ocupación material del inmueble, pues el Convenio N°169 y tal como consigna la norma transcrita como un imperativo, debe reconocerse por el Estado la propiedad o la posesión de los pueblos indígenas respecto de las tierras que ancestralmente han ocupado, evidenciándose un distinto tratamiento que a la simple ocupación da el derecho común”³⁸.

Por lo tanto, podemos apreciar que la expresión “sin previo contrato” es aquella que se contrapone a un título que justifique la ocupación del bien que se trate. Asimismo, la noción título es una mucho más amplia que un contrato, e incluso que una relación jurídica que nazca entre dos sujetos; la jurisprudencia incluso se ha referido a un germen de derecho.

Por lo tanto, entendemos que el título se ha ampliado a la noción de “vínculo”, lo cual permite extender de manera considerable la defensa del precarista. Tal es el caso del demandado en juicio de precario que se defiende siendo poseedor, que corresponde a un caso en que el nexo se da únicamente entre el precarista y la cosa, con total exclusión del dueño de la misma.

En el capítulo siguiente analizaremos en profundidad los títulos que han sido invocados para enervar la acción de precario.

3. Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño

En la acción de precario, éste constituye uno de los requisitos indispensables para poder dar lugar a ella. Ambos conceptos no son sinónimos, ni tampoco son requisitos copulativos; debe concurrir uno con exclusión del otro.

³⁸ Corte Suprema, causa rol 10601-2016, de 26 de septiembre de 2016. Primera Sala, voto disidente, considerando sexto.

En cuanto al concepto de ignorancia, ésta se ha entendido en doctrina “referida al total desconocimiento del dueño acerca de la tenencia que un tercero extraño ejerce sobre un bien de su dominio”³⁹.

Nuestra jurisprudencia la ha definido como: “el desconocimiento, la falta de noticia de un hecho, en el caso concreto, que la cosa que se intenta recuperar es ocupada por una persona”⁴⁰.

Respecto de la mera tolerancia, la Corte Suprema ha señalado que “pues bien, en este contexto la expresión “mera tolerancia” no denota otra cosa que la actitud indulgente del dueño de una cosa, que permite –sin aprobarlo expresamente– actos del demandado, por los cuales ejerce la tenencia de una cosa de su propiedad, en resumen, se trata de la simple condescendencia o consentimiento del propietario de la cosa que luego trata de recuperar”⁴¹.

En este mismo sentido, la Corte Suprema se pronunció en causa rol 4408-2015, considerando undécimo, afirmando: “Así, debe entenderse entonces por mera tolerancia el no oponerse a los actos que podrían ser impedidos, aceptándolos, permitiéndolos, por cuanto, el no reprimirlos, supone tolerarlos, lo que importa una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia. Lo anterior en el entendido que se trata de una situación en la cual se tenga conocimiento de los actos del tenedor, por cuanto, en caso contrario se podría estar frente a una actitud omisiva derivada de la ignorancia y no representativa del concepto en examen”.

Sin embargo, dicho concepto presenta una amplitud tal, que es posible que se llegue a un sinsentido, ya que podría entenderse que cesaría la mera tolerancia cuando el dueño interpone, por ejemplo, una acción reivindicatoria, o una querrela posesoria; y por consiguiente, la acción de precario dejaría de ser aplicable, por faltar uno de sus requisitos.

Esta misma problemática se identifica en doctrina, señalando que: “(...) se termina identificando la tolerancia con un acto jurídico que puede llegar razonablemente a ser calificado de vinculante (no debe olvidarse que en el comodato la exigencia de la entrega puede ser simbólica y que todo ello puede probarse por la sola prueba testimonial). Y lo

³⁹ HALABÍ, Fuad y SAFFIRIO, Carlos. Op. Cit., pág. 85.

⁴⁰ Corte Suprema, causa rol 40702-2016, de 29 de agosto de 2017. Cuarta Sala, considerando sexto.

⁴¹ Corte Suprema, causa rol 13798-2016, de 10 de abril de 2017. Cuarta Sala, considerando séptimo.

que es peor, que toda tolerancia termina cuando se acciona contra el ocupante; entonces, ¿ello hace desaparecer la tolerancia?”⁴².

Ambos conceptos suscitan controversia en cuanto a su interpretación en los casos en que el demandante alega ser poseedor, atribuyéndose un ánimo de señor y dueño. En doctrina se ha dicho al respecto que en atención a que “la Corte además distingue entre ambas acciones (reivindicatoria y de precario) en relación al ánimo de señor y dueño, que se desprende de la simple detentación, que sería lo que determina que la acción procedente sea la reivindicatoria y que en su concepto excluye la ignorancia o tolerancia del verdadero dueño.” Es decir, en estos casos, la posesión alegada por el demandado, viene a enervar la acción de precario, por faltar uno de sus requisitos esenciales, como lo es la ignorancia o mera tolerancia”.

Se discute además a este respecto, si en la situación en que no medie contrato entre partes, o algún antecedente jurídico que sea oponible al demandante, se debe concluir necesariamente que el precarista ocupa el bien a causa de ignorancia o mera tolerancia del dueño, o si esto debe concurrir y probarse además de la falta de título.

La jurisprudencia es contradictoria en esta materia. Por un lado, la Corte Suprema ha tomado postura por la primera opción, es decir, entender que de no existir título, la ocupación se debe a ignorancia o mera tolerancia, como consecuencia de lo anterior⁴³.

Pero, por otro lado, nuestro máximo tribunal también se ha pronunciado en el sentido opuesto, exigiendo ignorancia o mera tolerancia como un requisito independiente de la falta de título.

En este sentido, en una sentencia que falla un recurso de casación en la forma, la Corte Suprema, estimó que no se configuraban los supuestos de la acción de precario, pese a no existir título o contrato previo, ya que la ocupación de la parte demandada no podía deberse a ignorancia o mera tolerancia si la demandante tenía conocimiento de ésta al momento de adquirir el dominio⁴⁴. También se ha pronunciado en esta misma línea, es decir, exigiendo el requisito de la ignorancia o mera tolerancia, adicionalmente al de la falta de título, expresando: “Recién comprobada la concurrencia de ese presupuesto—tener “sin

⁴² LECAROS, José Miguel. “Algunas consideraciones sobre el Precario en la Jurisprudencia.” Santiago. EN: Ars Boni et Aequi, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins. Nro. 4, Santiago, 2008. pág. 93.

⁴³ Corte Suprema, causa rol 5957-2012, de 7 de septiembre de 2012. Primera Sala, considerando séptimo. En este mismo sentido, sentencia rol 10.911-2013, de 9 de abril de 2014. Primera Sala, considerando quinto.

⁴⁴ Corte Suprema, causa rol 4828-2006, de 14 de octubre de 2008. Tercera Sala, considerando vigésimo sexto.

previo contrato”- entra a tallar el complemento de la oración, vale decir, si la ocupación es ignorada por el propietario o si, conocida que sea por él, la ha soportado o tolerado. La conjunción copulativa “y” refuerza este discurrir semántico, al unir –coordinar aditivamente- dos oraciones o elementos de una oración. Un elemental análisis lógico empuja una conclusión según la cual Bello ha creído que de haber mediado “contrato” se hace inconcebible el resto de su discurso, como quiera que la ignorancia y la paciencia o resignación quedan por aquél desterradas. El “y” es aditivo, o sea, entra a jugar únicamente si no ha habido contrato previo”⁴⁵.

La doctrina se ha referido al respecto, señalando que: “Ignorancia o mera tolerancia” es una fórmula que cubre los casos posibles en que se puede encontrar el precarista cuando el dueño no está obligado a tolerar: está en la cosa ya sin título alguno (es un *okupa*), ya con un título que justifica su tenencia de la cosa pero que no obliga al dueño a tolerarla (como el comodato precario, precisamente), por lo que su detentación es reconducible a la mera tolerancia del dueño, que teniendo derecho a hacerlo no ha exigido la restitución, o por ignorancia del dueño, que no sabía que el precarista estaba en la cosa o no sabía que la cosa era suya.”⁴⁶

En nuestra consideración, la primera posición sustentada por la Corte Suprema sería la interpretación adecuada de la norma en comento.

Es discutible y poco práctico exigir que, junto con ausencia de título, exista ignorancia o mera tolerancia. El dueño de la cosa quedaría sin acciones que amparen su dominio en el caso de que el precarista no tenga título y el dueño tenga conocimiento del hecho, o que tenga conocimiento, pero exista una mera tolerancia de su parte antes de interponer las acciones judiciales correspondientes.

Incluso, sería difícil explicar la situación en que una persona ocupe un bien sin título y que además concorra la mera tolerancia de la ocupación. Si el dueño tiene una actitud condescendiente y aprueba dicha situación, nos estaríamos encontrando ante un contrato de comodato precario, ya que estaríamos en presencia de manifestaciones tácitas de voluntad en torno al uso del bien.

⁴⁵ Corte Suprema, causa rol 26694-2014, de 26 de octubre de 2015. Cuarta Sala, considerando sexto. En este mismo sentido, sentencia rol 23.118-2014, de 1 de julio de 2015. Cuarta Sala, considerando décimo sexto.

⁴⁶ ATRIA, Fernando. El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario. Valdivia, Chile. 2017. EN: Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXX, No. 2, pág. 72.

En el caso de concurrir copulativamente la falta de título y la ignorancia, tampoco podría ser procedente la acción de precario, puesto que se llegaría nuevamente a un sentido, porque ¿cómo podría accionarse respecto de una situación que se desconoce?

Por lo tanto, opinamos que, al probar la falta de título, entendido en un sentido amplio, la consecuencia que genera es que la ocupación se debe a ignorancia o mera tolerancia del dueño.

CAPÍTULO III: Análisis de los títulos esgrimidos por el precarista

A continuación, realizaremos una revisión de fallos emanados de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, analizando las defensas que han esgrimido los demandados en la acción de precario para dar justificación a su tenencia, distinguiendo las situaciones jurídicas diversas en que se encuentran, tanto respecto del dueño del bien como en relación al bien mismo.

1. Derechos reales distintos del dominio

1.1. Servidumbre

La opinión de la jurisprudencia ha sido más bien uniforme en los casos en que el demandado alega un derecho de servidumbre. La tendencia mayoritaria se ha inclinado por rechazar la acción de precario cuando el título invocado es este derecho real, sin perjuicio de alguna jurisprudencia minoritaria que ha fallado en sentido contrario.

Así, podemos mencionar la causa rol 76348-2016, en donde el demandado se defendió alegando un derecho real de servidumbre de tránsito, ante lo que la Corte Suprema resolvió que la exigencia en el precario de la ausencia de título se orienta a constatar la existencia de una determinada situación jurídica que descarte una situación de hecho, más que a establecer la regularidad de un acto específico. Por ello, la servidumbre de tránsito invocada por la demandada le permite desvirtuar que el origen de su ocupación sea una mera situación de hecho que soporta el actor⁴⁷, acogiendo el derecho real de servidumbre como título apto para enervar la acción.

Una opinión similar mantuvo la Corte en causa rol 4828-2006, en que la demandada, alegó como título el hecho de haber ganado el derecho real de servidumbre minera por prescripción. En este caso, se rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto, porque se entendió que, dado que la ocupación de la demanda era de una data anterior a la adquisición del dominio de la actora, no podía afirmarse que se había producido por ignorancia o mera tolerancia de esta última, pues a la fecha en que ella adquirió el dominio del predio, éste ya era ocupado⁴⁸.

⁴⁷ Corte Suprema, causa rol 76348-2016, de 21 de noviembre de 2016. Cuarta Sala, considerando quinto.

⁴⁸ Corte Suprema, causa rol 4828-2006, de 14 de octubre de 2008. Tercera Sala, considerando vigésimo sexto.

Podemos encontrar otro caso en que la Corte resolvió de manera semejante, en que el precarista alegó tener un derecho real de servidumbre de oleoducto y de tránsito, otorgada por la Ley Orgánica de Empresa Nacional del Petróleo, ley 9.618. Se rechazó el recurso de casación incoado, pero en este caso, por estimar que no se cumplía el requisito de ser el actor dueño del inmueble objeto del litigio. Sin embargo, igualmente se pronunció sobre la defensa alegada por el precarista, señalando: “Que, en consecuencia, no existe infracción o quebrantamiento respecto de ninguna de las disposiciones legales invocadas en el recurso, puesto que, establecido en la sentencia atacada que el demandado Empresa Nacional del Petróleo ocupa parte de las pertenencias mineras de que se trata en virtud de los derechos que otorga la Ley 9.618 que la creó, no podían sino aplicarse los artículos que se citan como infringidos del Código Civil y del Código de Minería de la manera que los sentenciadores lo hicieron, rechazando la acción principal deducida”⁴⁹.

Sin embargo, es posible encontrar jurisprudencia en el sentido contrario. Así, por ejemplo, y a propósito de un caso reciente en que el demandado arguyó ocupar el inmueble sub-lite en virtud de una servidumbre de acueducto y de tránsito, la Corte Suprema concluyó que lo anterior no podía ser oponible al dueño del predio, en razón de no haber participado éste en la constitución del derecho real recién mencionado. Así, la Corte expresa: “Que, atendidos los hechos establecidos por los jueces del fondo en el ejercicio de su facultad de ponderar la prueba, inamovibles para esta Corte por cuanto no fueron impugnados por el recurrente, no se advierte la infracción de ley acusada, toda vez que tuvieron por acreditado los presupuestos del precario, estableciendo la propiedad del demandante sobre el predio, la ocupación del demandado y la ausencia de título oponible al propietario. Respecto de este último punto, se probó que la demandada fue autorizada por la asociación de Canalistas, dueña de la servidumbre de acueducto y tránsito sobre el canal que atraviesa el predio del demandante y en cuyas cercanías se instaló el ducto, sin embargo, tal convención no puede ser tenida como "previo contrato" en los términos previstos por el artículo 2195, inciso segundo, del Código Civil, pues, naturalmente, la norma apunta a uno celebrado con el propietario a quien se ha concedido la acción de precario, que pueda desvirtuar su ignorancia o mera tolerancia respecto de las circunstancias por las que el demandado entró a ocupar un bien ajeno y, en el caso, se estableció que el demandante no participó de las negociaciones, no se benefició en modo alguno por la obra, ni tomó conocimiento de la situación, que deriva del ejercicio excesivo de facultades respecto de quien se encuentra en una posición jurídica que le permite

⁴⁹ Corte Suprema, causa rol 6951-2007, de 26 de marzo de 2009. Primera Sala, considerando décimo tercero.

servirse de las aguas que corren por el canal y utilizar el terreno adyacente, sin que en caso alguno le permita aprobar construcciones u otros usos del terreno del predio sirviente”⁵⁰.

Continúa la Corte analizando: “De este modo, la sentencia impugnada justifica cabalmente ignorancia o mera tolerancia del propietario respecto de la ocupación reclamada, sin que ello importe desconocer los derechos del titular de la servidumbre de acueducto, por cuanto la celebración del contrato con el demandado no corresponde a su ejercicio natural, sino a un exceso de las atribuciones otorgadas por la legislación, por lo que debe concluirse que la decisión es producto de la correcta aplicación de las normas sustantivas atinentes a la materia; razón por la que el arbitrio adolece de manifiesta falta de fundamentos, que autoriza rechazarlo en esta etapa de tramitación”⁵¹.

En nuestra opinión, la existencia de una servidumbre debiese ser un título apto para enervar la acción de precario. Sostenemos esto a partir de la naturaleza real de este derecho, que por esencia es absoluto y con eficacia erga omnes. Además, debemos tener en cuenta que las fuentes de la servidumbre son legales, naturales o convencionales, las cuales lógicamente obstan a la existencia de una mera tolerancia o ignorancia del dueño del predio dominante.

1.2. Usufructo

1.2.1 Usufructuario

Cuando lo que se invoca por el demandado es un derecho real de usufructo, la tendencia jurisprudencial mayoritaria se ha inclinado por entender que este derecho real sí constituye una defensa válida del precarista, siendo un vínculo suficiente entre el inmueble y quien detenta la ocupación del mismo, apto para enervar la acción.

De esta forma, por ejemplo, resolvió la Corte Suprema en un caso en que el demandado alegó ser titular de un derecho de usufructo constituido en su favor con anterioridad a la adquisición del dominio por la demandante. Nuestro máximo tribunal sostuvo que, en virtud de dicho derecho real, era posible establecer un vínculo entre el

⁵⁰ Corte Suprema, causa rol 40145-2017, de 15 de marzo de 2018. Cuarta Sala, considerando cuarto.

⁵¹ Corte Suprema, causa rol 40145-2017, de 15 de marzo de 2018. Cuarta Sala, considerando cuarto.

demandado y el inmueble, por lo que la existencia del usufructo sí constituía un título que excluye la mera tolerancia como causa de la ocupación, descartando una mera situación de hecho. Sostuvo la Corte: “(...) el título al que alude el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil es uno que permite constatar la presencia de una determinada situación jurídica que descarte que la ocupación de la cosa es simplemente sufrida o soportada por su actual dueño, y no a que emane de aquel ni que se trate de uno que cumpla con la ritualidad que le sea aplicable, por ende, es suficiente que permita desvirtuar que el origen de la ocupación de la cosa se sustenta en una situación de hecho exclusivamente tolerada por el dueño que exige recuperarla; razón por la que, atendidos los hechos que se tuvieron por acreditados, es posible establecer un vínculo suficiente entre el inmueble y su ocupante (...)”⁵². Cabe destacar que en este caso, el derecho de usufructo invocado tenía una vigencia de 15 años, pero igualmente, la Corte consideró que aunque su duración se encontrara discutida, ello era materia de otro juicio y no era obstáculo para considerar el usufructo como título válido.

También en causa rol 10227-2017, la precarista se defiende alegando la existencia del derecho de usufructo vitalicio en su favor, sin embargo, éste no fue debidamente inscrito en el Conservador de Bienes Raíces. Resulta curioso el fallo de nuestro máximo tribunal, ya que, si bien admite que sin el cumplimiento de dicho requisito no surte plenamente sus efectos jurídicos, “sí establece un vínculo de hecho suficiente entre el inmueble y su ocupante”⁵³.

Sin embargo, es posible encontrar jurisprudencia en el sentido contrario, como por ejemplo, la causa rol 26.208-2014, en que la demandada alegó como título la calidad de usufructuaria, otorgada por el dueño anterior. En primera y segunda instancia se rechazó la demanda de precario, por considerar que la ocupación de la demandada se debía a una orden judicial de lanzamiento de los antiguos ocupantes de la propiedad, orden dirigida a dar cumplimiento al derecho de usufructo constituido en su favor; descartando de esta manera la ignorancia o mera tolerancia. Sin embargo, posteriormente la Corte Suprema, decide revocar esta decisión, porque si bien la ocupación de la demandada se inició en virtud de la referida orden judicial, su derecho de usufructo tenía plazo hasta el 2005, y por lo tanto, habiéndose cancelado dicho usufructo con posterioridad al litigio y lanzamiento, no se justificaba ya la ocupación⁵⁴.

⁵² Corte Suprema, causa rol 15552-2017, de 15 de septiembre de 2017. Cuarta Sala, considerando cuarto.

⁵³ Corte Suprema causa rol 10227-2017, de 29 de junio de 2017 Cuarta Sala, considerando cuarto.

⁵⁴ Corte Suprema, causa rol 26208-2014, de 23 de diciembre de 2015. Cuarta Sala, considerando sexto.

Concordamos con la jurisprudencia mayoritaria en el sentido de que el derecho real de usufructo debiese constituir un título válido de ocupación de un bien, ya que implica para el titular de este derecho la facultad de usar y gozar una cosa, lo que se vería vulnerado al ser obligado a restituir la propiedad al nudo propietario, quien sólo cuenta con facultad de disposición, por la vía de acción de precario.

Asimismo, nos parece que tampoco sería procedente la alegación de la ignorancia o mera tolerancia del dueño, debido a que el usufructo debe otorgarse mediante escritura pública e inscrito en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, lo que constituye una medida de publicidad al estar en un registro público, que impide el desconocimiento por parte de terceros.

1.2.2 Nudo propietario

En otro caso, en que lo invocado por la demandada fue su calidad de nuda propietaria del bien, luego de que celebrara una compraventa con la actora, quien se reservó para sí el usufructo vitalicio sobre el inmueble, la Corte Suprema resolvió que esta situación descartaba el supuesto de falta de título que exige el art. 2195 para dar lugar a la acción de precario, señalando: "(...) En efecto, en la sentencia pareciera no bastar con la constatación de que las partes celebraron un contrato de compraventa, en virtud del cual la demandada adquirió de la demandante la nuda propiedad sobre el inmueble de marras, en circunstancias que aquello la hace titular del derecho real de dominio sobre la cosa, el que, aunque limitado, al no poseer las facultades de usar y gozar de la misma, está lejos de constituir una situación meramente fáctica, como exige la figura del precario. La circunstancia de existir una vinculación jurídica previa entre las partes, hace que cualesquiera sean las vicisitudes (sic) o acuerdos que llevaron al nudo propietario a ser tenedor del inmueble, la figura no se corresponda con aquella prevista en el inciso segundo del artículo 2195 citado, debiendo resolverse la controversia a través de las acciones propias de la relación preexistente"⁵⁵.

El mismo razonamiento siguió la Corte Suprema en otro caso similar, en que la demandada alegó la misma calidad jurídica recién descrita. En atención a que la demandada era titular de la nuda propiedad del inmueble cuya restitución se solicita, y por consiguiente, lo era del derecho real de dominio respecto de aquel, pero restringido; y el demandante, por su parte, era titular del derecho real de usufructo, sí existiría entre las

⁵⁵ Corte Suprema, causa rol 3276-2015, de 29 de marzo de 2016. Cuarta Sala, considerando séptimo.

partes una vinculación jurídica previa. De esta forma la Corte descartó el supuesto de hecho que regula el inciso 2º del art. 2195 del Código Civil, y que además concluyó que el conflicto debía resolverse mediante las acciones que emanan del derecho de usufructo.

Sin embargo, en el voto disidente de esta sentencia, se señaló que la acción de precario no es una acción de dominio, sino una acción que protege al titular del derecho de uso y goce de un bien frente a quien lo ocupa sin un título que aquel titular esté obligado a tolerar, y esta situación se da también cuando, el derecho a usar y gozar del usufructuario ese afecta por el nudo propietario, porque la nuda propiedad no constituye título de ocupación que le sea oponible a dicho usufructuario⁵⁶.

Un criterio similar se mantuvo en la causa rol 3276-2015, en el que la demandada, nuda propietaria, adquirió dicha calidad por compraventa con el mismo actor, quien se reservó para sí el usufructo vitalicio de la propiedad, ya además continuó ocupando el inmueble. La Corte Suprema consideró que se debía tener en consideración la existencia del contrato celebrado, mediante el cual la demandada adquirió de la demandante la nuda propiedad sobre el inmueble de marras, está lejos de constituir una situación meramente fáctica, como exige la figura del precario. Dicho acto jurídico, en opinión de la Corte, constituía una vinculación jurídica previa entre las partes, que hace que la figura no se corresponda con aquella prevista en el inciso segundo del artículo 2195 C.C., debiendo resolverse la controversia a través de las acciones propias de la relación preexistente.

Respecto a los casos en que se invoca como título la calidad de nudo propietario, somos de la opinión de que la acción de precario no es la vía idónea para resolver este conflicto, debido a que no nos encontramos ante una situación meramente fáctica, sino que, al contrario, es una situación en donde existen dos derechos reales coexistentes.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que, en caso de tratarse este asunto en el mencionado procedimiento, no constituiría una defensa válida del precarista, debiendo rechazarse como justificación de la ocupación de un bien. Esto, como consecuencia de que el nudo propietario es quien se ha desprendido de las facultades de uso y goce, manteniendo únicamente la de disposición. En este sentido, no se encuentra habilitado para la ocupación, correspondiendo al usufructuario.

⁵⁶ Corte Suprema, causa rol 41058-2016, de 12 de julio de 2017. Cuarta Sala, considerando cuarto.

1.3 Concesión minera

Existen casos en que se demanda a quien es titular de un derecho real de concesión minera, situación en la cual se generan situaciones bastante interesantes, debido a la naturaleza jurídica de esta institución.

A diferencia de lo que ocurre con el usufructo, en que nos encontramos en una situación de desmembramiento del derecho de dominio para dar lugar a otro derecho real, respecto de la concesión minera se trata de una propiedad plena, que coexiste con otro derecho independiente que recae sobre el mismo bien.

La jurisprudencia al respecto es contradictoria. Si bien se plantea constantemente que la concesión minera es un derecho independiente y separado del derecho de dominio, se usa este argumento tanto para considerarla como título válido que justifica la tenencia, como para señalar lo contrario.

Así por ejemplo la Corte de Apelaciones de La Serena, a propósito de un recurso de apelación, resolvió que el derecho real de concesión minera, emanado de una sentencia judicial, y debidamente inscrito “configuran, efectivamente, el título que habilita a la demandada para ocupar los terrenos que tales pertenencias abarcan y que la actora reclama como propios; y, por tanto, en estas condiciones resulta evidente que no concurren todos los requisitos copulativos exigidos por la norma decisoria litis para que la acción de precario pueda prosperar, al desaparecer el presupuesto básico de mera tenencia tolerancia invocada por el dueño de predio materia de autos, como fundamento de su pretensión, circunstancia que conduce a desestimar la acción entablada”⁵⁷.

De la misma manera resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago en otro caso similar. ENAP, la demandada, argumentó que el título de su ocupación provenía del derecho conferido por la ley 9.618 para ejercer actividades de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos dentro o fuera del territorio nacional.

En este caso la Corte estimó “Que la normativa legal antes referida es suficiente para considerar que la demandada tiene un título que justifica la instalación de los ductos y cables en terrenos que podrían comprender la superficie bajo la cual se constituyó la

⁵⁷ Corte de Apelaciones de La Serena, causa rol 1871-2011, de 23 de marzo de 2012. Segunda Sala, considerando vigésimo segundo.

concesión de explotación de que se trata, sin que resulte procedente analizar más antecedentes al respecto, por ser materia ajena a la acción de precario en estudio”⁵⁸.

Sin embargo, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, a propósito de una causa en la que el demandado alegó como título una concesión de explotación minera, resolvió que dicho derecho no era apto para enervar la acción de precario por entender que aquél, al ser separado del derecho de dominio, no es un título válido.

En este sentido la Corte estableció que “constituye un derecho real e inmueble distinto e independiente del dominio del predio superficial por así disponerlo expresamente el Código de Minería en su artículo 2º, por lo que mal podría entenderse que la existencia de la ya referida concesión minera pueda servir de título suficiente para justificar la ocupación del terreno sub-lite por parte del demandado antes individualizado, la que sólo encuentra explicación en la ignorancia o mera tolerancia de su dueño”⁵⁹.

El mismo razonamiento siguió la Corte de Apelaciones de Arica, al entender que las concesiones mineras no son un título relacionado con el suelo o predio superficial, sino que lo vincula con las minas y sustancias minerales, y que debido a ello se debe entender que en este caso el demandado no cuenta con un título para justificar su tenencia. La Corte señaló: “Que conforme a lo razonado en los motivos precedentes, se concluye que se ha cumplido con el tercer requisito de existencia de la acción interpuesta, esto es, que la tenencia del bien sea sin previo contrato y por ignorancia o por mera tolerancia del dueño. Por ello debe concluirse que el demandado detenta el inmueble cuya restitución se reclama por mera tolerancia de los demandantes, es decir, a título de precario”⁶⁰.

De manera similar resolvió la misma Corte, a propósito de un recurso de casación en la forma, en que el título alegado por el precarista también era una concesión minera. Sin embargo, en este caso, se consideró que dicho derecho no era válido para ocupar la propiedad, porque el demandado estaba realizando actividades agrícolas en la propiedad, y no mineras. Señaló la Corte Suprema que: “En consecuencia, al haberse decidido que el demandado carece de título para ocupar la propiedad en las condiciones en que lo hace los sentenciadores han hecho una correcta aplicación de la disposición legal atinente al

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 439-2003, de 07 de noviembre de 2007. Novena Sala, considerando séptimo.

⁵⁹ Corte Suprema, causa rol 7849-2013, de 28 de octubre de 2013. Tercera Sala, considerando séptimo.

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Arica, causa rol 681-2004, de 28 de abril de 2005. Segunda Sala, considerando duodécimo.

caso de que se trata; razón por la cual, el recurso en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento”⁶¹.

En nuestra opinión, consideramos que la concesión minera debiese considerarse como una defensa válida para la ocupación de un bien, debido a que nos encontramos frente a un derecho real conferido por los tribunales de justicia, con autoridad de cosa juzgada. Por consiguiente, en virtud de esta situación, deben tenerse por descartados los requisitos de la ignorancia o mera tolerancia del dueño, por lo que la acción no debiera prosperar. Al tratarse de un derecho real que existe paralelamente al derecho de dominio, y al igual que lo que ocurre con el usufructo y la servidumbre, se opone absolutamente a una situación de hecho basada únicamente en la ignorancia o mera tolerancia.

1.4 Propiedad Fiduciaria

Finalmente, para concluir el análisis de los derechos reales distintos del dominio, nos referimos a la propiedad fiduciaria. De acuerdo al artículo 733 del Código Civil, es aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

Respecto del propietario fiduciario, este es el dueño de la cosa, con todos los atributos del dominio, hasta cumplirse la condición. En cuanto a sus derechos, nos parece relevante nombrar la facultad de interponer una acción reivindicatoria. Si es posible ejercer esta acción real, bien podemos decir que se extiende a la interposición de la acción de precario.

Si bien en nuestra investigación no nos fue posible recabar antecedentes jurisprudenciales en que la acción de precario fuese interpuesta por el propietario fiduciario, estimamos que, si bien es un dominio sujeto a un gravamen dependiente de un hecho futuro e incierto, antes de que se verifique el hecho deben aplicarse las mismas reglas generales de la propiedad plena, por lo que la situación se asemeja a la de un dueño absoluto. Sin embargo, una vez cumplida la condición, el fideicomisario se encuentra en la obligación de tolerar la ocupación que haya sido válidamente otorgada por el propietario fiduciario, sin perjuicio de las medidas conservativas que puede solicitar.

⁶¹ Corte Suprema, causa rol 2407-2005, de 16 de marzo de 2006. Primera Sala, considerando quinto.

2. Contrato de Promesa

Empero la tendencia se inclina por considerar la promesa como un título apto para enervar la acción de precario, es posible encontrar jurisprudencia en el sentido contrario.

En primer lugar, analizaremos los fallos que se inclinan por entender que la promesa sí es un título válido para enervar la acción de precario.

En causa rol 7166-2011 de la Corte Suprema, nos encontramos en la situación en que el precarista alega como título de la ocupación la celebración de un contrato de promesa, en virtud del cual ocupaba la propiedad hace más de 7 años. Como consecuencia de lo anterior, no podría concurrir la mera tolerancia, descartándose el simple precario, ya que ésta es una situación de hecho, mientras que en este caso sí existía un acuerdo de voluntades celebrado con personas vinculadas jurídicamente a quien se presenta como el propietario actual. Se entendió por la Corte que la ocupación que hacía el demandado tenía su origen en la entrega de la posesión y tenencia que realizaron los antecesores del actor a propósito de un contrato de promesa de compraventa, y no en la ignorancia ni a la mera tolerancia del actor⁶².

En otra causa similar, se llegó al mismo razonamiento por nuestro máximo tribunal, en la que se descartó la mera tolerancia ante un contrato de promesa que entregaba al promitente comprador la tenencia de la cosa. Señaló la Corte que “es obvio que en esas condiciones, dicha tenencia no se debe a la mera aquiescencia del demandante, sino que obedece a la celebración de un acto jurídico anterior que en el ámbito del derecho, trae aparejado determinados efectos, que obstan a una situación meramente consentida, sufrida o permitida, que constituye la piedra angular del instituto de precario”⁶³.

Otro caso parecido también se resolvió de igual manera por la Corte Suprema, la que consideró válido como título el contrato de promesa por contener éste una cláusula habilitaba al demandado para ocupar la propiedad. Señaló la Corte: “Que, en esas condiciones, no obstante haberse acreditado el dominio del actor y la ocupación de la demandada, se ha comprobado la existencia de un título oponible al demandante y que justifica la ocupación por parte de la demandada por lo que no se presentan en el caso

⁶² Corte Suprema, causa rol 7166-2011, de 19 de diciembre de 2012. Primera Sala, considerandos décimo séptimo y décimo noveno.

⁶³ Corte Suprema, causa rol 2489-2012, de 25 de marzo de 2013. Primera Sala, considerando cuarto.

todos los requisitos que hacen procedente la acción de precario prevista en el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil”.⁶⁴

También podemos referirnos a la causa rol 23118-2014, en la que el título de defensa esgrimido por el precarista también fue un contrato de promesa de compraventa. Sin embargo, nos encontramos frente a una particularidad, porque si bien la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, no lo hizo fundándose principalmente en el reconocimiento de validez respecto del contrato de promesa, el cual no había sido firmado por las partes. En este caso, había existido una entrega voluntaria del inmueble de parte del demandante hacia el demandado, señalando la sentencia que se tuvo “por probado que fue la propia demandante quien contactó al demandado para entregarle materialmente el inmueble que reclama”, y por ello la Corte consideró que la ocupación del demandado, era conocida por el actor, y por lo tanto su causa directa se encontraría en el acto de entrega material que se hizo al demandado⁶⁵.

Siguiendo el razonamiento anterior, en causa rol 19606-2016, en que, conociendo de un recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema revocó la decisión de segunda instancia. La Corte de Apelaciones de Copiapó, había acogido el recurso de apelación interpuesto, acogiendo la acción de precario, por considerar que el contrato de promesa esgrimido sólo generaba el efecto de obligar al promitente vendedor a celebrar el contrato. Sin embargo, la Corte Suprema estimó que ello se tornaba ilógico, teniendo en cuenta que dicho contrato había sido celebrado con la propia demandante y dueña del inmueble, y que además el demandado había sido autorizado a ocupar el predio, luego de que pagara una parte del precio de la compraventa futura. Por ello, se estableció que la promesa sí era totalmente oponible a la demandante y dueña, y se acogió el recurso de casación interpuesto⁶⁶.

Tal como señalamos precedentemente, existe otra tendencia jurisprudencial más bien minoritaria frente al mismo título de defensa ante la acción de precario, que se inclina por entender que no es válido un contrato de promesa para enervar la acción de precario por distintas consideraciones que pasaremos a exponer.

La Corte Suprema, en causa rol 920-2015, consideró que la promesa no era un título válido para justificar la ocupación del inmueble, por estimar que dicho contrato había

⁶⁴ Corte Suprema, causa rol 15.005-2013, de 28 de mayo de 2014. Cuarta Sala, considerando duodécimo

⁶⁵ Corte Suprema, causa rol 23.118-2014, de 1 de julio de 2015. Cuarta Sala, considerando décimo sexto.

⁶⁶ Corte Suprema, causa rol 19.606-2016, de 29 de mayo de 2017. Cuarta Sala, considerando quinto.

sido celebrado con el dueño anterior, y, por lo tanto, el dueño actual no se encontraba obligado a respetarlo porque dicha convención no lo vinculaba jurídicamente. Señaló la Corte:” Que, en concordancia con lo reflexionado, cabe concluir que el título consistente en un contrato de promesa de compraventa suscrito entre un antecesor en la tenencia material de la propiedad y la madre fallecida del actual ocupante, de la cual es heredero, resulta inoponible al dueño del bien raíz”⁶⁷.

En este mismo sentido encontramos otra sentencia en que nuestro máximo tribunal también consideró que lo correcto era acoger la acción de precario, por considerar que el contrato de promesa celebrado con el dueño anterior era insuficiente como fundamento justificativo; por encontrarse “actualmente expirado”, y porque además “la promesa de venta invocada fue suscrita por con una tercera persona que no es parte del juicio, ni tampoco es la dueña actual de la propiedad (...), de lo que se concluye que ocupa por mera tolerancia de la propietaria del bien raíz”⁶⁸. Sin embargo, este fallo fue acordado con el voto en contra de la Ministra Señora Chevesich, quien estimó que se debe entender la exigencia de un "contrato previo" como un título que explique la tenencia, más que a la existencia de una convención entre las partes. Teniendo esto en consideración, la Ministra señaló que el “contrato de promesa de compraventa esgrimido por la demandada permite concluir que su ocupación no es una cuestión meramente fáctica que la dueña haya tolerado, sino que, por el contrario, se trata de una situación que excede los contornos de un simple precario, por lo que la acción intentada no es idónea, y, en consecuencia, la controversia debió ser resuelta en un juicio de lato conocimiento.”

Podemos citar también la causa rol 1621-2015, en que la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia que acogía la acción de precario, por considerar que el contrato de promesa invocado no era un antecedente válido para justificar la tenencia, ya que dicha convención contenía un plazo de 120 días para celebrar el contrato prometido, y dado que ello no ocurrió, la promesa carece de sustento legal⁶⁹.

Otro caso en que se llegó a un razonamiento similar por la Corte Suprema es la causa rol 38353-2016, en la que estimó que el título invocado era insuficiente, pues no generaba un vínculo jurídico a favor de la demandada en relación con el inmueble, dado

⁶⁷ Corte Suprema, causa rol 920-2015, de 12 de enero de 2016. Cuarta Sala, considerando octavo.

⁶⁸ Corte Suprema, causa rol 248-2017, de 29 de noviembre de 2017. Cuarta Sala, considerando tercero.

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 1621-2015, de 01 de abril de 2016. Quinta Sala, considerando quinto.

que el contrato había sido celebrado con un tercero ajeno al juicio, quien además nunca tuvo derechos de dominio sobre el inmueble por no haber realizado los trámites de posesión efectiva. Por consiguiente, el dueño actual no tenía que respetar dicho contrato, en términos de aceptar la ocupación⁷⁰. En contra de esta sentencia fue interpuesto un recurso de casación en el fondo, sin embargo, fue rechazado por manifiesta falta de fundamentos⁷¹.

Finalmente, también mencionaremos el fallo dictado en causa rol 941-2015, en que la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por entender que el contrato de promesa invocado no era oponible al dueño actual, dado que había sido celebrado entre el demandado y un comunero, que era parte de la sucesión hereditaria que había antecedido en el dominio al propietario actual. La Corte estimó que la celebración de dicho contrato excedía los límites de los actos de administración que autoriza a realizar el mandato tácito y recíproco existente al interior de una comunidad, por lo que el dueño actual no se encontraba en la obligación de respetar la promesa.⁷²

Teniendo en consideración la jurisprudencia analizada, a nuestro parecer en los casos en que la promesa incluye una cláusula de entrega, sí debiese ser un título válido que ampare al precarista, debido a que existe un acuerdo de voluntades respecto a la ocupación entre el promitente comprador y promitente vendedor, lo que se opone a la mera tolerancia.

Sin embargo, la real importancia radicaría en los términos en que se ha redactado el contrato, para conocer la intención de las partes. Esto implicaría analizar cuál es el plazo o condición establecido para la celebración del contrato definitivo. Mientras éste no se cumpla, estaríamos en presencia de una tenencia consentida, justificada y amparada por el derecho. Por el contrario, una vez cumplido el plazo o condición sin que se celebre el contrato definitivo, nos encontraríamos en una situación en que la acción de precario sería idónea para terminar la situación de tenencia injustificada de un bien, ya que el título en que se amparaba la ocupación habría perdido su vigencia, por lo que sólo nos encontraríamos en presencia de una situación completamente fáctica.

⁷⁰ Corte Suprema, causa rol 38.353-2016, de 19 de julio de 2017. Cuarta Sala, considerando segundo.

⁷¹ Corte Suprema, causa rol 30971-2016, de 12 de julio de 2016. Cuarta Sala.

⁷² Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 941-2015, de 31 de julio de 2015. Sexta sala, considerandos décimo quinto y décimo sexto.

3. Contrato celebrado con el dueño

Resultaría lógico pensar que si existe un vínculo jurídico entre el dueño actual y el demandado, la acción de precario se tornaría improcedente, dado que no se cumpliría con uno de sus requisitos, mas la jurisprudencia no ha sido unánime al respecto. A pesar de que hay una clara tendencia, que se inclina por rechazar el precario cuando el título proviene del dueño, existen fallos en el sentido opuesto.

En primer lugar, abordaremos la postura mayoritaria, que entiende como válida la defensa del precarista cuando alega haber celebrado un contrato con el dueño del bien disputado.

En causa rol 1920-2015, el demandado señaló que el inmueble en cuestión le fue entregado a título de préstamo de uso, por el propio demandante, lo que fue probado mediante prueba confesional del actor. La Corte Suprema, consideró que esto constituía un contrato válido, y que “al acreditar el demandado la existencia de un contrato que le habilita para ocupar la propiedad no puede ampararse la propiedad del demandante en la institución del precario, y al haberlo considerado en ese sentido el fallo recurrido infringió el artículo 2195 inciso 2° por errónea aplicación”⁷³.

Otro caso similar es el fallo rol 10911-2013. En esta causa, la demandada ocupaba el inmueble por autorización del dueño, y una vez que éste murió, sus herederos (y demandantes en la causa), la autorizaron para continuar habitando la propiedad por el plazo de un mes, luego del cual debía hacer entrega de ésta. Vencido este plazo, la demandada no restituyó el inmueble por lo que los dueños interpusieron acción de precario. En primera instancia se acogió la acción, decisión que fue revocada en segunda instancia. Luego, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte demandada, consideró que la mencionada autorización constituía un contrato de comodato precario, y que, a pesar de haberse vencido el plazo para la restitución, esta autorización para ocupar el inmueble constituía un acuerdo de voluntades generador de la obligación de restituir la cosa, lo que descartaba la ignorancia o mera tolerancia, y por lo tanto, correspondía rechazar la acción de precario⁷⁴.

⁷³ Corte Suprema, causa rol 1920-2015, de 28 de abril de 2016. Cuarta Sala, considerando quinto.

⁷⁴ Corte Suprema, causa rol 10911-2013, de 9 de abril de 2014. Primera Sala, considerando octavo.

También podemos citar la causa rol 413-2017, en que la Corte de Apelaciones de Chillán también resolvió de manera semejante. En este caso el título esgrimido por el precarista era un contrato de transacción celebrado con el dueño del inmueble, en el que se puso término a un litigio existente entre ellos, se acordó que el demandante entregaba en arrendamiento el predio sub-lite, conviniendo además una promesa de compraventa sobre el mismo inmueble. La Corte de Apelaciones consideró que el contrato descartaba que se tratara de una situación meramente fáctica, señalando: “Que, en el presente caso, con el mérito de las pruebas producidas por la parte demandada, específicamente, el contrato de transacción agregado a fojas 55 de estos autos, del cual se advierte de manera inequívoca la existencia de un contrato de arrendamiento y promesa de compraventa entre las partes de este juicio, es dable tener por asentado que en el caso sub-lite no concurre la precariedad que la norma exige, por lo que el rechazo efectuado por el sentenciador de primer grado, respecto de la acción enderezada en autos, es compartido por esta Corte”⁷⁵.

Un análisis parecido se hizo en la causa 6568-2018, por la Corte de Apelaciones de Santiago. En este caso, el demandado había celebrado un contrato de arrendamiento con un tercero, quien a su vez, era arrendatario del demandante respecto del inmueble sub-lite; es decir, el precarista justificaba su ocupación con un subarrendamiento. Para decidir este conflicto, la Corte recurrió a la ley 18.101, cuyo art. 5° señala que: “En los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a la habitación con plazo fijo superior a un año, se entenderá siempre implícita la facultad del arrendatario de subarrendar, salvo estipulación en contrario.” Dado que en el caso de marras se trataba de un contrato con plazo de 12 meses, por consiguiente, un plazo fijo no superior a un año, no se debía entender implícita la facultad de subarrendar, sin perjuicio que en la cláusula cuarta de la convención se estipuló que al arrendatario le quedaba expresamente prohibido, entre otras cuestiones, subarrendar. Por ello, concluyó la Corte, “Que de lo expuesto en el motivo anterior es posible concluir que el contrato de subarrendamiento aludido no resulta ser un título oponible a la demandante (...), desde que se funda en un subarrendamiento que no es subentendido por la ley y que fue prohibido por ella y aceptada esta prohibición por su arrendatario al consentir en la convención. Por lo tanto, y conforme a lo expresado en el fundamento primero de esta sentencia, jurídicamente no está obligada a tolerar esa tenencia y tiene derecho a que se le restituya el bien de que es dueña y que es ocupado por otro sin un título que le resulte oponible. En razón de lo anterior y configurándose en la

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Chillán, causa rol 413-2017, de 19 de abril de 2018. Primera Sala, considerando undécimo.

especie los supuestos de la acción de precario del inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, corresponde que la demanda sea acogida (...) ⁷⁶.

Un último caso que analizaremos es la sentencia dictada en causa rol 4838-2017, caso en que se llegó a una decisión similar a las anteriores. Es interesante el razonamiento desarrollado por la Corte, ya que, en este caso, en primera y segunda instancia se había acogido la acción de precario, pese a existir entre las partes un contrato otorgado por instrumento privado autorizado por notario público en el que se autorizaba expresamente a la demandada a construir un local comercial en una porción del inmueble sub-lite. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada, consideró que la interpretación de dicho contrato debía hacerse desde una perspectiva realista, esto es, atendiendo para efectos de la determinación de sus alcances, al objetivo que tuvieron en consideración las partes para generar determinados efectos jurídicos. Por ello, carecía de sentido atenerse sólo a la literalidad de la convención, y limitar su alcance, entendiendo que autorizaba sólo para construir un local, y lo lógico era concluir que la demandante además estaba permitiendo su explotación, pues además así se había ejecutado hasta la fecha de la demanda.

Así, la Corte resolvió que dado que el propósito práctico del acuerdo no era solamente autorizar la labor constructiva, sino también la explotación del local comercial; la acción de precario se tornaba improcedente, pues la demandada sí contaba con un título para justificar su ocupación y enervar la acción de precario ⁷⁷.

Por otro lado, como señalamos anteriormente, es posible encontrar jurisprudencia en sentido contrario. Uno de los grandes fundamentos para no considerar válido el título alegado por el demandado, tiene lugar en los casos en que el contrato entre las partes ha perdido vigencia, es decir, cuando se trata de un acto jurídico sujeto a un plazo que ya se encuentra vencido.

En la causa 8396-2018, el título alegado por la precarista fue un contrato de arrendamiento que estaba vencido, pero que, según ésta, existía una renovación de dicho contrato entre las partes. En primera instancia se rechazó la demanda por considerar que el demandante no había probado su dominio, faltando con ello el primer requisito de la acción de precario. Sin embargo, esta decisión fue revocada en segunda instancia por la

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 6858-2018, de 7 de agosto de 2018. Primera Sala, considerando tercero.

⁷⁷ Corte Suprema, causa rol 4838-2017, de 11 de abril de 2018. Cuarta Sala, considerandos sexto y séptimo.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, dado que el actor sí había acompañado inscripción de dominio vigente para probar su derecho sobre el inmueble. Luego, se interpuso un recurso de casación en el fondo por la demandada, ante el cual, la Corte Suprema decidió que la decisión tomada en segunda instancia no adolecía de vicio, ya que estaba probado el dominio conforme a derecho, el contrato de arrendamiento acompañado estaba vencido, y la demandante no había logrado acreditar una renovación, y por lo tanto, al no justificar un título que la habilitara para ocupar la propiedad, debía concluirse que su ocupación se debía a mera tolerancia del actor.⁷⁸

En el mismo sentido se resolvió en la causa rol 381-2017 por la Corte de Apelaciones de Chillán. En este caso el demandado alegó estar autorizado por el demandante para permanecer en el inmueble, sin embargo, esta autorización era por sólo 15 días, y dicho plazo ya estaba más que vencido. Al no probar el demandado que detentaba su ocupación por otro título distinto a la mera tolerancia del dueño, la Corte decidió revocar la sentencia de primera instancia, acogiendo la acción de precario interpuesta y ordenando la restitución del inmueble⁷⁹. En contra de esta sentencia se interpuso un recurso de casación en el fondo, sin embargo, la Corte Suprema lo desestimó por manifiesta falta de fundamentos, en causa rol 3360-2018⁸⁰.

Este fue el razonamiento seguido en causa 7506-2015, en que la Corte Suprema consideró que concurrían todos los supuestos para dar lugar a la acción de precario, ya que el contrato de arrendamiento que habían opuesto los demandados, contenía un plazo que ya había expirado, y por lo tanto, al perder su vigencia, la ocupación actual devenía en un sin título que la justificare, y en consecuencia, era procedente acoger la referida acción.

Sin embargo, esta resolución fue tomada con el voto en contra de las Ministras Gloria Ana Chevesich y Leonor Etcheberry, quienes estuvieron por rechazar la acción, fundándose en que el precario, regulado en el art. 2195 inc. 2º C.C., es un situación de hecho, que sólo exige para enervarla, que el demandado demuestre una vinculación para ocupar el inmueble, la que sí existía, y además, en que el precario no era la vía para obtener la restitución, considerando la existencia de un contrato de arrendamiento de por medio.

⁷⁸ Corte Suprema, causa rol 8396-2018, de 23 de agosto de 2018. Cuarta Sala, considerando quinto.

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Chillán, causa rol 381-2017, de 31 de enero de 2018. Primera Sala, considerando séptimo.

⁸⁰ Corte Suprema, causa rol 3360-2018, de 22 de agosto de 2018. Cuarta Sala, considerando cuarto.

En nuestra opinión, debiese considerarse el contrato celebrado con el dueño del bien como un título válido que ampare el precarista, mientras subsista la vigencia del mismo. Si bien hay quienes señalan que la vigencia del contrato es materia de otro juicio, en nuestra consideración esto no es así, ya que ésta se analizaría para lo concerniente de calificar la validez del título para enervar la acción. Estimamos que una vez expirada la vigencia, habría que atender a la voluntad expresa o tácita que las partes manifiesten en torno a continuar o no la ejecución del contrato. Si ambos consienten en la prolongación del mismo, el precarista sigue teniendo un título válido para la detentación del bien. Al contrario, si una de las partes demuestra el interés de no perseverar en el mismo, nos encontramos frente a la situación de precario, naciendo la obligación de restituir para el precarista.

4. Contrato con dueño anterior o tercero distinto al dueño

Dado que el art. 2195 inc. 2º C.C., sólo habla de “previo contrato”, ha existido amplia discusión en la jurisprudencia sobre cuál es el alcance que debe darse a esta frase. Tal como indicamos en el capítulo anterior, si bien una amplísima mayoría se inclina por entenderla referida a un título que sea oponible al dueño o que lo ponga en posición de respetar ese vínculo jurídico; no hay unanimidad en nuestros tribunales respecto de qué ocurre cuando el contrato no emana del dueño que interpone la acción de precario.

La primera postura que podemos distinguir afirma que el título que el demandado debe oponer para enervar la acción de precario debe provenir del dueño, por el efecto relativo de los contratos, que consiste en “un principio básico y fundamental del derecho y constituye un axioma jurídico indiscutible: *res inter alio acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (que podríamos vertir: las cosas hechas por unos, no perjudican ni aprovechan a los demás). (...) El efecto relativo del contrato consiste, pues, en que este afecta únicamente a las partes contratantes y no a aquellos que no han intervenido en su celebración”⁸¹.

De esta manera se resolvió por la Corte Suprema en causa rol 5840-2010, conociendo de un recurso de casación en el fondo deducido por los demandados. Existía entre las partes un contrato de arrendamiento, el que fue cedido como un subarrendamiento, por la parte demandada hacia un tercero. Este tercero también fue

⁸¹ ABELIUK, René. Las Obligaciones. Tomo I. 2009. Editorial Jurídica de Chile. pp. 137-138.

demandado por la dueña y por lo que opuso su contrato de cesión de arriendo del inmueble. Frente a esto, nuestro máximo tribunal decidió rechazar el recurso interpuesto, aduciendo que pese a que el contrato de subarrendamiento emanaba del demandado, quien convino con un tercero ajeno al juicio y sin relación alguna con el inmueble de autos, un contrato de cesión del arriendo vigente, reservándose para sí el uso de la cosa, esto constituía un acuerdo que si bien surte entre los contratantes todos sus efectos, no le es oponible a la demandante dueña del inmueble, por lo que debía concluirse que la ocupación del inmueble no se encontraba justificada⁸².

Esta misma línea argumentativa siguió la Corte Suprema en el fallo 4542-2013, en el que el antecedente utilizado por el precarista fue un contrato de arrendamiento celebrado con la dueña anterior de la propiedad. Se consideró por la Corte que el contrato invocado era insuficiente para considerar que el demandado “goza de un título al cual el ordenamiento le reconoce la virtud de vincularlo jurídicamente con el predio, de forma tal de situar a su propietario en posición de tener que respetar esa tenencia, desde que la carta que se invoca, a más de emanar de un tercero ajeno al juicio, no es suficiente para acreditar la existencia del contrato de arrendamiento que pretenden los demandados, tal como lo sostiene el propio recurrente, razón por la cual no se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación y, por ello, la ley lo ampara en su derecho a rescatar la tenencia de la propiedad.”

En este mismo sentido encontramos el fallo 55131-2016, caso en el que, el demandado había celebrado un contrato de arrendamiento con quien decía ser poseedor material del inmueble, quien no tenía inscripción registral en el Conservador de Bienes Raíces, sino sólo una solicitud para regularizar su propiedad raíz ante el Ministerio de Bienes Nacionales, de conformidad al D.L 2596. Ante esto, la Corte Suprema decidió que dicho antecedente no era válido, dado que el poseedor material, no tenía una inscripción vigente. Esta decisión fue acordada con el voto en contra de las Ministras Gloria Ana Chevesich y Andrea Muñoz, quienes consideraron que la existencia de este contrato de arrendamiento descartaba la ignorancia o mera tolerancia, por lo que la acción de precario se tornaba improcedente⁸³.

Podemos citar también la sentencia rol 14605-2017, caso en el que la defensa del precarista consistió en un contrato de arrendamiento celebrado en 1976 con el anterior

⁸² Corte Suprema, causa rol 5840-2010, de 17 de octubre de 2012. Primera Sala, considerando décimo sexto.

⁸³ Corte Suprema, causa rol 55131-2016, de 28 de noviembre de 2017. Cuarta Sala, considerando quinto.

dueño del inmueble y padre de los demandados, el que se pactó por un plazo de 200 años. Frente a ello, la Corte Suprema decidió que no era necesario discutir la oponibilidad de dicho contrato, ya que el arrendador había transferido su dominio, sin que estuviese celebrado el arrendamiento mediante escritura pública, ergo, el nuevo propietario no quedaba obligado a respetar el referido contrato, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1962 C.C. Cabe señalar, además, que en este fallo, la Corte se refiere a lo que se conoce como “precario sobrevenido”, una figura propia del Derecho Romano, señalando que “en palabras del profesor Alejandro Guzmán Brito, dicho precario tenía lugar ‘toda vez que alguien que había una cosa como tenedor en virtud de un derecho real o personal, continúa habiéndola de hecho, después que el derecho se extinguió por alguna causa eficaz. Esto le acaece, por ejemplo, al arrendatario, si su arrendador enajena la cosa a un tercero: ante este, dicho arrendatario carece de cualquier derecho (aunque pueda indemnizarse frente al que fue su arrendador), y su situación frente a la cosa dependerá exclusivamente de la voluntad del nuevo dueño: en consecuencia, el tenedor es un precarista a su respecto’ (Derecho privado romano. T. 1. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1996, pp. .778 y 779)”⁸⁴.

Finalmente, un razonamiento similar se siguió en la causa 30038-2014, por la Corte Suprema, a propósito de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandante, en que el título esgrimido correspondía a un contrato de cesión de derechos cuyo origen era una promesa de compraventa celebrada con el dueño anterior. Nuestro máximo tribunal decidió acoger el recurso, dando lugar a la acción de precario, sobre la base de que el contrato invocado se había celebrado con un tercero, sin que hubiera vinculación alguna con el dueño y demandante. Sin embargo, en este fallo hay una particularidad, pues la Corte realiza un análisis muy restringido de la expresión “previo contrato” del art. 2195 inc. 2º C.C., señalando: “Por supuesto que la expresión “sin previo contrato” que utiliza la norma en análisis es relativa, nada más, a uno que obligue al propietario, situación que, como se ve, aquí no comparece. De otra manera no se entiende la alusión que, inmediatamente a continuación y tras la conjunción “y”, refiere a la ignorancia o mera tolerancia del dueño; es decir, justamente porque no hay contrato entre las partes es que la permanencia física del precarista no puede tener explicación otra que aquellas ignorancia o tolerancia”.⁸⁵

Esta decisión sin embargo, fue acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Andrea Muñoz y el Ministro Sr. Carlos Cerda, quienes estuvieron por rechazar el recurso,

⁸⁴ Corte Suprema, causa rol 14605-2017, de 10 de octubre de 2018. Cuarta Sala, considerando décimo.

⁸⁵ Corte Suprema, causa rol 30038-2014, de 10 de diciembre de 2015. Cuarta Sala, considerando noveno.

señalando que la norma citada sólo exige un contrato previo, es decir, un contrato legítimo otorgamiento, nacido con antelación al derecho que aquí se esgrime como fundamento de pedir, hipótesis que, a su juicio, concurría en este caso.

Por otra parte, la tendencia jurisprudencial en sentido contrario, que se inclina por rechazar la acción de precario cuando el título opuesto es un contrato con el anterior dueño o quien no es dueño, se fundamenta básicamente en que el precario es una situación completamente fáctica o de hecho, o también en que al existir un contrato, se descarta la ignorancia o mera tolerancia, faltando con ello uno de los requisitos del art. 2195 inciso 2º.

En este sentido, encontramos el fallo rol 3493-2012, caso en el que el demandado alegó haber celebrado un contrato de arrendamiento consensual con el anterior dueño del inmueble. Conociendo de un recurso de casación en el fondo y forma, la Corte Suprema resolvió rechazar la acción de precario, fundándose en que, dado que el demandado había iniciado “la ocupación de la propiedad objeto de la litis, con motivo de habérsela entregado el anterior propietario a consecuencia de un acuerdo de voluntades materializado en un contrato de arrendamiento, acto que por sí solo constituye la antítesis frente al concepto de mera tolerancia, puesto que en caso alguno, puede entenderse que una situación que nació contractual puede llegar a transformarse en un asunto de hecho. (...) En este contexto resulta indiscutible la vinculación entre el anterior propietario de la cosa y el demandado, que justifica la permanencia de esta en el inmueble”.

Además, refiriéndose en específico al contrato de arrendamiento, la Corte determinó que la acción de precario era improcedente, dado que en este caso se configuraba una situación reglamentada a través del art. 7º de la ley 18.101 en concordancia con el art. 1962, referida a los casos en que el arrendador no se encuentra en la obligación de respetar el arriendo, y que, por consiguiente, la acción que correspondía era la que otorgaba la ley en cuestión, con el procedimiento previsto para dicho efecto⁸⁶.

Una resolución similar se estableció por nuestro máximo tribunal, en causa rol 26694-2014, en la que se acogió el recurso de casación interpuesto, rechazando la acción de precario. En este caso, el demandado arguyó que era arrendatario y por lo tanto contaba con un título que justificaba su tenencia. Sin embargo, hay aquí una particularidad, dado que el contrato fue celebrado por instrumento privado, y el arrendador no era dueño, sino que era sólo el promitente comprador del propietario, es decir, hubo un arrendamiento de

⁸⁶ Corte Suprema, causa rol 3493-2012, de 18 de marzo de 2013. Primera Sala, considerandos décimo sexto y décimo séptimo.

cosa ajena. La Corte Suprema consideró que dicha convención descartaba el precario, ya que éste requiere que la tenencia sea sin previo contrato.

La Corte razonó que: “es lo cierto que el valor probatorio del instrumento privado elevado al pedestal del artículo 346 N°3 es el mismo para las partes que para los terceros, es decir, *erga omnes*, toda vez que no existe razón para desconocer *ab initio* la existencia y veracidad de las declaraciones que las partes han estimado necesario formular en él; de no ser así, se transgrediría el principio fundamental del derecho privado en orden a la presunción de la buena fe. Por lo tanto, el tercero que renegare de un documento que se encontrase en esa condición procesal, habría de acreditar el basamento de sus aprensiones;” y en la especie, la parte demandante no rindió prueba para desacreditar la existencia del contrato de arrendamiento.

Esta decisión fue acordada con el voto en contra del abogado integrante Carlos Pizarro, quien estuvo por rechazar el recurso de casación. Nos llama la atención el análisis que hace, enfocándose no en los presupuestos del precario, sino que en el contrato de arrendamiento en particular, a diferencia de la decisión mayoritaria de los Ministros. El profesor Pizarro, plantea que el arrendador, en su calidad de promitente comprador, nada adquirió, sino el derecho a forzar a una obligación de hacer u otros remedios previstos en el artículo 1553 C.C. Por ello, este arrendamiento de cosa ajena si bien es válido de conformidad al art. 1916 C.C., es inoponible al verdadero dueño, quedando habilitado éste para interponer la acción de precario, porque si se aceptara que dicho contrato es oponible al dueño, se estaría violentando el efecto relativo de los contratos, pues el derecho del arrendatario resultaría obligatorio para un tercero –nada menos que el dueño del bien- sin que haya participado con su voluntad en el arrendamiento⁸⁷.

En este mismo sentido también encontramos el fallo rol 32141-2015, en que la Corte Suprema consideró válido como título un contrato de comodato, celebrado entre el Fisco y la sociedad antecesora a la parte demandada, para el uso de las instalaciones -acueducto, cañerías y matrices-, que transportan agua potable, existentes en el inmueble; quedando con ello justificada la ocupación al encontrarse actualmente explotando y utilizando dichas instalaciones en razón de la concesión y comodato entregado a su favor⁸⁸.

⁸⁷ Corte Suprema, causa rol 26694-2014, de 26 de octubre de 2015. Cuarta Sala, considerandos noveno y décimo.

⁸⁸ Corte Suprema, causa rol 32141-2015, de 02 de junio de 2016. Cuarta Sala, considerando séptimo.

Una opinión parecida sostuvo nuestro máximo tribunal en causa rol 5484-2018, en la que se rechazó la demanda y el recurso de casación interpuesto como consecuencia de haber dado por acreditado que la demandada inició la ocupación del inmueble en virtud de un título que lo autoriza, consistente en una cesión de derechos, aun cuando este contrato se realizó después que se vendiera el inmueble a la demandante. En opinión de la Corte, la demandada contaba con un título otorgado por escritura pública y precedido de las formalidades respectivas, que justifica su ocupación y descarta la mera tolerancia, impidiendo que se configuren los presupuestos de la acción de precario⁸⁹.

En este sentido también se resolvió en la causa rol 21899-2015, en la que llama la atención el razonamiento seguido por la Corte Suprema. En este caso se esgrimió por el demandado un contrato de arrendamiento celebrado con la anterior dueña del inmueble, el que ya había expirado. Es interesante el análisis que hace la Corte porque pese a que considera que se cumplen todos los supuestos del precario y que se configura acá lo que se ha denominado como “precario sobrevenido” (ya mencionado anteriormente), decide igualmente acoger el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, rechazando la acción de precario, fundándose en que habría un conflicto entre dos normas que vendrían a resolver la misma situación, esto es, el art. 2195 inc. 2º C.C., y el art. 7º nº 4 de la Ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, que indica el ámbito de aplicación de esta ley, señalando: “(...) Deberán aplicarse, en especial, a los juicios siguientes: 4. Restitución de la propiedad por extinción del derecho del arrendador”.

Frente a esto, la Corte señala, que la legitimación activa de la acción en este caso corresponde al dueño de la cosa y también resalta “el carácter marcadamente imperativo de la voz ‘deberán’ que emplea el precepto.” Y esto es crucial para la decisión del asunto, ya que la Corte señala, que ante este concurso de normas, debe resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 13 C.C.: la ley especial deroga a la general, y sobre estas dos normas no cabe duda que, en este caso, el numeral 4 del artículo 7 de la Ley 18.101 constituye una regla especial respecto del inciso 2º del artículo 2195 C.C., y que además, debe tenerse en cuenta que el uso de la expresión “deberán”, impide que el intérprete acuda al procedimiento que origina el inciso 2º del artículo 2195 C.C.⁹⁰.

Una situación análoga se presenta en la causa rol 62099-2016, en la que se opuso como título un contrato de arrendamiento celebrado entre la propietaria anterior y una

⁸⁹ Corte Suprema, causa rol 5484-2018, de 27 de agosto de 2018. Cuarta Sala, considerandos tercero y cuarto.

⁹⁰ Corte Suprema, causa rol 21899-2015, de 05 de enero de 2017. Cuarta Sala, considerando quinto.

sociedad, con un plazo de 8 años, que a la fecha de la demanda seguía vigente. Además, se hacía presente que la actora fue la mandataria general de la sociedad arrendadora al momento de celebrar dicho contrato. La Corte Suprema consideró que no concurrían los requisitos del precario, porque el demandado ocupaba el inmueble en su calidad de socio y trabajador de la sociedad arrendataria, y por otro lado, porque la demandante, era además mandataria de la sociedad arrendadora que había celebrado el contrato, por lo que esto descartaba su alegación de existir ignorancia o mera tolerancia.⁹¹

Podemos citar además el fallo rol 34172-2017, en el que ante un contrato de cesión de derechos y posterior constitución de usufructo, celebrado entre el demandado y la antigua propietaria, nuestro máximo tribunal resolvió rechazar la acción de precario, estimando como suficiente el título invocado para descartar una situación de hecho exclusivamente soportada por el dueño, por considerar que éste apunta a ser alguna clase de excusa para ocupar la propiedad, aparentemente seria o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea de lo aparentemente ajeno⁹².

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, en causa rol 10323-2017, en la que la demandada opuso un contrato de compraventa del inmueble celebrado con la dueña anterior, como título para enervar la acción. Ésta alegaba que llevaba más de 27 años ocupando la propiedad, primero en virtud de un contrato de arrendamiento, luego, de una promesa de compraventa, y finalmente de una compraventa definitiva, la que nunca se inscribió en el Conservador de Bienes Raíces. Por ende, de los contratos referidos fluye que se ampara no en la mera actitud permisiva del actor sino en la relación contractual que sostuvo con la anterior propietaria, quien, según afirma, es suegra de aquel. Ante esto la Corte consideró que el título invocado efectivamente era apto para desvirtuar que el origen de la ocupación de la cosa se sustentaba en una situación de hecho, concluyendo necesariamente que “la tenencia del bien materia del juicio no obedece a la mera tolerancia de su dueño, sino que está provista de justificación en razón de dichos actos jurídicos que, conforme lo antes reflexionado, resultan suficiente para concluir que no se está en presencia de un precario, aunque no se haya practicado la inscripción de rigor”⁹³.

⁹¹ Corte Suprema, causa rol 62099-2016, de 08 de noviembre de 2016. Cuarta Sala, considerandos tercero y cuarto.

⁹² Corte Suprema, causa rol 34172-2017, de 17 de agosto de 2017. Cuarta Sala, considerando cuarto.

⁹³ Corte Suprema, causa rol 10323-2017, de 18 de junio de 2018. Cuarta Sala, considerando cuarto.

Asimismo, podemos referirnos a la causa rol 5986-2010 de la Corte Suprema, en la cual la precarista defiende su ocupación del inmueble alegando que celebró un contrato de compraventa por escritura pública, la que no pudo ser inscrita en el Conservador de Bienes Raíces respectivo debido a que la parte vendedora enajenó el mismo inmueble a un tercero, quien obtuvo a su favor la inscripción conservatoria con anterioridad a la primera compradora, quien a su vez vendió el inmueble nuevamente. El tribunal considera que la ocupación se encuentra precedida de un acuerdo de voluntades que le ha servido de causa y que tiene previstos efectos en el ámbito del derecho, lo que se manifiesta con la posesión de la precarista, de larga data, de manera pública, continua y excluyente⁹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el voto disidente de la Ministra Sra. Rosa María Maggi, quien fue de la opinión de que el título que la precarista arguía no representaba un contrato o vínculo jurídico habido con la contraparte, significativo, a la vez, de un título que suprimiera la mera tolerancia o permiso que había habilitado a la demandada para mantener la ocupación del inmueble.

Finalmente, en caso muy similar al anterior, en el que la Corte mantuvo su razonamiento, es el fallo rol 8054-2017, en el que el demandado opuso como título una escritura de liquidación de sociedad conyugal, celebrada con la antecesora en el dominio del demandante. En dicha escritura se le adjudicaba el inmueble de marras, no obstante, nunca se practicó la correspondiente inscripción. Ante esto, la Corte Suprema siguió un argumento parecido al del caso anterior, señalando que no es necesario que el título invocado emane del dueño actual, o que se trate de uno que haya cumplido con las formalidades correspondientes, sino que basta que desvirtúe una situación meramente de hecho como lo es el precario, y en este caso, a juicio de nuestro máximo tribunal, lo anterior resultaba suficiente para descartar que se está en presencia de un precario aunque no se haya practicado la inscripción correspondiente⁹⁵.

En conclusión, somos de la opinión que necesariamente debe concurrir necesariamente la voluntad del dueño en la justificación de la ocupación de un bien por parte de un tercero.

Si bien es un requisito de la acción de precario que el título vincule jurídicamente al precarista con el bien, esta vinculación debiese verificarse con el dueño de la cosa, por lo tanto, constituyendo como títulos no válidos aquellos celebrados con terceros distintos al

⁹⁴ Corte Suprema, causa rol 5986-2010, de 26 de noviembre de 2012. Primera sala, considerando trigésimo.

⁹⁵ Corte Suprema, causa rol 8054-2017, de 02 de abril de 2018. Cuarta sala, considerando cuarto.

dueño, teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio del efecto relativo de los contratos. Quienes tienen el dominio a pesar de ser los titulares del derecho de uso, goce y disposición, se verían privados de ellos por el actuar de dos personas que ninguna relación jurídica tienen con él.

5. Relaciones de familia

Este aspecto es uno de los más complejos a tratar en los fallos de nuestros tribunales de justicia, debido a que existe una gran discusión respecto de las relaciones de familia como título válido para enervar la acción de precario, siendo difícil encontrar criterios jurisprudenciales mayoritarios o minoritarios. Esto se explica porque, a diferencia de los títulos anteriormente analizados, que son contratos patrimoniales, acá se ven otros bienes jurídicos involucrados, muchas veces extrapatrimoniales.

5.1. Matrimonio o Acuerdo de Unión Civil

Para continuar con este acápite, es menester recordar el artículo 102 del Código Civil: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”, y el artículo 1 de la ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (en adelante, AUC), que señala: “El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente (...)”.

Podemos apreciar que ambos son contratos, que si bien se originan en la voluntad de las partes, en su ejecución obedecen a reglas de orden público, indisponibles para los cónyuges o convivientes civiles, según sea el caso.

Distinguimos dos grandes posturas a este respecto; por un lado, encontramos jurisprudencia que opta por rechazar la acción de precario cuando el título invocado es el matrimonio o AUC; y como contrapartida, la otra postura se inclina por acoger la acción, considerando éstos como título apto para enervar la acción de precario.

Es necesario hacer presente que hasta el momento no contamos con jurisprudencia relativa al AUC, sin embargo, consideramos que debería seguir los mismos criterios que se aplican para el matrimonio.

La tendencia mayoritaria actual, se inclina por rechazar la acción de precario cuando las partes se vinculan por matrimonio, incluso cuando éste ya no se encuentra vigente.

5.1.1. Matrimonio Vigente

La Corte Suprema aceptó como un título válido el contrato de matrimonio en el fallo dictado en la causa rol 49915-2016. La demandante (División de Bienestar Social de la Fuerza Aérea de Chile), había celebrado un contrato para ocupación de viviendas fiscales de propiedad de la Fuerza Aérea de Chile con el cónyuge de la demandada, quienes se encontraban separados de hecho, y sólo esta última continuaba haciendo ocupación del inmueble. La demandada alegaba que el matrimonio aún no se encontraba disuelto, y que además, a su marido le seguían descontando dinero, lo que constituía una especie de contrato de arrendamiento. Nuestro máximo tribunal estimó que “la demandada no ocupa el inmueble por mera tolerancia o ignorancia de la demandante, sino que es dada la calidad de cónyuge de un empleado de la actora, quien mantiene una relación contractual que sigue produciendo sus efectos, título que es suficiente por sí solo para desechar la demanda, puesto que justifica la tenencia u ocupación que del inmueble por parte de la demandada.”⁹⁶

Asimismo, en la causa 13798-2016, se razonó de manera similar por la Corte Suprema. El demandado se defendió oponiendo su matrimonio, señalando que comenzó a vivir en el inmueble una vez que contrajo matrimonio con la anterior dueña del inmueble, quien lo vendió a su hija dos años antes de fallecer, por lo que paradójicamente, las partes del juicio eran a la vez herederos de una misma causante. En primera y segunda instancia se resolvió acoger la acción de precario, por considerar que el demandado no contaba con un título que justificare su tenencia. Sin embargo, la Corte Suprema, revocó esta decisión, señalando que la introducción del demandado al inmueble, fue consecuencia del matrimonio existente, “que dentro de otras obligaciones, incluye la de vivir juntos en el hogar común, constituido justamente en la propiedad de autos.”

Así, continúa razonando nuestro máximo tribunal, que no era dable afirmar que la tenencia era consecuencia de una actitud puramente permisiva de la dueña, sino que deriva “de una relación contractual matrimonial previa, habida entre el demandado con la

⁹⁶ Corte Suprema, causa rol 49915-2016, de 29 de diciembre de 2016. Tercera Sala, considerando séptimo.

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 factico, 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”. En el fallo, en su considerando décimo, la corte arguye “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”⁹⁷.

Llama la atención que en este análisis la Corte Suprema establece expresamente que el contrato de matrimonio es un título justificativo válido. Sin embargo, esta decisión se tomó con el voto en contra del Fiscal Judicial Subrogante señor Jorge Sáez y de la abogada integrante señora Leonor Etcheberry, quienes estuvieron por rechazar el recurso interpuesto, argumentando que en atención a que el precario es una situación de hecho, el análisis a su respecto debe darse a la situación existente al tiempo de la demanda, y por ello, estimaron que no obstante el demandado tenía la calidad de cónyuge de la anterior dueña y por ello inició su ocupación, luego, al haber un cambio en el dominio del inmueble, debía entenderse que se inició una nueva tenencia fundada en la sola tolerancia de la dueña.

5.1.2. Matrimonio no disuelto (casos de separación de hecho)

Un criterio similar a la sentencia anterior se siguió por la Corte de Apelaciones de San Miguel en la causa 1855-2016, en la que las partes estaban casadas pero separadas de hecho, y en el inmueble, que había servido de hogar común a la familia por más de 10 años, continuaba viviendo la mujer y demandada junto al hijo en común de las partes. Este inmueble había sido adquirido a título gratuito, por adjudicación que se le hiciera al demandante, al liquidarse los bienes quedados al fallecimiento de su madre. La Corte sin embargo, consideró que sí había un título válido, pues se trataba de un matrimonio vigente, y conforme al artículo 133 de Código Civil, y habiéndose establecido que la propiedad, no obstante ser un bien propio del actor, constituía el hogar común de la familia, ambos

⁹⁷ Corte Suprema, causa rol 13798-2016, de 02 de abril de 2017. Cuarta Sala, considerandos octavo al décimo.

cónyuges tenían el derecho a vivir en él, de lo que se concluyó que la ocupación de la demandada no podía considerarse carente de título, con lo que se descartaba la mera tolerancia, correspondiendo rechazar la acción de precario⁹⁸.

Un caso semejante es el de la causa rol 1410-2012. En este caso la actora era la actual pareja y conviviente del anterior dueño del inmueble objeto del juicio, que había sido adquirido mediante adjudicación, luego de que el anterior propietario dejara de pagar el impuesto territorial, provocándose el remate judicial. Por su parte, la demandada, se encontraba separada de hecho de su cónyuge y anterior dueño, pero continuaba viviendo en la propiedad junto a su hijo, de filiación matrimonial. Ante esto, la Corte Suprema consideró que la tenencia del bien raíz no se efectuaba por mera tolerancia de la dueña, sino por una causa justificativa y previa, fruto del matrimonio con el anterior dueño, por tratarse del hogar común a que alude el artículo 133 del Código Civil y respecto del cual en un momento fue declarado bien familiar. Es decir, estaban en el inmueble no por la mera tolerancia de la actual dueña, sino que la habitaban desde antigua data, en forma pública, continua y excluyente⁹⁹.

En este mismo sentido encontramos la causa 35215-2016, en que las actoras eran dueñas del inmueble por una cesión que les había hecho su padre, y anterior dueño, quien, además era el actual marido de la demandada, con quien se encontraba separado solamente de hecho. Ésta, alegaba que por el hecho de habitar el inmueble desde que contrajo matrimonio con el antecesor en el dominio, su ocupación no carecía de título, máxime si éste era su actual cónyuge y padre de las actoras a quienes cedió los derechos que tenía sobre la propiedad con posterioridad a la separación de hecho, por lo que su tenencia no estaba desprovista de título jurídico. Nuestro máximo tribunal sostuvo que la demandada inició su ocupación como 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; y por lo tanto, de esta manera concluyó 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 las actoras, sino que de una relación contractual matrimonial previa, título que era suficiente para justificar la ocupación que lleva a cabo, pues en lo meramente factico, ocupa el bien raíz no por ignorancia ni por mera tolerancia de las actuales dueñas, sino por una causa jurídicamente relevante.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1855-2016, de 21 de febrero de 2017. Sexta Sala, considerando cuarto.

⁹⁹ Corte Suprema, causa rol 1410-2012, de 25 de marzo de 2013. Primera Sala, considerando décimo.

La Corte concluyó, señalando expresamente que, 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”¹⁰⁰. Esta decisión se tomó con el voto en contra del abogado integrante Sr. Carlos Pizarro, quien sostuvo la opinión contraria, entendiendo que el único motivo por la cual la demandada residía en esa propiedad era 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.

Es interesante que se aluda a la inoponibilidad en este voto en contra, cuando el matrimonio, como acto jurídico de familia, es efectivamente *erga omnes* y oponible a cualquiera. Es decir, se tiene el estado civil de casado respecto de todos y no sólo de las partes que celebraron el contrato.

5.1.3. Matrimonio disuelto (divorcio)

En este sentido, podemos referirnos a la sentencia rol 11835-2011, caso en el que los demandantes eran herederos de la anterior dueña, quien había celebrado contrato de compraventa con su nieto, ex cónyuge de la demandada. Dicho contrato se celebró durante la vigencia del matrimonio, vínculo que se terminó por sentencia de divorcio. Sin embargo, esta compraventa nunca fue inscrita, y por ello, los demandantes argumentaban que ésta no les era oponible. Frente a esto, la Corte decidió que se debía rechazar la acción de precario, fundándose en que la compraventa sí era oponible a los herederos, por ser éstos representantes del causante en los derechos transmisibles, más aún cuando entre dichos herederos se encontraba el padre del comprador y ex marido de la demandada, por lo que se descartaba la mera tolerancia, correspondiendo rechazar la acción de precario¹⁰¹.

En esta misma línea, encontramos la causa rol 24304-2014, caso en el que el actor se dirigió en contra de su ex cónyuge y su hija en común solicitando la restitución de un inmueble que había sido adquirido con posterioridad a la sentencia de divorcio. Las demandadas vivían en dicha propiedad porque el mismo demandante se las había cedido para que vivieran allí durante un año, hasta que su hija encontrara trabajo. Ante esto, la Corte Suprema consideró que en realidad no había mera tolerancia, sino que se estaba en

¹⁰⁰ Corte Suprema, causa rol 35215-2016, de 06 de julio de 2017. Cuarta Sala, considerando octavo al décimo.

¹⁰¹ Corte Suprema, causa rol 11835-2011, de 14 de enero de 2013. Primera Sala, considerandos vigésimo y vigésimo primero.

presencia de un acuerdo de voluntades, lo que resulta razonable si se consideran los vínculos de familia existentes entre las partes¹⁰².

5.1.4. Régimen de sociedad conyugal

Un criterio similar fue seguido en el fallo dictado en la causa 31925-2014, en la que la demandada, una mujer casada en sociedad conyugal, estaba ocupando un inmueble que había sido vendido por su marido, haciéndose pasar por soltero y sin autorización de la cónyuge. Dicha propiedad había sido adquirida durante el matrimonio, con subsidio habitacional. Luego, este comprador, transfirió a otro el dominio, quien, a su vez, constituyó un derecho real de usufructo en favor de su hermano, quien fue el demandante en la causa. Paralelamente a este juicio de precario se estaba tramitando una causa para que se declarase la nulidad relativa de la compraventa, hecha sin la autorización de la mujer. Frente a esto, la Corte Suprema señaló “Que el hecho acreditado en autos, de poseer la demandada tal justificativo, basado en sus derechos en la sociedad conyugal propietaria del inmueble, es suficiente para descartar la demanda”¹⁰³, manteniendo con esto el criterio usado en la sentencia antes citada. La profesora María Sara Rodríguez, comentando este fallo concluyó que “En definitiva, la sociedad conyugal es título más que suficiente para que la mujer casada viva en un inmueble adquirido durante el matrimonio. La mujer casada no está obligada a separarse judicialmente (artículo 34 ley N° 19.947), ni a separarse de bienes (artículo 155), ni a perseguir ninguna otra forma de disolución para defender su derecho sobre esos bienes. Nadie puede desposeerla mientras esté vigente la sociedad conyugal y no se haya enajenado válidamente el inmueble sobre el que se pretende restitución”¹⁰⁴.

Una posición contraria respecto de la decisión tomada en este fallo sostuvo el profesor Jaime Alcalde Silva, quien señaló que “aunque se pudiese estimar que la sociedad conyugal es un título de tenencia suficiente, este resultaría de todas formas inoponible al demandante del juicio aquí relatado. Simplemente, a este no lo empecina que la demandada estuviese casada bajo el régimen de sociedad conyugal, pues estaba ocupando el inmueble por su ignorancia o mera tolerancia¹⁰⁵ (...) dicha calificación es errada porque desnaturaliza un régimen patrimonial pensado para unos concretos fines

¹⁰² Corte Suprema, causa rol 24304-2014, de 02 de octubre de 2015. Cuarta Sala, considerando séptimo.

¹⁰³ Corte Suprema, causa rol 31925-2014, de 04 de mayo de 2015. Cuarta Sala, considerando undécimo.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ, María Sara. La sociedad conyugal como título de la demandada en una acción de precario. Mayo, 2015. EN: El Mercurio Legal, Análisis Jurídico.

¹⁰⁵ ALCALDE, Jaime. De los Bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. EN: Revista Chilena de Derecho Privado. 2016, nº26, pág. 301.

dentro de la vida en común que supone el matrimonio y, a la vez, le asigna el carácter de un título de mera tenencia con eficacia frente a terceros¹⁰⁶.

De esta misma manera se resolvió en el fallo dictado en la causa rol 37705-2015. En este caso, las partes estuvieron casadas por 42 años, y durante la vigencia del matrimonio y sociedad conyugal, la demandante adquirió el inmueble por escritura pública de compraventa, actuando de conformidad con el artículo 41 de la Ley 18.196¹⁰⁷. Ante ello, la Corte Suprema estimó que era legítimo inferir que la pareja utilizó el recinto como hogar y habitación, si bien por un tiempo incierto; y que se debía tener en cuenta que si bien se efectuó la renuncia a los gananciales por parte de la mujer, ésta se hizo con posterioridad a la interposición y notificación de la demanda. Tomando esto en consideración, era dable afirmar que la presencia del demandado en el predio de marras obedece a la circunstancia de haber accedido al mismo en virtud de un vínculo, legítimamente habido, que se alza como más que suficiente justificación y descarta la mera tolerancia.

Sin embargo, esta decisión fue tomada con el voto en contra del Sr. Ministro Ricardo Blanco, quien estuvo por rechazar el recurso impetrado, sobre la base de que si bien el precario es una cuestión puramente de hecho, hay 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 del ocupante en el bien no obedece sino a la efectiva tolerancia - que no desconocimiento - de la dueña. En ese sentido, cabe concluir que el título - calidad de cónyuge - lo habilitó en la tenencia hasta la declaración de divorcio, momento en que se produjo la mera tolerancia. En consecuencia, en su opinión sí concurrían los requisitos para hacer lugar a la acción de precario¹⁰⁸.

Un razonamiento similar a la sentencia precedentemente citada siguió la Corte Suprema en la causa 44910-2016, caso en el que la demandante se encontraba casada en sociedad conyugal al momento de comprar el inmueble objeto del litigio, compraventa que realizó como mujer separada de bienes, de conformidad al art. 11 de la ley 16.392¹⁰⁹,

¹⁰⁶ Ibid, pág. 307

¹⁰⁷ Artículo 41.- No regirán las autorizaciones del cónyuge o de la justicia ordinaria, exigidas por la legislación vigente, respecto de la constitución de hipotecas y prohibiciones para caucionar créditos complementarios para la adquisición de viviendas mediante el subsidio habitacional otorgado por el Estado. La mujer casada beneficiaria del subsidio habitacional del Estado, se presumirá separada de bienes para la celebración de los contratos de compraventa, mutuo e hipotecas relacionados exclusivamente con la adquisición de la vivienda para la cual se les haya otorgado dicho subsidio.

¹⁰⁸ Corte Suprema, causa rol 37705-2015, de 31 de enero de 2017. Cuarta Sala, considerando undécimo.

¹⁰⁹ Artículo 11° Ley 16392, que Fija normas locales sobre Construcción, Urbanizaciones y Otorgamiento de Títulos de Dominio: La mujer casada que adquiera, hipoteque o grave en la Corporación de la Vivienda o en la Corporación de Servicios Habitacionales, en Asociaciones de Ahorro y Préstamos o Instituciones de Previsión, una vivienda, sitio o local, se presumirá de derecho separada de bienes para la celebración del

dado que se trataba de una vivienda adquirida con subsidio habitacional, que posteriormente fue inscrita a su nombre. Sin embargo el demandado y recurrente, era el marido de la demandante, y pese a que al momento de la interposición de la demanda ya se encontraban divorciados, él argumentaba haber sido el beneficiario del subsidio habitacional, haber pagado con su sueldo el saldo de precio, además de la circunstancia que la mujer, no obstante encontrarse amparada por la presunción del art. 150 C.C., no demostró haber ejercido una profesión, oficio, empleo o industria separada del marido, porque ella se dedicada a las labores del hogar. En razón de lo anterior y del matrimonio que existió entre ellos, el demandado solicitaba el rechazo de la demanda. La Corte decidió acoger el recurso, rechazando la demanda, estableciendo en primer lugar que la contienda relativa al dominio del inmueble, era materia de un juicio de lato conocimiento, y en segundo lugar, argumentando que en atención a que el precario es una situación de hecho, como en este caso sí existía una vinculación entre el actual dueño y el ocupante, aparentemente sería o grave, dada por un vínculo matrimonial entre ellos durante 36 años, se debía concluir necesariamente que la ocupación no obedecía a mera tolerancia sino en razón del vínculo que los unía¹¹⁰.

Respecto de esta sentencia, la profesora María Sara Rodríguez, quien comparte la decisión de la Corte, ha dicho que en realidad el título que justificaría la tenencia en este caso no sería el matrimonio, sino la comunidad formada al término de éste mediante la sentencia de divorcio, señalando: “Pero nos parece que la cuestión de dominio podría ser otra. La tenencia de la cosa por parte del demandado se justificaría en la comunidad formada entre demandante y demandado al disolverse la sociedad conyugal que los unía, por sentencia firme de divorcio (artículo 1764, 1º CC, con relación al artículo 42 LMC). No es el matrimonio lo que justifica la tenencia de la cosa ajena en el demandado, sino la comunidad formada al disolverse la sociedad conyugal. Esto es una cuestión de condominio (sic). Un comunero no puede pretender la restitución de la cosa común por una acción de precario contra otro comunero, pues ambos tienen igual derecho sobre la cosa. Cada uno de ellos puede servirse de la cosa común “siempre que la emplee según su destino ordinario”, sin perjuicio de la comunidad y del justo uso del otro (artículo 2305, artículo 2081, 2ª C.C.). Si no se arreglan entre comuneros para el uso de la cosa común,

contrato correspondiente, y regirán, respecto de ella, todos los derechos que se establecen en el artículo 150 del Código Civil para la mujer casada que ejerce un empleo, oficio, profesión o industria, separados de los de su marido.

¹¹⁰ Corte Suprema, causa rol 44.910-2016, de 13 de septiembre de 2017. Cuarta Sala, considerando cuarto y quinto.

corresponde que se pida la partición (artículo 1317 C.C.)¹¹¹. Esto, en concordancia con lo dicho por la Corte en cuanto a que dicho conflicto era materia de un juicio de lato conocimiento.

También en la causa rol 27949-2016 nos encontramos ante una situación parecida. Las partes también habían estado casadas en sociedad conyugal y al tiempo de la demanda ya se encontraba disuelto el vínculo por sentencia judicial. El inmueble *sublite* había sido adquirido por la mujer, por compraventa efectuada al Servicio de Vivienda y Urbanismo el año 2005, de conformidad al 11 de la Ley N° 16.392. Luego del divorcio, su ex marido continuó viviendo en la propiedad, quien se defendió argumentando que ésta fue adquirida durante el matrimonio y por lo tanto no había ignorancia o mera tolerancia, que vive desde que finalizó su construcción, existiendo un acuerdo entre las partes para que la utilice, además de ser dueño del 50% de sus derechos.

La Corte Suprema decidió que, 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, 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 16.392¹¹².

Asimismo, la Corte tuvo en consideración el vínculo matrimonial previo, y que la adquisición del inmueble se realizó durante éste, resultaba evidente que la ocupación del demandado se justificaba en aquello, es decir, había ingresado a la propiedad como consecuencia del matrimonio que existía entre ellos, y no precedido de mera tolerancia de la actora, por lo que la tenencia derivaba de un vínculo de familia previo, como es el haber estado casados, título suficiente para justificar la ocupación que llevaba a cabo¹¹³.

Cabe señalar que esta decisión se tomó con el voto en contra del Ministro Sr. Rodrigo Correa González, quien tenía una opinión distinta, argumentando que, dado que el precario es una cuestión fáctica, el análisis debía hacerse al tiempo de la demanda. Por

¹¹¹ RODRÍGUEZ, María Sara. La comunidad formada al disolverse la sociedad conyugal es título suficiente de tenencia del demandado para rechazar una acción de precario. Agosto, 2018. EN: El Mercurio Legal, Análisis Jurídico.

¹¹² Corte Suprema, causa rol 27949-2016, de 31 de julio de 2017. Cuarta Sala, considerando octavo.

¹¹³ Corte Suprema, causa rol 27949-2016, de 31 de julio de 2017. Cuarta Sala, considerando undécimo.

ello, en su criterio, el demandado no contaba con un título, pues si bien era cierto que ingresó al inmueble amparado en el matrimonio, éste, al momento del juicio se encontraba disuelto, y por lo tanto, su permanencia derivaba simplemente en la simple indulgencia y tolerancia de la actora.

5.1.5. Régimen de separación de bienes

Al respecto, podemos citar la causa 1081-2015, en la que las partes estaban casadas pero separadas de hecho, y en régimen de separación de bienes. El ex marido y demandado continuaba ocupando el inmueble sub lite, del cual la actora era su dueña absoluta. La demandante alegaba que, atendido el régimen patrimonial existente, esto era motivo suficiente para descartar un título que justificara la tenencia, ya que la invocación del deber de asistencia y alimentos entre los cónyuges no era útil en este caso, por cuanto dicha discusión era de competencia de los tribunales de familia, siendo otras las instituciones relevantes a efectos de determinar este hecho, no constando un estado de necesidad de un cónyuge más débil. La Corte de Apelaciones de San Miguel se inclinó por esta postura, acogiendo la acción de precario, señalando que el matrimonio no era un título válido para enervar la acción de precario, “en la medida en que no entrega por sí mismo derechos patrimoniales respecto del otro cónyuge, sino derechos y deberes de carácter intangible, asociados a la relación personal que sirve como trasfondo a la institución, sin perjuicio de aquellos elementos que correspondan según el régimen patrimonial respectivo. De lo anterior se sigue que, como en el caso existe una separación total de bienes, y que la demandante es dueña del bien en cuestión, sólo la mera tolerancia de esta permitía que su cónyuge, de quien está separada de hecho, detentara el inmueble de autos, verificándose todos los elementos que hacen procedente la acción de precario”¹¹⁴. Además, la Corte hizo referencia a la incorporación en nuestra legislación de la institución de los bienes familiares como forma de protección al cónyuge más débil y afectado con la separación de hecho; aludiendo a que ésta era la vía para accionar y no la acción de precario.

Por otro lado, igualmente encontramos variada jurisprudencia que se ha pronunciado en el sentido contrario, aun cuando se presentan supuestos de hecho muy similares a los precedentemente citados. Podemos citar, por ejemplo, el fallo dictado en la causa rol 36601-2015, en la que la actora demandó de precario a su ex cónyuge (con quien se encontraba divorciada), y su actual pareja. El demandado se defendió señalando que

¹¹⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1081-2015, de 04 de noviembre de 2015. Quinta Sala, considerandos quinto y sexto.

vivía en la propiedad porque era de él y de su ex cónyuge, ya que estuvieron casados en sociedad conyugal. Los cónyuges fueron cesionarios de derechos hereditarios, sin embargo, con posterioridad la demandante había adquirido el inmueble en razón de la prescripción adquisitiva especial del D.L 2695, es decir, a título gratuito. Ante ello, la Corte Suprema consideró que dicho inmueble ingresaba al haber propio de la actora, y por lo tanto el marido carecía de título que justificara su ocupación, dado que la demandante era la dueña de la propiedad en cuestión¹¹⁵. Sin embargo, el voto disidente de la Ministra Sra. Chevesich opta por rechazar la demanda de precario, argumentando que era un hecho pacífico que la demandante y el demandado estuvieron unidos por vínculo matrimonial, que terminó por sentencia firme de divorcio, y en definitiva, la ocupación del bien raíz no tenía su origen en la mera tolerancia de la propietaria de la cosa, correspondiendo rechazar la acción.

A una resolución semejante se llegó también en el fallo dictado en la causa rol 25055-2015, en la que las partes estaban casadas en régimen de separación de bienes, y divorciadas al tiempo de la demanda. La demandada argumentaba básicamente que al haber sido cónyuges las partes, se daría un vínculo precedente constituido por el matrimonio, que habilitaría a la demandada a ocupar el inmueble. Sin embargo, la Corte Suprema estimó que, dado que el actor, era dueño del inmueble, al haberlo adquirido separado de bienes de la demandada, ésta, por consiguiente, carecía de un título que la habilite a ocuparlo y menos que resulte oponible al demandante. No obstante, la Ministra Sra. Chevesich en su voto disidente es de la opinión de que, al haber estado las partes unidas por un vínculo matrimonial, ahora disuelto, la ocupación del bien raíz de que se trata no tiene su origen en la mera tolerancia del propietario de la cosa, esto es, en su simple condescendencia o beneplácito.

Llama la atención el razonamiento seguido, ya que ha sido el mismo tribunal el que ha fallado de manera contraria frente a los mismos hechos, estableciendo que el matrimonio sí es un título apto para enervar la acción. Sin embargo, en estos casos, casi siempre se trataba de regímenes de sociedad conyugal, por lo tanto, cabe preguntarse si la Corte realmente considera el matrimonio como un título válido, o es realmente la sociedad conyugal la que tiene la aptitud de justificar la tenencia.

En esta línea, y en este mismo fallo, se resolvió con el voto en contra de la Ministra Sra. Chevesich, quien fue de opinión de acoger el recurso, en atención a que como era un

¹¹⁵ Corte Suprema, causa 36601-2015, de 27 de diciembre de 2016. Cuarta Sala, considerando undécimo.

hecho pacífico que las partes estuvieron unidas por vínculo matrimonial, que terminó por sentencia firme de divorcio, a juicio de la disidente, correspondía concluir que se incurrió en error por los jueces del fondo al acoger la demanda, porque, en definitiva, la ocupación del bien raíz de que se trata no tiene su origen en la mera tolerancia del propietario de la cosa, esto es, en su simple condescendencia o beneplácito¹¹⁶.

Un razonamiento similar fue seguido en la causa rol 402-2017. En esta sentencia, a diferencia de los anteriores, la Corte de Apelaciones de Arica, resuelve de manera contraria, a pesar de que los hechos del caso eran casi idénticos a los anteriores. El demandado interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia que acogía la acción de precario, argumentando que estaba casado con la demandante al momento de hacer ingreso al inmueble, lo que se justifica en razón de los derechos y deberes que emanan del matrimonio, sin embargo, al tiempo de la demanda, este vínculo se encontraba disuelto.

Frente a ello, la Corte de Apelaciones estimó que la calidad de ex cónyuge invocada, no atribuía ningún derecho al ex marido para justificar su tenencia ni constituía título que habilita para oponerse a la acción de precario, esto, teniendo en cuenta que el divorcio pone fin al matrimonio y consecuentemente, a los derechos y obligaciones que derivan de él. Tampoco concurría aquí la circunstancia de haberse constituido algún tipo de derecho real sobre el inmueble en favor del marido como un tipo de compensación económica, por lo que sólo cabía inferir que la ocupación se realizaba por la sola tolerancia de la propietaria, de manera que la Corte decidió confirmar la sentencia de primera instancia que acogía la acción¹¹⁷. Pese a ello, esta decisión fue tomada con el voto en contra del Ministro Sr. Pablo Zavala, quien estuvo por acoger el recurso, rechazando la acción, por considerar que el demandado, ocupaba la propiedad bajo un título de familia, en su calidad de cónyuge, por lo que no podía afirmarse que el demandado, estaba ocupando el inmueble por mera tolerancia o ignorancia, ya que era imposible para la actora, desconocer que, a esa fecha, estaba casada con el demandado, por más de treinta años, por mucho que existieran desavenencias de convivencia, en la pareja.

Además, agregó, que la calidad de cónyuge derivó de un matrimonio, el que es definido expresamente por la ley como un contrato. Y poniendo esto en relación con el artículo 2195 del Código Civil, que exige la ausencia de un contrato, y por mera ignorancia

¹¹⁶ Corte Suprema, causa rol 25055-2015, de 23 de enero de 2017. Cuarta Sala, considerando cuarto.

¹¹⁷ Corte de Apelaciones de Arica, causa rol 402-2017, de 29 de enero de 2018. Segunda Sala, considerandos décimo séptimo a décimo noveno.

y mera tolerancia del dueño, puede entenderse que el matrimonio cumple la exigencia de la ley civil. Por lo tanto, en opinión del Ministro, para estimar que no hubiera habido título, en el mejor de los casos, debió alegarse un matrimonio simplemente nulo, ya que se hubiera entendido que jamás habría habido matrimonio. Posteriormente se interpuso recurso de casación en el fondo en contra de esta sentencia, en la causa rol 3503-2018, sin embargo, éste aún no cuenta con fallo favorable o desfavorable.

Finalmente, la causa rol 1450-2017 por la Corte de Apelaciones de San Miguel. Las partes habían estado casadas, y se encontraban divorciadas al tiempo de la demanda, sin que hubieran liquidado la sociedad conyugal. El inmueble de marras había sido adquirido durante la vigencia del matrimonio, por la mujer y demandante, de conformidad al art. 11 de la Ley N°16.392 y los arts. 150 y 1749 C.C. Teniendo en cuenta esto, la Corte decidió acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto por la actora, argumentando que la calidad de ex cónyuge ostentada por el demandado, no atribuía derecho para permanecer en el inmueble y tampoco constituía un título de ocupación que lo habilitara para oponerse y enervar la acción de precario, por lo que a juicio de la Corte de Apelaciones, éste no era un título válido, y se debía acoger la acción¹¹⁸.

A nuestro parecer, el matrimonio vigente, aunque exista separación de hecho, si constituye un título válido para la ocupación de un bien, ya sea de propiedad de la sociedad conyugal o del otro cónyuge, especialmente cuando la ocupación también va acompañada de hijos en común.

En cambio, respecto del matrimonio disuelto, consideramos que no es un título apto para enervar la acción de precario. Una vez terminado el matrimonio cesan las obligaciones de vivir juntos, cohabitar ni auxilio mutuo. Por consiguiente, que no existe obligación alguna entre los ex cónyuges que obligue a un tercero extraño dueño del bien, a tolerar la ocupación.

Sin perjuicio de lo anterior, opinamos que en los casos en que sociedad conyugal no se ha disuelto, y uno de los cónyuges continúa viviendo en el inmueble que servía como hogar común, tras el fin del matrimonio, no procedería la acción de precario durante la comunidad y hasta que liquidación de la sociedad conyugal. Esto debido a las reglas del cuasicontrato de comunidad, y especialmente teniendo en cuenta el artículo 2081 N°2 que

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1450-2017, de 06 de octubre de 2017. Cuarta Sala, considerando quinto.

establece el derecho de cada comunero a servirse para su uso personal de las cosas comunes.

5.2. Convivencia

El profesor Hernán Corral respecto de las uniones afectivas no matrimoniales se refiere a la convivencia "*more uxorio*" como "aquellas relaciones de hombre y mujer que tienen tales notas de estabilidad, permanencia y notoriedad que en la práctica, no se diferencian sustancialmente de un matrimonio formal. Aquí, los convivientes se consideran y viven como si verdaderamente fueran marido y mujer, y son tenidos por tales en el círculo social que los rodea"¹¹⁹.

Si bien el profesor Corral nos entrega los lineamientos generales de esta institución, nos parece que la relación de convivencia no se acota únicamente a la unión de hecho entre personas de distinto sexo, sino que también a las relaciones homosexuales que también cumplen con el carácter de afectividad, estabilidad, permanencia y notoriedad.

No obstante lo anterior, en nuestra investigación únicamente encontramos casos de relaciones de convivencia heterosexuales.

La jurisprudencia no es conteste. Por un lado, distinguimos una posición que se inclina por acoger la acción de precario cuando el título esgrimido es una relación de convivencia, y por otro, una postura que entiende que las relaciones de convivencia o concubinato sí son un título válido para oponerse a dicha acción.

Respecto de la primera postura, se ha resuelto en la causa 1541-2008, por la Corte Suprema. En este caso, la demandante era una sociedad cuyo socio mayoritario y representante legal había convivido por más de diez años con la demandada, quien continuó viviendo en el inmueble objeto del litigio una vez que la relación entre ellos finalizó. La Corte consideró que esto no conformaba un título de ocupación ni significaba que ese estado pudiera prolongarse indefinidamente en el tiempo, y que la demandada llevaba a cabo su ocupación amparada únicamente en la mera tolerancia, por lo que sí era procedente acoger la acción de precario¹²⁰.

¹¹⁹ CORRAL, Hernán. Concepto y Reconocimiento Legal de la "Familia de Hecho". EN: Revista Chilena de Derecho, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, No. 1 (Enero - Abril 1990), pág. 56.

¹²⁰ Corte Suprema, causa rol 1541-2008, de 25 de marzo de 2009. Primera Sala, considerando sexto.

Este mismo criterio siguió el fallo dictado en la causa rol 11862-2014, en que la demandada se defendió aduciendo una relación de pareja y concubinato por más de 10 años con el demandante, quien, una vez terminada esta relación, abandonó el hogar común, previo acuerdo para que ella continuara viviendo en el inmueble *sub lite*. La Corte Suprema sostuvo “que sobre la base de los hechos descritos en el fundamento que precede, los jueces del fondo, considerando que las situaciones de hecho alegadas por la demandada (concubinato por más de 10 años) en caso alguno pueden constituir un título válido y suficiente, que le permita generar un antecedente, o justo título, para ocupar el inmueble”¹²¹. Sin embargo, cabe señalar que esta decisión fue tomada teniendo en cuenta que, en primera instancia, no se demostró la convivencia por más de 10 años entre los litigantes.

También encontramos la causa rol 29095-2014, en la que el actor, había celebrado un contrato de arrendamiento. Por ello, el arrendador se trasladó a vivir allí junto con su pareja y conviviente, quien fue la demandada de autos, hasta que la relación se terminó, y sólo ella continuó viviendo en el lugar. La demandada se defendió diciendo que inició su tenencia por su relación de pareja con el ex arrendatario del inmueble, (con quien, además el mismo demandante mantenía un juicio paralelo contra éste por término de contrato). La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, estimó que en primera instancia no se había logrado acreditar la relación familiar con el arrendatario, ya que fue la misma demandada quien había declarado que él ya no vivía en el inmueble, por lo que el título invocado por la demandada, no tenía la aptitud de vincular jurídicamente a la tenedora con el propietario, de forma tal de situar a su dueño en posición de tener que respetar esa tenencia¹²².

Un razonamiento parecido siguió el fallo dictado en la causa rol 1170-2014 por la Corte de Apelaciones de San Miguel. La demandada había sido conviviente por largo tiempo del dueño del inmueble *sub lite*, y vivió allí junto a él, y su hijo en común, hasta que la relación terminó, y el demandante y propietario hizo abandono del hogar. La Corte señaló expresamente que en el caso de autos, “no existe norma legal de especie alguna que regule, mucho menos que le confiera a la filiación no matrimonial o aun, a la convivencia al margen del matrimonio la potestad de constituir un título que resulte oponible al propietario en términos que la misma ley lo ponga en situación de respetarlo y, (...) no pueden

¹²¹ Corte Suprema, causa rol 11862-2014, de 17 de marzo de 2015. Primera Sala, considerando tercero.

¹²² Corte Suprema, causa rol 29095-2014, de 10 de diciembre de 2014. Cuarta Sala, considerando noveno y décimo.

pretender que basta el goce inmemorial de la cosa bajo las formas antes expuestas configuran un mejor derecho que desestima la ocupación precaria en la que han permanecido en el inmueble los demandados de autos”, rechazando de esta manera la convivencia como un título apto para enervar la acción¹²³.

En este sentido, en la causa rol 2146-2014, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rechazó un recurso de apelación interpuesto por la demandada, quien había sido conviviente por más de 20 años del demandante. Sin embargo, ésta opuso como título no su relación de convivencia propiamente tal, sino que aseveró que existía una comunidad entre ambos durante todo el tiempo que duró su relación, por lo que ella era también dueña del inmueble objeto del litigio. La Corte rechazó este argumento, confirmando la sentencia de primera instancia que acogía la acción de precario, señalando que la convivencia no se acreditó en el juicio por la cantidad de años que la demandada mencionaba y argumentando además que la mera existencia de un concubinato o de una relación no precedida de un matrimonio, no supone per se la existencia de un cuasicontrato si ella, como lo sostiene la jurisprudencia en la materia, no va "...acompañada de la comprobación de los aportes realizados en común, o que existió un trabajo, industria u otra actividad conjunta que dio pábulo al cuasicontrato en referencia" (Corte Suprema, Rol 1421-09 "I.P., M.E. con V.R., A.E. y otra", sentencia de 14 de octubre de 2010)", cuestión que tampoco había sido probada en su oportunidad¹²⁴.

Finalmente, encontramos la sentencia dictada en la 5092-2017 por nuestro máximo tribunal, que rechazó el recurso de casación en el fondo, en el cual la demandada argumentaba que ella habitaba la propiedad por haber mantenido una relación de convivencia con el anterior dueño, y causante de los demandantes; pero la Corte opinó que carecía de título que la habilitara para hacer ocupación legítima del inmueble, rechazando el recurso interpuesto, correspondiendo dar lugar a la acción¹²⁵.

Sin embargo, como indicamos anteriormente, existe jurisprudencia en el sentido contrario, que se inclina por considerar que la convivencia sí puede considerarse un título válido para justificar la tenencia.

¹²³ Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1170-2014, de 12 de febrero de 2015, considerando cuarto.

¹²⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa rol 2146-2014, de 30 de julio de 2015. Segunda Sala, considerando octavo.

¹²⁵ Corte Suprema, causa rol 5092-2017, de 14 de marzo de 2017. Primera Sala, considerando tercero.

Así se ha resuelto, por ejemplo, en la causa rol 8134-2016, de nuestro máximo tribunal, conociendo de recursos de casación en la forma y fondo. La demandada había sido conviviente con el anterior dueño del inmueble, hasta que éste falleció, y luego de su muerte ella continuó viviendo en él. Sin embargo, éste había enajenado la propiedad a un tercero, quien era el actor, y solicitaba la restitución alegando que un vínculo de convivencia no podía ser considerado un título. La Corte confirmó la decisión que se había tomado en primera y segunda instancia, que desechaba la acción de precario, sosteniendo que la ocupación que hacía la demandada, no podía ser considerada un acto insignificante, pues se trata de su casa-habitación en la que vivía con su hija, y además, esta tenencia tenía la calidad de continua, pública y excluyente, por lo que no concurría ignorancia ni mera tolerancia, correspondiendo rechazar la acción¹²⁶. Sin embargo, fue acordada con el voto en contra del abogado integrante Sr. Pizarro, quien fue de la opinión de dar lugar a la demanda de precario, arguyendo “que teniendo para ello en consideración que la demandada no cuenta con un título oponible al propietario y demandante de la restitución del inmueble. La situación fáctica de haber convivido la demandada con el anterior propietario no constituye un antecedente que permita evitar que el propietario en el ejercicio de la acción de precario pueda alcanzar la restitución del inmueble”.

Un criterio similar siguió el fallo dictado en la causa rol 2043-2008, en la que los demandantes eran parte de la sucesión del dueño anterior del inmueble, en el que vivía la conviviente del causante, hace más de treinta años, junto a sus dos hijos, quienes, también forman parte de la sucesión, pero no comparecieron como demandantes. La Corte Suprema sostuvo que podía inferirse que los hijos de la demandada, en calidad de herederos del anterior dueño, le habían otorgado una autorización tácita a su madre para ocupar la propiedad, por lo que no había mera tolerancia y por consiguiente, no se configuraba el precario¹²⁷.

En este sentido encontramos la sentencia dictada en la causa rol 36-2016 por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, causa en la que la demandada había ingresado al inmueble de marras con su ex conviviente, quien suscribió un contrato de compraventa mediante un instrumento privado, el que posteriormente utilizó para regularizar su situación posesoria a través del D.L. 2695, logrando adquirir el dominio por la prescripción adquisitiva especial de dicho cuerpo normativo. La demandada y su ex conviviente, y en ese entonces, dueño del inmueble, construyeron una casa en ese predio, y vivieron allí por más de 15

¹²⁶ Corte Suprema, causa rol 8134-2016, de 07 de marzo de 2017. Cuarta Sala, considerando segundo.

¹²⁷ Corte Suprema, causa rol 2043-2008, de 23 de junio de 2009. Primera Sala, considerando décimo tercero.

años, hasta que terminaron su relación, y sólo la demandada continuó habitando el lugar. Su ex conviviente enajenó la propiedad a un tercero, quien fue la demandante de autos. La Corte de Apelaciones confirmó el fallo dictado en primera instancia que rechazaba la acción, argumentando que “puede inferirse, sin lugar a dudas, de que el animo que inspira a la demandada para ocupar deviene de lo que estima constituye el ejercicio de un derecho adquirido por su anterior pareja y que ello no se ha verificado por la pura y exclusiva condescendencia del actor. En efecto, la mera tolerancia que esgrime la actora como razón de ocupación del predio por parte de la demandada, se ve desmentido por el conocimiento innegable que aquella tuvo respecto del inmueble cuya posesión adquirió el conviviente de la demandada, con quien edificó y vivió en ella por un lapso, de al menos, quince años (...) La demanda no podrá prosperar, toda vez que la tenencia de la cosa en poder de la demandada se ha acreditado que obedece y se justifica, por la existencia de un título, imperfecto o injusto, pero que permite la vinculación jurídica de la tenedora u ocupante con el predio”¹²⁸. Sin embargo, el voto disidente de los Ministros Sres. Araneda y Sepúlveda fueron partidarios de acoger la demanda, fundamentando que “respecto del documento que rola a fojas 40, correspondiente a un certificado de carácter privado, (...) no es el medio legal permitido para acreditar la compraventa de un bien raíz, sin perjuicio de lo cual, la supuesta venta a que hace referencia en ese documento es entre don David Mansilla Gallardo y don Juan Carlos Milahuichun Gueicha, tercero ajeno a este juicio, en tanto que (...) los certificados de nacimiento antes mencionados por su naturaleza no constituyen títulos suficientes que pueda configurar una relación jurídica entre las partes de este juicio, de modo que la demandada carece de un título que la habilite para la tenencia del inmueble de la demandante”.

Un criterio semejante se siguió en la causa rol 10336-2017, en la que las partes habían sido convivientes por más de doce años, desde antes que se trasladaran a vivir al inmueble *sub lite*, el que fue adquirido por el demandante. Allí tuvieron cuatro hijos, y luego de que la relación de convivencia terminara, el actor hizo abandono del hogar común y acordó con la demandada que ésta continuaría viviendo ahí hasta que el menor de sus hijos cumpliera la mayoría de edad. La Corte Suprema, frente a esto, sostuvo que esta relación de convivencia sí era un título válido, señalando que sí era posible establecer un vínculo de hecho suficiente entre el inmueble y su ocupante, dados los hechos que, probados, en particular, las relaciones de familia existentes entre las partes, en cuyo mérito

¹²⁸ Corte de Apelaciones de Coyhaique, causa rol 36-2016, de 20 de julio de 2016. Primera Sala, considerando octavo.

la demandada ocupaba el inmueble en tanto madre de sus hijos y por haber sido el lugar de residencia habitual de la familia.¹²⁹

Otra sentencia en que se reconoce una relación de convivencia como un título válido, es la dictada en causa rol 107-2013, por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. En este caso, la demandada había iniciado su tenencia en el inmueble como conviviente por más de 20 años del dueño anterior, causante de los demandantes; y luego de su muerte, continuó viviendo en el lugar. La Corte consideró que pese a que la relación de convivencia es una situación de hecho, no por ello no podía ser considerado un título, ya que ésta “no es un simple hecho que prescinda de relaciones jurídicas sino que constituye una circunstancia guiada por fines comunes entre las cuales está la cohabitación y la compañía mutua”, añadiendo que incluso se reconoce en diversas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico. La Corte sostuvo además que, dado que la convivencia genera relaciones personales y familiares, que si bien no constituyen un título jurídico, que pueda ser traslativo de dominio o que sea generador de derechos personales transmisibles, obligaban a los herederos del causante, como sus sucesores, a respetar este hecho jurídico que evidentemente descarta la ignorancia y mera tolerancia que exige el precario, porque lógicamente, para ninguno de ellos era desconocida la convivencia y, en opinión de la Corte, no era la tolerancia la que justificaba la tenencia, sino el hecho de haber convivido por más de veinte años con el causante¹³⁰.

En nuestra consideración, nos parece correcto que a la convivencia se le dé protección al igual que al matrimonio, ya que, no obstante tratarse de una situación de hecho, la convivencia constituye familia. Debemos además tener en consideración el artículo 1° inciso 2° de nuestra Constitución, que indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y es deber del Estado dar protección y propender a su fortalecimiento, sin distinguir si se trata de familia matrimonial o no matrimonial, por lo que si hay una relación de convivencia vigente, debe ser considerada un título apto para enervar la acción de precario.

5.3. Parentesco

Frente a estos casos, la tendencia jurisprudencial mayoritaria de nuestros Tribunales Superiores de Justicia es mayoritaria en cuanto a rechazar la acción cuando el

¹²⁹ Corte Suprema, causa rol 10336-2017, de 28 de junio de 2017. Cuarta Sala, considerando cuarto.

¹³⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 107-2013, de 27 de mayo de 2013. Primera Sala, considerandos sexto y séptimo.

título invocado son vínculos de filiación; esto por el valor de los bienes jurídicos envueltos, como el interés superior del niño, niña y adolescente, que prevalecen sobre el derecho de dominio y otros bienes de carácter patrimonial.

De esta manera podemos citar la causa rol 10374-2017, en la que la Corte Suprema revocó la decisión tomada en primera y segunda instancia, resolviendo que lo pertinente era rechazar la acción de precario entablada. En este caso, las partes tenían un hijo en común, del cual la demandada tenía a su cargo el cuidado personal, y por ello vivían en el inmueble de propiedad del demandante desde siempre. La demandada y madre del niño, argumentaba que al haberse acogido la acción se infringía el artículo 222 C.C., al no considerarse la obligación que recae sobre los padres de velar por el interés superior de sus hijos, procurando que tengan la mayor realización posible tanto en un ámbito espiritual como material, entendiéndose que este último incluye la necesidad que tiene un hijo de que se le otorgue una vivienda en la cual pueda vivir y desarrollarse de manera tranquila. Sin embargo, se le estaba exigiendo que abandonara el hogar donde siempre ha vivido con su hijo, dado que tiene su cuidado personal.

Además, se alegaba que sobre el padre y demandante pesa el deber de alimentos respecto del hijo, que lo obligaba a proporcionarle vivienda, alimentación, educación y salud, entre otros, lo que se veía vulnerado manifiestamente si se permitía que el menor y su madre fueran despojados de su hogar, significando esto un cambio en su posición social y en la forma en que se ha llevado a cabo la vida del menor durante toda su existencia.

Ante ello, la Corte consideró que el hecho que la demandada conjuntamente con el hijo de las partes habitara la propiedad amparada en el cuidado personal que ejerce respecto del niño, era suficiente para concluir que su tenencia no es una cuestión meramente fáctica que el dueño haya tolerado, sino producto del vínculo de filiación que lo une con el hijo en común de las partes, toda vez que, efectivamente, existe justo título que habilita a la demandada a ocupar la propiedad.

La Corte agregó también, que no era posible pretender la restitución del inmueble mediante la acción de precario pues esta es una acción patrimonial inidónea para este efecto, sino que debía discutirse en la sede correspondiente. En este fallo además, el Ministro Sr. Ricardo Blanco si bien también concurrió a la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo, hizo la prevención que el título de la demandada para permanecer

en el inmueble deriva de su calidad de representante del hijo de las partes, título que reconoce como límite la emancipación o mayoría de edad del niño¹³¹.

Un razonamiento semejante se siguió en el fallo dictado en la causa rol 31169-2018. La demandada contrajo matrimonio con uno de los demandantes, con quien tuvo dos hijos de filiación matrimonial con quienes vivía en el inmueble *sublite*. Con posterioridad al divorcio, se interpuso la acción de precario por parte de los herederos del dueño anterior, la ex cónyuge y dos hijos, uno de los cuales era el padre de los menores que habitaban el inmueble.

En primera y segunda instancia se rechazó la acción de precario por considerar que la filiación sería un título válido para enervar la acción. La Corte Suprema, por su parte, rechazó el recurso de casación en el fondo siguió el mismo criterio, ya que consideró que esto era suficiente, “en particular, las relaciones de familia existentes entre las partes, en cuyo mérito los demandados ocupan el inmueble en tanto ex cónyuge y madre de dos de los demandados, que son hijos de uno de los demandantes y por haber sido el lugar de residencia habitual de la familia desde 1989”¹³².

Igual razonamiento se siguió por la Corte de Apelaciones de Concepción en causa rol 840-2018, en que la demandada era la ex cónyuge del actor y vivía en el inmueble con sus dos hijos, nacidos durante la vigencia del matrimonio. Al respecto, la Corte estimó que se debían considerar las relaciones de familia y el interés de los hijos menores de edad del actor y demandada, lo que permitía presumir que la ocupación se encuentra amparada precisamente en estos especiales vínculos extrapatrimoniales que entre el grupo familiar resultan perfectamente oponibles y que son algo más que una mera tolerancia o ignorancia. Además, señaló que en este caso, aún careciendo de un título formal, no se configuraba la mera tolerancia, pues el despojo y restitución del inmueble se dirige en contra de la ex cónyuge e hijos comunes del actor¹³³.

En este sentido encontramos también la causa rol 8135-2017. En este caso, la demandada ocupaba el inmueble de autos que era de propiedad de su suegro y demandante. Allí vivía ella, con su cónyuge y sus tres hijos, hasta que su marido abandonó el hogar común, al separarse sólo de hecho. Luego, en el marco de un juicio de alimentos,

¹³¹ Corte Suprema, causa rol 10374-2017, de 08 de agosto de 2018. Cuarta Sala, considerandos quinto y sexto.

¹³² Corte Suprema, causa rol 31169-2018, de 14 de febrero de 2019. Cuarta Sala, considerando cuarto.

¹³³ Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 480-2018, de 27 de julio de 2018. Segunda Sala, considerandos tercero y cuarto.

los cónyuges suscribieron un acuerdo de mediación familiar, en el que estipularon una pensión de alimentos y que la casa en la que vivían continuaría siendo el hogar de la demandada junto a sus hijos, señalando que la propiedad pertenecía al padre del marido. Ante ello, la Corte Suprema consideró que sí existía un título habilitante para ocupar la propiedad, dado por el acuerdo de mediación en el que regularon los alimentos que se debían a los hijos comunes, y que agregó además que esto no vulneraba el derecho de propiedad del actor, en la medida que no se imponía gravamen alguno a la propiedad inscrita a su nombre¹³⁴. Además, nuestro máximo tribunal sostuvo que esta no era la acción idónea para obtener la restitución del inmueble, señalando: “no puede aceptarse que por la vía del precario pueda instarse a recuperar un inmueble que fue aportado por el hijo del demandante para solucionar un conflicto de familia y, específicamente, de alimentos que se impetraron en favor de los nietos del actor”¹³⁵.

A una resolución similar se llegó por la Corte Suprema, en la sentencia dictada en la causa rol 6163-2017. Las demandadas, en este caso, eran las hijas de la anterior dueña, quien había vendido el inmueble al demandante, (quien además era cuñado de las demandadas), reservándose el usufructo vitalicio. La Corte decidió que sí existía un título que habilitaba a las demandadas para ocupar el inmueble, y en razón del cual habían iniciado su tenencia, era el parentesco que las unía con su madre y antigua propietaria, tornándose claro que dicha tenencia no era consecuencia de la ignorancia o mera tolerancia del actor, sino en virtud del vínculo familiar existente entre las partes¹³⁶. Sin embargo, fue acordada con el voto en contra del abogado integrante Sr. Pizarro, quien fue de la opinión de acoger la acción de precario, argumentando que el razonamiento de la Corte pugna con las reglas del usufructo al considerar que se extiende a las hijas de la usufructuaria, además de omitir que dicho derecho se extingue por la muerte de su titular. Advierte además, que la venta del inmueble y la tradición se efectuaron con anterioridad a la muerte y a la acción de petición de herencia, por lo que resulta irrelevante en la especie. En suma, la ocupación es por mera tolerancia del actual propietario, pues las demandantes carecen de título o contrato, encontrándose ahí por la mera facticidad, sin que puedan esgrimir derecho alguno que justifique la ocupación.

A la misma conclusión se llegó en la sentencia dictada en la causa 693-2016, por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. En este caso, las demandadas vivían con la anterior dueña del inmueble, quien era su abuela y suegra, quien vendió la nuda propiedad

¹³⁴ Corte Suprema, causa rol 8135-2017, de 09 de abril de 2018. Primera Sala, considerando cuarto.

¹³⁵ Corte Suprema, causa rol 8135-2017, de 09 de abril de 2018. Primera Sala, considerando segundo.

¹³⁶ Corte Suprema, causa rol 6163-2017, de 20 de enero de 2018. Cuarta Sala, considerando sexto.

al actor y tío de las demandadas, reservándose el usufructo vitalicio. Ante esto, la Corte decidió confirmar la decisión tomada en primera instancia que rechazaba la acción, estimando que, dado que luego de la muerte de la usufructuaria y anterior dueña, las demandadas continuaron ocupando el inmueble hasta la época de la demanda, podía concluirse que dicha ocupación no obedecía sólo a ignorancia o mera tolerancia del dueño; es decir, en opinión de la Corte, de otra forma no se explicaba que, terminado el derecho real de usufructo con la muerte de la usufructuaria, la ocupación se prolongó casi por dos años y medio más, hasta la interposición de la demanda¹³⁷.

Otro caso que podemos citar es la causa rol 1604-2014, en la que las partes eran hermanos. La actora alegaba que su hermano permanecía en el inmueble sólo por su mera tolerancia, ya que ella lo había autorizado a vivir allí, transitoriamente, mientras regularizaba su situación económica, pero una vez que le solicitó la restitución del bien raíz; él se negó. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, confirmó la sentencia dictada en primera instancia, que rechazaba la acción, por no haber controversia en el vínculo de filiación entre las partes, y porque la misma demanda daba cuenta de un acuerdo de voluntades mediante la cual la demandante entregó en forma gratuita a su hermano el inmueble sub lite, para que le sirviera de morada mientras resolvía algunos problemas, constituyendo esto un comodato o préstamo de uso y, aun aceptando que no se fijó un plazo para la restitución sino una condición, dicho acuerdo derivaba, en opinión de la Corte, en precario, a la luz del artículo 2195 inciso 1º del Código Civil¹³⁸. Resulta interesante el voto en contra del Ministro Sr. Clavería, quien es de la opinión de, actuando de oficio, declarar la incompetencia absoluta del tribunal en razón de la materia, considerando que “el despojo del inmueble constituye un acto de violencia intrafamiliar, como también el asentamiento discrecional por parte hermano, en términos de desconocer la voluntad de su propietaria, ambas situaciones sin lugar a dudas no pueden resolverse por la vía del derecho civil, porque hay un principio mayor en juego que está vinculado con el concepto de familia y de las relaciones filiales, desde que las partes tienen una filiación de hermanos”.

Este mismo criterio comparte la causa rol 790-2016, caso en que el inmueble fue comprado por el padre para su hijo, quien era menor de edad y relativamente incapaz, siendo éste último el titular del dominio. En la propiedad vivía éste junto a su madre, y la

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 693-2016, de 03 de enero de 2017. Primera Sala, considerando séptimo.

¹³⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 1604-2014, de 24 de marzo de 2015. Primera Sala, considerando cuarto.

acción de precario fue entablada por el padre del niño, en su calidad de titular de la patria potestad. La Corte sostuvo que la patria potestad corresponde a ambos padres a falta de previo acuerdo, y que la madre del niño y demandada estaba haciendo ocupación del bien no por ignorancia o mera tolerancia del dueño, si no que en el ejercicio de su derecho legal de goce que también recibe el nombre de usufructo legal, conforme al inciso final del artículo 252 del Código Civil¹³⁹.

Finalmente, encontramos la causa rol 5450-2017, en la que la demandada vivía en el inmueble junto a su abuela hace más de 20 años, y cuando ésta última hizo abandono del inmueble por razones de salud, una de las demandantes, quien además era tía de la demandada, la autorizó a permanecer allí por un año. La Corte consideró que no había mera tolerancia, porque el uso del inmueble había sido consentido expresamente por una de las demandantes, en razón de los lazos familiares que unen a las partes¹⁴⁰.

Sin embargo, nuestro máximo tribunal ha seguido el criterio opuesto frente a hechos semejantes, por ejemplo, en el fallo dictado en la causa rol 33766-2017, la demandada era hija del actor, quien había estado casado con la madre de aquélla. La demandada alegaba ser hija y heredera de su madre, quien supuestamente era dueña de derechos y acciones sobre el inmueble, el que había sido adquirido un año antes de la celebración del matrimonio, aludiendo a que éste era el título que amparaba su tenencia. Pero la Corte Suprema consideró que, dado que la “demandada solo probó que es la hija sobreviviente de doña Ascensión Salas Salas, quien no era dueña de derecho alguno sobre el inmueble, toda vez que fue adquirido por el demandante con anterioridad al matrimonio que celebraron, 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 del actor”¹⁴¹.

Resulta paradójica la decisión adoptada en esta sentencia, pues, al igual que en casos anteriores, la ocupación del inmueble por parte de la demandada se explicaba por su calidad de hija matrimonial del actor, sin embargo, la Corte Suprema estimó que ello no bastaba como título, pese a que en ocasiones anteriores ya había reconocido expresamente la filiación como una defensa válida que conlleva el rechazo de la acción de precario.

¹³⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, causa rol 790-2016, de 14 de marzo de 2017. Primera Sala, considerando vigésimo.

¹⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 5450-2017, de 30 de junio de 2017. Quinta Sala, considerando séptimo.

¹⁴¹ Corte Suprema, causa rol 33766-2017, de 10 de diciembre de 2018. Cuarta Sala, considerando cuarto.

Consideramos que respecto a este tema es especialmente relevante tener en consideración las circunstancias fácticas que envuelven la interposición de esta acción y en vínculo de parentesco que se invoque. Por ejemplo, si se trata de menores de edad o personas es un estado desaventajado económicamente, cuya ocupación o tenencia del bien ha sido precedida por el beneplácito del dueño, no debería proceder la acción de precario, ya que el derecho de dominio cede ante un bien jurídico superior extrapatrimonial en estos casos.

Finalmente, también es importante considerar que si el título que se invoca se relaciona con el derecho de alimentos, existente entre el demandante y demandado, o descendientes de éste, los tribunales competentes para conocer de estos conflictos serían los Tribunales de Familia.

6. Posesión

En este acápite, nos detendremos en analizar las situaciones en que el precarista se defiende como poseedor del bien discutido, debido a que no es pacífico en la jurisprudencia cómo este conflicto debe ser resuelto.

Nos encontramos en presencia de un conflicto entre la denominada “posesión material” y la teoría de la posesión inscrita. Esta última, es aquella que, a grandes rasgos, plantea que la inscripción de un inmueble constituye requisito, prueba y garantía de la posesión de bienes inmuebles. Corresponde a una ficción legal, mediante la cual el poseedor inscrito, por el sólo hecho de la inscripción a su favor, tiene los elementos corpus y ánimus de la posesión.

En nuestro ordenamiento jurídico, la posesión de los bienes inmuebles se adquiere mediante la debida inscripción, de acuerdo al art. 724 C.C., y por medio de esta misma, es que también se realiza la tradición, dando lugar al derecho de dominio. Típicamente, en los juicios de precario, el actor acompaña la correspondiente inscripción de dominio vigente, probando su dominio, de conformidad a la teoría de la posesión inscrita.

El problema surge, en los casos en que el demandado alega tener la “posesión material” del bien objeto del litigio, concurriendo a su respecto el corpus y el ánimus mas no la inscripción conservatoria, argumento que, siguiendo estrictamente la teoría de la posesión inscrita, no tendría asidero jurídico. Sin embargo, como se ha señalado en

doctrina, “la posesión, entendida como un concepto ideal que solo puede adquirirse, conservarse o perderse conforme a una inscripción conservatoria, ha sido puesta en entredicho por la jurisprudencia, a lo menos respecto a la concurrencia de acciones reales”¹⁴². En este sentido también se ha dicho que la inscripción no debe ser sólo “de papel”, porque la inscripción solemniza un hecho que es verdadero como es la posesión, es decir, que requiere que ésta exista efectivamente¹⁴³.

Esta situación, deriva en una pugna en cuanto a la procedencia del uso de la acción reivindicatoria versus otras acciones reales, tales como la acción de precario. Si bien “nuestra doctrina hace años que ha puesto de relieve que, en el diseño de Bello, la acción de precario era una figura excepcional y totalmente marginal con relación a la acción reivindicatoria”¹⁴⁴, esto no se manifiesta en la práctica, siendo la acción de precario es mucho más usada en razón de su procedimiento.

En principio, la tendencia jurisprudencial mayoritaria, se ha inclinado tradicionalmente por acoger la acción de precario cuando el título alegado es la posesión, es decir, rechazando su aptitud para enervar la acción, entendiendo que lo procedente sería una acción reivindicatoria para obtener la restitución del inmueble, considerando que el juicio de precario no es la oportunidad para discutir el dominio. Sin embargo, en el último tiempo, es posible encontrar fallos que optan por la postura contraria.

En primer lugar haremos una revisión de la jurisprudencia que sigue el primer criterio, rechazando la posesión como un título válido. En este sentido, encontramos la causa rol 1708-2008, caso en el que la demandada alegó que su marido, fallecido, había ejercido labores de cuidador en el predio por más de 50 años, y que además, al tiempo de la demanda ya había presentado una solicitud de regularización conforme al procedimiento en el D.L. 2695. Los demandantes se habían adjudicado el bien raíz como resultado de la liquidación de los bienes quedados al fallecimiento de sus padres. La Corte Suprema decidió que la decisión tomada por el tribunal de primera instancia, y confirmada en segunda instancia, de acoger la acción de precario por no existir un título válido, era correcta pues los poseedores inscritos no se encontraban en la obligación de tolerar la ocupación. Sin embargo, mantuvieron también lo decidido en cuanto al plazo para la restitución, que se había fijado en 6 meses, desde ejecutoriada la sentencia, en atención a

¹⁴² BARCIA, Rodrigo. “La Concurrencia de Acciones Reales y Posesión Material”. EN: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte - Año 24 No 1, 2017, pág. 100.

¹⁴³ URRUTIA, Leopoldo. “Vulgarización de la Posesión ante el Código Civil Chileno”. EN: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, 1934, pág. 11.

¹⁴⁴ BARCIA, Rodrigo. Op cit. Pág. 84.

la situación económica y edad de la precarista, lo que llama la atención, pues típicamente el lanzamiento se ordena de inmediato, sin establecer plazos¹⁴⁵.

Una decisión similar se mantuvo en la causa rol 3002-2008 de la Corte Suprema. En dicha causa, se demanda a la Municipalidad de Llanquihue para obtener la restitución de un terreno ocupado como cancha de fútbol. Se defiende la precarista alegando que no era efectivo que carece de un título de tenencia, pues este estaba constituido en la autorización que le fue otorgada por escrito, y que la habilitaba para ser poseedora material del inmueble desde hace más de 40 años. Indica que el año 1960 la dueña de ese entonces le autorizó para realizar trabajos en dicho terreno para habilitarlo como cancha de fútbol, y que “en su oportunidad” serían vendidos a la municipalidad. Si bien los trabajos se realizaron, la compraventa nunca se suscribió, por lo que no figuraba a nombre de la Municipalidad la inscripción conservatoria a pesar que desde ese entonces ésta ocupaba los terrenos.

Ante estos hechos, sentencia nuestro máximo tribunal: “En el caso en análisis, el único antecedente con el cual se ha pretendido demostrar la tenencia del predio por parte de la demandada es el manuscrito agregado a fojas 37, instrumento que consiste en una autorización dada en el año 1960 por doña Ema Córner vda. de Müller a don Hardy Stange Heim para iniciar trabajos de habilitación de una cancha de fútbol en el terreno que la primera indica es de su propiedad. Tal documento no puede estimarse reúna las características a que se ha hecho mención precedentemente y que permitan otorgarle el carácter de título justificativo de la ocupación del terreno de que es dueño el actor, por cuanto no se le puede reconocer la aptitud de vincular jurídicamente a la tenedora con el predio, de forma tal de situar a su propietario en posición de tener que respetar la tenencia, resultando que el título esgrimido no le empece al demandante, dueño inscrito del inmueble, razón por la cual no se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación”¹⁴⁶.

En el mismo sentido, podemos mencionar la causa rol 3334-2009. En ella, el precarista se defiende señalando tener la posesión del inmueble que ocupa, alegando que los demandantes carecen de legitimación activa para interponer esta acción, debido a que no son propietarios indiscutidos y absolutos del inmueble sub-lite. Agrega que estos últimos nunca han tenido la posesión material del terreno, constando únicamente de una inscripción de papel obtenida con ocasión de la tramitación de un juicio sobre regularización

¹⁴⁵ Corte Suprema, causa rol 1708-2008, de 23 de abril de 2009. Primera Sala, considerando sexto y séptimo.

¹⁴⁶ Corte Suprema, causa rol 3002-2008, de 21 de julio de 2009. Primera Sala, considerando séptimo.

de pequeña propiedad raíz. Asimismo, arguye que la demandada carece de legitimación pasiva por cuanto no detenta la ocupación material del inmueble como mera tenedora a cuenta de alguien o reconociendo dominio ajeno, sino como verdadera poseedora con ánimo de señor y dueño.

En esta oportunidad la Corte realiza un análisis de la teoría de la posesión inscrita, concluyendo que “al resultar acreditado que los demandantes son poseedores inscritos del inmueble sobre el cual recae este litigio y que la demandada ocupa materialmente dicha propiedad, correspondía que esta última justificara el título de tal tenencia, cuestión que no hizo, según dejaron consignado, correctamente, los magistrados de la instancia, lo que lleva a concluir de manera indefectible que la ocupación que aquélla ejerce sobre la finca cuya restitución se pretende obedece a la mera tolerancia de la parte demandante (...)”¹⁴⁷.

Otro caso similar es la causa rol 8448-2010, en la que los precaristas se defienden afirmando tener la posesión material de inmueble hace aproximadamente 30 años. En dicho lapso de tiempo, señalan haber levantado diversas construcciones, sin que se les haya solicitado la restitución por los antecesores de la actual duela y demandante.

Al respecto, la Corte considera “Que, en el caso de autos, “el título” que se tuvo por bastante por los jueces de la instancia para justificar la tenencia del predio por parte de los demandados, es “el que emana del hecho de ser poseedoras materiales del mismo, esto es, con ánimo de señor y dueño” (...) A la luz de lo reflexionado en los motivos que anteceden, debe necesariamente concluirse que este pretendido título no reúne las características a que se ha hecho mención precedentemente, de forma tal de situar a la propietaria del predio en posición de tener que respetar esa tenencia, por lo que la actora no se encuentra en este caso en el imperativo de tolerar la ocupación de los demandados”¹⁴⁸.

Siguiendo el mismo criterio, en causa rol 145-2013 de la Corte de Apelaciones de Temuco, la precarista esgrime como defensa ser poseedora del inmueble por más de 40 años, habiendo colocado cercos, pagado los servicios básicos desde el año 1985 en adelante, e incluso edificado una vivienda con fondos públicos en ella, lo que probó mediante prueba instrumental y testimonial. Sin embargo, se consideró que ninguna de dichas pruebas permitían doblegar lo prescrito en el artículo 724 del Código Civil, que

¹⁴⁷ Corte Suprema, causa rol 3334-2009, de 10 de agosto de 2010. Primera sala, considerando decimotercero.

¹⁴⁸ Corte Suprema, causa rol 8448-2010, de 20 de diciembre de 2012. Primera sala, considerando décimo.

radica la posesión en el titular de la correspondiente inscripción conservatoria. Por lo tanto, la Corte sentencia “Que acreditado que el demandante es dueño del inmueble reclamado y poseedor del mismo, que la demandada lo detenta en calidad de mera tenedora y no habiéndose aportado por la demandada un título conforme al cual detente legítimamente el inmueble reclamado, corresponde concluir que la detenta por ignorancia o mera tolerancia del propietario”¹⁴⁹.

Dicha sentencia presenta una curiosidad, ya que se refiere al derecho legal de retención solicitado por el precarista, por las mejoras introducidas en el predio durante su tenencia. El tribunal rechaza dicha solicitud, en vista de que el derecho legal de retención no es aplicable cuando se trata de un precarista, o que nada se dijo respecto de la existencia, naturaleza, o valor de las mejoras introducidas al predio durante su tenencia.

También podemos mencionar la causa rol 4447-2013, en la cual el precarista alegó no sólo ser poseedor del inmueble, sino que ser la legítima dueña, ya que en su favor había operado la prescripción adquisitiva extraordinaria, por haber detentado la posesión por más de 20 años. Además, señala que el demandante logró su inscripción en el Registro de Propiedad de forma irregular, sin embargo, no logró probar dicha afirmación.

Al respecto, la Corte Suprema sentenció: “Que de lo reflexionado en los párrafos anteriores se desprende que, al resultar acreditado que el demandante es poseedor inscrito del inmueble sobre el cual recae este litigio y que la demandada ocupa materialmente dicha propiedad, correspondía que esta última justificara el título de tal tenencia, cuestión que no hizo, según dejaron consignado. Ante esta ausencia de prueba, debe prevalecer el derecho del propietario a rescatar la tenencia del bien raíz que le pertenece, a fin de ejercer en plenitud los atributos del dominio, reuniéndose, así, el conjunto de presupuestos exigidos para configurar la situación de precario prevista en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil”¹⁵⁰.

En el mismo sentido, encontramos el fallo dictado en causa rol 1028-2018, caso en el que las demandadas contaban con una autorización para ocupar el inmueble de autos, con el objeto de construir allí una vivienda luego del terremoto del año 2010, a título de comodato, y por lo tanto mediando autorización previa, lo que, en concepto de las

¹⁴⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 145-2013, de 25 de julio de 2013. Primera Sala, considerando décimo.

¹⁵⁰ Corte Suprema, causa rol 4447-2013, de 4 de septiembre de 2013. Primera Sala, considerando décimo quinto.

demandadas sí se encontraba probado. Junto con lo anterior, se declararon poseedoras hace más de 20 años, habiendo realizado actos positivos de dominio, tales como darle una dirección a la casa que construyeron, cercaron la propiedad, criaban animales y tenían una huerta dentro del terreno.

La Corte Suprema resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por las demandadas, fundado en que éstas pretendían variar los hechos establecidos por los sentenciadores de mérito, proponiendo otros que supuestamente se encontrarían probados, tales como que la ocupación que hacen del inmueble no obedece a la mera tolerancia del recurrente sino a haber celebrado un contrato de comodato y el hecho de ser poseedoras del inmueble. Sumado a lo anterior, señala nuestro máximo tribunal que la casación tiene como finalidad analizar la legalidad de un fallo, lo que supone “realizar un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero a los hechos tal y como soberanamente los han dado por probados los magistrados a cargo de la instancia, supuestos facticos que no puede modificar esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor de la prueba, cuyo no es el caso”¹⁵¹.

Una situación parecida encontramos en causa rol 15161-2015, en la cual el precarista alegaba ser poseedor material de la finca, reflejado en actos tales como instalación de cercos, galpones, pago de consumos básicos y ejecución de mejoras en el terreno, dando curso a actos de aquellos que sólo puede dar lugar el dominio, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 925 del C.C. Dadas dichas circunstancias, se trataría de una posesión irregular, sin justo título pero de buena fe, aseverando además que la posesión no deja de ser tal por no estar inscrita. Sin embargo, nuestro máximo tribunal rechaza la defensa esgrimida, aduciendo “Que entonces al estar probada la posesión inscrita del ayuntamiento sobre el predio en disputa y que la demandada tomó materialmente, le incumbe a ésta justificar el título de su tenencia, cuestión que no hizo, lo que lleva a la correcta e indubitada conclusión que la ocupación que aquélla ostenta y cuya restitución se pretende, cedió a la mera tolerancia de la demandante (...)”¹⁵², nuevamente teniendo como principal motivo para acoger la acción de precario la existencia de la posesión inscrita en favor del demandante.

¹⁵¹ Corte Suprema, causa rol 1028-2018, de 28 de noviembre de 2018. Tercera Sala, considerando octavo.

¹⁵² Corte Suprema, causa rol 15161-2015, de 21 de diciembre de 2015. Tercera Sala, considerando décimo quinto.

Finalmente, en causa rol 16486-2018, la demandada argumentó tener la posesión material de la vivienda por más de 20 años, por un acuerdo con la anterior dueña, con quien vivió durante todo ese tiempo, recibiendo a cambio el inmueble a título de donación, concluyendo que no sólo asumió su tenencia, sino que además, lo hizo con ánimo de señora y propietaria, descartando a su juicio la mera tolerancia como requisito exigido en el artículo 2195 C.C. La Corte Suprema concluyó que la demandante nunca probó un título que fuera oponible a los demandantes, quienes sí eran poseedores inscritos y por lo tanto, mantuvo la decisión tomada en primera y segunda instancia, acogiendo la acción de precario¹⁵³.

Por otro lado, podemos encontrar jurisprudencia que sí ha entendido que la posesión es un título válido de defensa para el precarista.

En causa rol 5996-2007, la precarista alegó ser poseedora del predio, por sí y en calidad de heredera de su madre. Esta última había iniciado los trámites para la regularización, y de según consta del expediente de regularización enviado por Bienes Nacionales, se dispuso la inscripción del inmueble solicitado a nombre de la madre de la demandada, pero no se pudo concretar debido a que la peticionaria estaba fallecida al momento de la dictación de la referida resolución. Se concluyó que la demandada ocupaba el predio en su calidad de heredera, por el hecho de ser la sucesora de quien había obtenido, a lo menos administrativamente la regularización de su posesión del predio en discusión. Además, la Corte Suprema, sostuvo que no había en este caso mera tolerancia, dado que existía un reconocimiento por parte de la actora, respecto de esta situación, que constaba en un acta, entre la sociedad demandante y los pobladores del lugar, (entre ellos, la demandada), en que la primera aseguraba a éstos, que no serían expulsados del terreno. En razón de esto la Corte resolvió que el título esgrimido resultaba oponible al demandante dueño inscrito del inmueble, y por lo tanto debía tolerar la ocupación¹⁵⁴.

En el mismo sentido, en causa rol 4408-2015, el precarista afirma que su parte tiene la posesión material del inmueble en disputa desde hace más de cuarenta y tres años, basado en un justo título, que corresponde a la adjudicación de la propiedad que debía hacerse por parte de la Cooperativa de Vivienda Manuel Fernández Limitada, quien, en su oportunidad, adquirió un inmueble de mayor cabida, dentro del cual se encuentra la propiedad materia de autos, por la que pagó una serie de dividendos por las acciones que

¹⁵³ Corte Suprema, causa rol 16486-2018, de 4 de diciembre de 2018. Cuarta Sala, considerandos séptimo y octavo.

¹⁵⁴ Corte Suprema, causa rol 5996-2007, de 8 de abril de 2009. Primera Sala, considerando séptimo.

tenía en el paño de mayor cabida. Sin embargo, nunca se le otorgó la documentación que acreditara su dominio.

La Corte Suprema razona: “Que, empero, este título reúne las características a que se ha hecho mención, por cuanto el ordenamiento le reconoce la virtud de vincular jurídicamente al tenedor con el predio, de forma tal de situar a su dueño en posición de tener que respetar esa tenencia. Dicho de otro modo, el título esgrimido resulta oponible a los demandantes poseedores inscritos del inmueble, esto es, les empece, de manera que se encuentran en el imperativo de tolerar la ocupación en la situación en que se encuentra el demandado y, por ello, la ley no los ampara en su derecho a rescatar la tenencia de la propiedad, a fin de ejercer en forma plena los atributos que reconoce al dominio, a través del ejercicio de la acción de precario”¹⁵⁵. Asimismo, señala: “Que, en consecuencia, no obstante la demandante tiene el dominio y la posesión inscrita del bien raíz, al haberse configurado un acto de connotación jurídica previo e idóneo para justificar la ocupación de la cosa que se pide restituir, no cabe entender sino que la situación de hecho demostrada en los autos y que se reconoce acreditado en el fallo impugnado, no revela los elementos de procedencia que ameritan su salvaguarda (...)”¹⁵⁶.

Un razonamiento similar sigue el fallo dictado en la causa 10619-2014, en la cual la parte demandada alega ser poseedor material de un trazo de terreno. Señala que se descarta la ignorancia o mera tolerancia del demandante, debido a que anteriormente el actor había entablado una acción reivindicatoria en su contra, reconociendo su calidad de poseedor del predio. El tribunal concluye que “Que, en el caso *sub judice*, los mismos antecedentes a que acude el fallo impugnado para establecer el dominio de los actores y la tenencia del predio por parte de los demandados, permiten demostrar que la ocupación que, desde hace más de diez años, ejercen estos últimos sobre la finca, no obedece a la mera tolerancia ni a la ignorancia de la parte demandante, puesto que constituye un hecho de la causa, que no fue discutido por las partes, que en el expediente rol N° 18559-1999, del Segundo Juzgado Civil de Chillán (...) se dedujo demanda reivindicatoria por los demandantes en contra de los mismos demandados, argumentando que éstos tienen el carácter de poseedores materiales del retazo de terreno de su predio, el que ocupan con ánimo de señores y dueños. En dicho proceso, por sentencia ejecutoriada, se acogió la demanda de reivindicación, asentándose que los demandantes son dueños del predio que reclaman y que los demandados ocupan del mismo una superficie de 72 hectáreas, con

¹⁵⁵ Corte Suprema, causa rol 4408-2015, de 30 de mayo de 2016. Cuarta Sala, considerando décimo séptimo

¹⁵⁶ Corte Suprema, causa rol 4408-2015, de 30 de mayo de 2016. Cuarta Sala, considerando sexto, sentencia de reemplazo.

ánimo de señores y dueños, de forma tal que se concluyó que se dan los presupuestos que configuran la acción de dominio contemplada en el artículo 889 del Código Civil. En otras palabras, se atribuyó a los demandados la tenencia física o poder de hecho sobre el inmueble y el "animus" o intención de obrar como señores o dueños"¹⁵⁷.

Siguiendo la misma línea, en causa rol 9706-2015, los demandados alegaron tener la posesión material del inmueble demandado. Sostuvieron que dicha posesión se justificaba en una serie ininterrumpida de ventas de acciones y cesiones de derechos que recayeron sobre el predio sub-lite. Agregaron que esa circunstancia, sumada al compromiso asumido por la demandante a respetar dicha posesión material y a la construcción de dos viviendas, una bodega y un kiosco, permiten concluir que su ocupación no es sin previo contrato ni por ignorancia o mera tolerancia de la demandante. La Corte acoge las alegaciones del precarista, señalando que "(...) la acción de precario no podrá prosperar si la ocupación por los demandados aparece de alguna manera relacionada con las circunstancias que cuestionan la propiedad de la demandante. Así ocurre en el presente caso. En efecto, es un hecho no controvertido que la franja de terreno cuya posesión material la demandante se comprometió a respetar es precisamente la misma franja de terreno que ocupan los demandados. Y es asimismo un hecho no controvertido que sobre dicha franja los demandados construyeron dos casas, una bodega y un kiosco. Estas construcciones aparecen por tanto en principio amparadas por aquel compromiso. Estos hechos son suficientes para estimar que la recurrente no ocupa en inmueble por mera tolerancia o ignorancia de la demandante"¹⁵⁸.

Asimismo, en causa rol 123-2016, la Corte de Apelaciones de Valdivia siguió un criterio similar. En este caso, el demandado alegó ser poseedor del terreno objeto del litigio desde hace 35 años, en su calidad de heredero de su madre, quien era la anterior dueña, agregando que además asistía a su parte una prescripción adquisitiva sobre el inmueble. La Corte finalmente concluyó que dado que el actor era cuñado del demandado, no podía ignorar que éste estuviera ocupando la propiedad, lo que excluía la ignorancia, y además, también se descartaba la mera tolerancia, en atención a que el demandado era hijo de la antigua propietaria¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Corte Suprema, causa rol 10619-2010, de 19 de marzo de 2015. Cuarta Sala, considerando décimo séptimo.

¹⁵⁸ Corte Suprema, causa rol 9706-2015, de 13 de junio de 2016. Cuarta Sala, considerando undécimo.

¹⁵⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa rol 123-2016, de 17 de mayo de 2016. Considerando décimo tercero.

Para finalizar, en causa rol 40702-2016, el demandado alega haber tomado posesión del predio en mayo del año 2009, tras una cesión de derechos hereditarios hecha por un heredero putativo del anterior propietario del inmueble a la cónyuge del precarista, quien hasta la fecha reunía los requisitos de heredero con mejor derecho. Señala que existe un título que le otorgó la posesión del inmueble, y una causa que lo habilitaba para adquirir el dominio a través de la compra de derechos hereditarios. Indica también haber hecho diversas construcciones en el predio, levantadas a vista y paciencia de los propietarios del terreno, las que adquirió por accesión de mueble a inmueble de acuerdo al artículo 669 del Código Civil. Todo esto la legitimaría para detentar la ocupación del predio. Sin embargo, se establece como hecho por los jueces de instancia que la posesión efectiva fue decretada a favor de personas distintas a quien celebró el contrato de cesión de derechos.

La Corte acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto y por consiguiente rechaza la demanda de precario, argumentando “La figura jurídica del precario es una cuestión de hecho y constituye un impedimento a que se establezca la circunstancia que el tenedor tenga alguna clase de justificación para ocupar la cosa cuya restitución se solicita, aparentemente seria o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea de lo aparentemente ajeno, cuyo es el caso, pues se tuvo por acreditado que el demandado ocupa el inmueble en virtud de una cesión de derechos hereditarios (...). No obsta a dicha conclusión el tenor de la referida cesión, atendido que, como se dijo, en sede de precario la discusión versa acerca de la concurrencia o no de alguna clase de justificación de parte del tenedor de la cosa, y acreditada, cuyo es el caso, no puede entenderse configurado el precario (...) como dicho instituto debe quedar reservado a las situaciones puramente de hecho, en que no se advierte vínculo de ninguna naturaleza que justifique la ocupación del inmueble por parte del demandado, en la especie, existe una situación jurídica que puede –y debe– resolverse de una manera distinta al precario”¹⁶⁰.

Sin embargo, el abogado integrante Señor Correa opta por rechazar el recurso, basándose en que la ocupación del demandado no puede justificarse en una cesión de derechos hecha por quien nunca tuvo derechos sobre el predio, y por otra parte, que la accesión de mueble a inmueble no otorga el derecho a ocupar el inmueble sino que sólo a que el demandante pague las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe.

¹⁶⁰ Corte Suprema, causa rol 40702-2016, de 29 de agosto de 2017. Cuarta Sala, considerandos séptimo y octavo.

Consideramos que, en los casos en que efectivamente se logre acreditar que existe una posesión por parte del demandado, es decir, que la tenencia se realiza con ánimo de señor y dueño, la acción de precario debe rechazarse por no ser el medio idóneo para resolver este conflicto. En estos casos, al surgir una discusión respecto del derecho de dominio, la acción que procedería de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico es la acción reivindicatoria. No puede pretenderse que la posesión sea calificada como un título, oponible a quien se pretende verdadero dueño, pues se le dejaría en una situación de indefensión, otorgando protección a una situación que puede ser (o no) puramente de hecho, en desmedro de un derecho real válidamente constituido.

7. Otros títulos

En nuestra búsqueda nos hemos encontrado frente a situaciones que son difíciles de encuadrar en los títulos anteriormente analizados. Por ejemplo, se presentan casos en que el actor alega que el título que habilitaba al precarista para ejercer la tenencia de la cosa ha quedado resuelto o sin efecto, y a pesar de los diferentes argumentos de los precaristas para defenderse, no logran enervar la acción.

7.1 Contratos que han sido declarados resueltos

En esta materia, la jurisprudencia mayoritaria se encuentra conteste, en el sentido de que no consideran como título válido aquellos contratos resueltos.

Podemos citar al respecto la causa rol 5907-2008, en que la Corte Suprema resolvió, “Que el título esgrimido por los demandados para justificar su ocupación corresponde a un contrato privado de promesa de compraventa celebrado con fecha 20 de febrero de 2007 (...) contrato que se declaró resuelto por sentencia de veintinueve de julio de 2008 (...) lo que en definitiva, determinó a los sentenciadores concluir que la demandante, dueña inscrita del inmueble, no se encontraban en el imperativo de tolerar dicha ocupación. Luego, resulta indiscutible la ausencia de vinculación entre la demandante y los demandados”. Como consecuencia de que el contrato había sido declarado resuelto por sentencia judicial ejecutoriada, la dueña del inmueble no se encontraba en deber de respetar un contrato que ya no existía. Concluye el tribunal: “el título esgrimido carece de valor al haber sido dejado sin efecto por resolución ejecutoriada de un Tribunal de la República, luego resulta inoponible al demandante, en tanto dueño

inscrito del inmueble, esto es, no le empece, de forma tal que no se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación”¹⁶¹.

En el mismo sentido, nuestro máximo tribunal, en causa rol 3312-2018, sostuvo que, dado que la promesa de compraventa que la demandada pretendía invocar como título de ocupación, fue dejada sin efecto, éste no reunía las características que se requieren para enervar la acción, por cuanto el ordenamiento no le reconoce la virtud de vincular jurídicamente al tenedor con el predio o con el dueño de éste, de forma tal de situar a este último en posición de tener que respetar esa tenencia, en razón de haber sido dejado sin efecto por resolución ejecutoriada de un tribunal de la República. Además, el título resultaba inoponible al demandante, en tanto dueño inscrito del inmueble, por lo que no tenía la obligación de tolerar la ocupación, por lo que se debía concluir que la ocupación por los demandados se explicaba únicamente por la ignorancia o mera tolerancia de su propietaria.

Concordamos con esta línea jurisprudencial, en el sentido que un contrato haya sido resuelto ya sea por sentencia judicial o por voluntad de las partes, no constituye un título de tenencia, sino que al contrario, muta claramente en una situación en que la detentación del bien obedece a la mera tolerancia del dueño, al igual que los casos analizados anteriormente en que existía un contrato que ya había perdido vigencia. Si bien estos contratos declarados resueltos sirven para explicar el origen de la ocupación, una vez que son declarados resueltos, dejan de producir efecto jurídico y pierden la aptitud de vincular válidamente al dueño con la cosa.

7.2. Contratos que han sido declarados nulos

En la causa rol 3415-2015, se discutió acerca de la nulidad del título y de la consecuente inscripción. La precarista arguyó ser dueña del 50% de los derechos sobre el inmueble cuya restitución se solicitaba, señalando que el inmueble fue adquirido durante la sociedad conyugal, y posteriormente el marido cedió sus derechos a su madre. Sin embargo, dicho contrato de cesión de derechos fue declarado nulo por falta de consentimiento de su cónyuge, la precarista.

En primera instancia se rechazó la demanda, ya que se asumió que la demandante es dueña del inmueble, y teniendo en cuenta que el fallo sólo declaraba la nulidad de la

¹⁶¹ Corte Suprema, causa rol 3312-2008, de 6 de julio de 2009. Primera Sala, considerando décimo cuarto.

cesión no declaró la nulidad de la inscripción de dominio de la demandante ni de su antecesora. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicha decisión, por considerar que la demandante era dueña de la finca y porque la recurrente no ostentaba el bien al amparo de alguna circunstancia justificativa.

No obstante, la sentencia de la Corte Suprema señaló que “De lo anterior deriva la indiscutible circunstancia de la existencia de un antecedente que la parte interesada -en este caso, la demandada aportó a la causa en apoyo de su defensa, tocante a que su pernociación en el bien de que se viene hablando reconoce una situación jurídica que la explica y descarta la invocación de la pura y simple tolerancia de parte de quien la persigue. Tal antecedente, como se advierte, está constituido por una sentencia judicial firme, cuya objeción procesal aquí fue desestimada; esa resolución declaró nulo el contrato de cesión de derechos”¹⁶². Como consecuencia de lo anterior, una vez declarada la nulidad del mencionado contrato, se entiende que la precarista, como dueña del 50% del inmueble, se ampara en un título que justifica su ocupación”.

No obstante lo anterior, en causa rol 49676-2016 la Corte Suprema introduce un criterio distinto, bastante particular. La acción de precario fue interpuesta por el actual poseedor inscrito en contra del cónyuge de la ex dueña. El precarista se defendió alegando que ocupaba el inmueble en virtud de la verdadera voluntad de su cónyuge y ex propietaria, invocándola como la dueña genuina del inmueble.

Sin embargo, en paralelo a esto, se encontraba en tramitación la acción de nulidad, interpuesta por el precarista, solicitando que se declarara nulo el contrato en virtud del cual el actor del juicio de precario pudo adquirir la propiedad del inmueble ante referido.

Ante esta disputa, la Corte Suprema resolvió que: “La situación de precario simplemente busca resolver una situación de hecho en que el demandante tiene mejor derecho que el demandado a la ocupación material del inmueble. En el presente caso, ese mejor derecho no ha sido acreditado (...) Quien tenga mejor derecho depende de la validez de la transferencia del dominio desde la cónyuge del demandado al demandante”¹⁶³.

Por lo tanto, mientras se discuta la validez del mencionado contrato y no exista decisión de dicho asunto, el demandante no ha acreditado un mejor derecho.

¹⁶² Corte Suprema causa rol 3415-2015, de 01 de julio de 2016. Cuarta Sala, considerando octavo.

¹⁶³ Corte Suprema, causa rol 49676-2016, de 20 de noviembre de 2017. Cuarta Sala, considerando sexto.

Nos resulta interesante el razonamiento de este fallo, debido a que dentro de toda la jurisprudencia analizada los tribunales no se refieren a la existencia de un derecho que prevalezca sobre otro, sino que el criterio suele relacionarse con el análisis de cuál es la parte que ostenta un derecho real o personal que lo vincule jurídicamente con el predio o con el dueño de éste. Otra particularidad de esta sentencia es que desconoce una de las reglas fundamentales respecto de la nulidad de actos y contratos, el cual es que la nulidad debe ser declarada judicialmente. Así las cosas, mientras ésta no sea declarada por un Tribunal de la República, el contrato produce todos sus efectos. Por lo tanto, el demandante de la acción de precario sí ostentaría al momento de la interposición de la demanda un mejor derecho que el precarista, dado que, como el juicio de nulidad se encontraba en tramitación, el contrato que le sirvió de título al demandante para adquirir el dominio, continuaba siendo válido, y la Corte debió enfocar su razonamiento en la oponibilidad de la autorización que le había sido otorgada al demandado, tal como lo hace en los casos en que se invoca como defensa un contrato con un tercero distinto al dueño, jurisprudencia ya analizada en acápites anteriores.

Finalmente, tal como lo afirmamos en lo relativo a contratos resueltos, aquellos contratos declarados nulos no debieran ser considerados como un título válido que justifique la tenencia por parte del precarista, cuya ocupación pudo haber sido legítima al momento de la suscripción del contrato, pero una vez producida la declaración de nulidad ya no mantienen dicho efecto jurídico.

7.3. Adjudicación en subasta pública (venta judicial forzada)

Otra clase de títulos respecto de los que se suscita controversia en la jurisprudencia son aquellos casos en que el precarista se encuentra en la situación posterior a la venta forzada del bien que ocupaba, y alega tener un título que lo habilita para ocupar el inmueble por diversos motivos. Los fallos de nuestros tribunales no se encuentran contestes al respecto.

Primero nos referiremos a aquellos fallos en los cuales los tribunales rechazan la tenencia del inmueble por parte del precarista tras la venta forzada del bien que trate, produciendo por consiguiente un cambio de propietario del mismo.

En primer lugar, podemos citar la causa rol 10652-2015 de la Corte Suprema. En primera instancia fue acogida la demanda, confirmada por la Corte de Apelaciones de La

Serena. En este caso, el demandado alegó haber tenido una posesión material continua, pública, y excluyente, lo que descartaba uno de los requisitos de precario en cuanto a que la tenencia debe ser una situación de hecho, por ignorancia o mera tolerancia del dueño, alegando que el precario no era la vía jurídica idónea. Señaló además, que el demandante le enviaba cartas solicitando la restitución de la propiedad y cobrándole una renta de arrendamiento, lo que de acuerdo al precarista, indicaba que no sólo hay una relación material fáctica sino que un vínculo psicológico, una tenencia con ánimo de señor y dueño.

Empero el tribunal reparó en que la sociedad demandante se adjudicó en remate el inmueble *sub lite* en una causa ejecutiva que se inició en contra del demandado ante el Trigésimo Juzgado Civil de Santiago, y ya contaba con una inscripción a su favor en el Conservador de Bienes Raíces. Señaló además que el demandado ocupaba el citado inmueble y no acreditó la existencia de un título que valide o autorice su tenencia u ocupación, porque el que tenía fue cancelado con la inscripción de dominio practicada a nombre del demandante.

Así, nuestro máximo tribunal concluyó que “con su venta judicial forzada cambió su situación respecto de la cosa, pasando de propietario, que es el estado más perfecto, al de mero tenedor, calidad que es independiente de la persona que se adjudicó la propiedad, ocupándola a partir de ese momento no como dueño, sino en lugar o a nombre de él, y como la mera tenencia es absoluta e inmutable, de forma que esa calidad se tiene tanto con respecto al propietario como a terceros, y no puede transformarse en posesión, porque solo tiene el elemento del corpus, pero no el animus, forzoso es inferir que el inmueble lo ocupa por mera tolerancia del actor”¹⁶⁴.

En el mismo sentido, encontramos la sentencia dictada en la causa rol 12462-2014, por la Corte Suprema, en la que, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo, el demandado alegó que la demandante no era dueña sino que contaba con un título de compraventa forzada en remate, la que se encontraba viciada por no haberse realizado las inscripciones conservatorias correspondientes, posteriores al fallecimiento del actual propietario. Señaló también ser él dueño de lo construido en el inmueble, y además, heredero del anterior propietario.

Respecto a esto, la Corte afirmó que dado que la regla establecida en el artículo 688 C.C., no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras

¹⁶⁴ Corte Suprema, causa rol 10652-2015, de 18 de agosto de 2016. Cuarta Sala, considerando segundo.

no precedan las inscripciones que prevé la misma norma, no podía ser aplicable en este caso, ya que el título invocado por la demandante no provenía de una enajenación voluntaria realizada por los herederos del dueño del inmueble, sino, de una venta forzada¹⁶⁵.

Esta decisión se tomó con el voto en contra del Ministro Sr. Blanco, quien fue de la opinión de rechazar la demanda, señalando que la prueba rendida permitía establecer que el demandado entró a ocupar el inmueble e hizo mejoras en él, en virtud de su calidad de heredero del antecesor en el dominio de la demandante y no por la mera tolerancia de ésta, quien conocía perfectamente de su ocupación, por lo que en esa circunstancia no era posible afirmar que se cumplían los presupuestos de la acción de precario”.

Por otro lado, nos referiremos a la jurisprudencia que se inclina por conceder al precarista ciertos títulos que le permiten la tenencia de la cosa no obstante haberse producido una venta forzada del bien.

En este sentido, podemos mencionar la causa rol 95034-2016 de la Corte Suprema, en la que se presenta la situación en la cual el precarista señalaba haber sido poseedor inscrito del inmueble, sin embargo fue despojado de dicha inscripción por el actuar ilícito de una prestamista, lo que derivó en la venta forzada de la propiedad a una inmobiliaria, la que vendió el año 2011 a la demandante. No obstante lo anterior, alega continuar actuando como señor y dueño, pero sin inscripción¹⁶⁶.

Al sancionar los delitos de estafa y usura alegados, la Corte señala que respecto de las propiedades que fueron adquiridas por terceros de buena fe, en pública subasta, a raíz de las ejecuciones que afectaron a las víctimas de Eurolatina, no procedía la invalidación de las enajenaciones, ni la restitución de los inmuebles, sino sólo medidas compensatorias.

Concluyendo, los sentenciadores determinaron que la precarista tiene la cosa en virtud de un acto jurídico que devino en la venta forzada, y que justificó su ingreso y posterior permanencia en el inmueble objeto de la Litis, lo que hace desaparecer la ignorancia o mera tolerancia. Continúan señalando que “la sentencia impugnada acierta al sostener que las circunstancias fácticas que se han tenido por acreditadas, esto es, que la

¹⁶⁵ Corte Suprema, causa rol 12462-2014, de 25 de mayo de 2015. Cuarta Sala, considerando noveno.

¹⁶⁶ Corte Suprema, causa rol 95034-2016, de 3 de abril de 2018. Cuarta Sala, considerandos segundo y quinto.

demandada es la anterior dueña del inmueble, y perdió su posesión legal de manera involuntaria y a consecuencia de ser víctima de una estafa, resultan bastantes para concluir que su ocupación no es una cuestión meramente de hecho que la dueña haya tolerado, sino que, por el contrario, se trata de una situación que excede los contornos de un simple precario”. Por lo tanto, la Corte concluye que la acción de precario no es idónea, sino que debe ser resuelta en un juicio de lato conocimiento.

Un criterio anterior siguió la Corte Suprema en causa rol 7949-2015, en la cual el precarista se defendía asegurando que ocupaba el inmueble en calidad de dueño y no por ignorancia o mera tolerancia. Por otro lado, alegaba que la demandante no era legítima dueña, debido a que por extemporáneo se negó lugar a la escrituración del acta de remate en la cual el ejecutante BBVA se había adjudicado el inmueble.

Si bien nuestro máximo tribunal no se pronuncia respecto a la legitimidad de la adjudicación, acoge la tesis del precarista, pero señalando otros motivos. Se señaló que no puede desconocerse que el demandado poseía un título para ocupar el bien raíz cuya restitución se reclama y, por lo tanto, la demandante al comprar el inmueble se encontraba en pleno conocimiento de esta situación, por lo que la ocupación del inmueble objeto de este juicio no se ha producido por mera tolerancia de su dueño”. Por ello es que no obstante encontrarse acreditado que el demandado ingresó a la propiedad con un título que lo habilitaba para ello, descartándose por lo tanto, la mera tolerancia de la actora, la sentencia impugnada yerra al entender que la ocupación provendría de la mera tolerancia de aquella, desconociendo el título que poseía el demandado para ocupar el bien¹⁶⁷.

Esta decisión fue tomada con el voto disidente de los Ministros Sres. Muñoz y Blanco, quienes fueron de la opinión que la demandada no había probado un justo título para la ocupación.

En nuestra opinión, no nos parece ajustado a derecho que los tribunales de justicia consideren como título la calidad de antiguo propietario del bien, ya que no nos encontramos en presencia de derecho reales ni personales que vinculen válidamente al precarista con el inmueble. Incluso, por regla general, excluyendo los casos de estafa, la pérdida de dominio por venta forzada se debe a una causa imputable al mismo deudor, por lo que no existiría un motivo que ampare al precarista y que obligue al nuevo dueño a

¹⁶⁷ Corte Suprema, causa rol 7949-2015, de 12 de septiembre de 2016. Cuarta Sala, considerando octavo.

tolerar la ocupación por parte de quien ya perdió el dominio del bien. En casos de estos delitos, debería accionarse por la vía idónea para ello, es decir, en sede penal.

7.4. Títulos derivados de Legislaciones Especiales

Otro caso, bastante excepcional, es de aquellos en que se alega la existencia de una legislación especial que justifica la tenencia del bien cuya ocupación se disputa.

En causa rol 10601-2015, nuestro máximo tribunal se pronunció al respecto. En primera instancia la demanda fue rechazada, y luego fue revocada por la Corte de Apelaciones de Temuco. En contra de esta sentencia se presentó un recurso de casación en el fondo, la cual resuelve acoger la demanda de precario.

En dicho caso el demandado se defendió alegando ser “poseedor ancestral” del predio desde 1940, no un simple tenedor. Además, agregó que se había contravenido la legislación vigente en materia indígena, pues, pese a no tener título inscrito según lo prescribe la ley civil común, se encontraba amparado por la posesión ancestral que le entregaba la legislación especial, dado que el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, señala que: “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios (...), que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma han utilizado o adquirido, que debe relacionarse con lo que previene la segunda disposición, que reconoce el derecho de propiedad y la posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (...)”.

La Corte falló en su contra, acogiendo la demanda de precario, debido a que el demandado no probó los hechos positivos que constituían su posesión. Respecto de las normas de Propiedad Indígena, nuestro máximo tribunal sostuvo que se debía tener presente que éstas efectivamente tienen por finalidad amparar la posesión que los pueblos indígenas ejercen sobre tierras y territorios y, asimismo, les reconocen el derecho de propiedad y la posesión sobre heredades que tradicionalmente han ocupado. Sin embargo, como no se dio por acreditado el supuesto básico que protegen, es decir, la posesión alegada, los jueces del fondo no las habían infringido¹⁶⁸. Es decir, finalmente la Corte rechazó el recurso por falta de prueba.

¹⁶⁸ Corte Suprema, causa rol 10601-2015, de 26 de septiembre de 2016. Cuarta Sala, considerando sexto.

Esta decisión fue tomada con el voto en contra del Ministro Sr. Blanco, quien realizó un análisis particular, basándose en la legislación especial alegada por el precarista. Señaló que por tratarse de un grupo étnico ancestral debía interpretarse de modo diferente el artículo 2195 C.C., porque debía tenerse en consideración la Ley 19.253 y el Convenio N° 169 de la OIT del artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Agregó que no sólo era válida la existencia de un título como típicamente se entiende, sino que además, es posible aceptar como tal la mera ocupación material del inmueble, pues el Convenio N° 169 indica que debe reconocerse por el Estado la propiedad o la posesión de los pueblos indígenas respecto de las tierras que ancestralmente han ocupado, evidenciándose un distinto tratamiento que a la simple ocupación da el derecho común. En opinión del Sr. Ministro, la justificación de la ocupación que realizaba el demandado no es era sólo a partir de la tolerancia o inexistencia de un contrato de éste con el actor, sino que más bien, aquella provenía de la misma ley que lo legitimó en cuanto ocupante tradicional del inmueble.

Respecto de este tema, nos parece interesante que exista un tratamiento especial al del derecho común, señalando incluso los sentenciadores que la ley es la que genera un título válido para la ocupación en aquellos casos en que uno de los litigantes sea un grupo étnico. Es comprensible que reciban una protección especial del Estado en virtud de los tratados internacionales que se han suscrito, y en aplicación del principio de aplicación de la ley especial por sobre la general.

CONCLUSIONES

Con el presente trabajo hemos intentado dilucidar qué es lo que ha entendido la jurisprudencia como un título apto para la tenencia de un bien que permita enervar la acción de precario. Como consecuencia de nuestra investigación, pudimos observar que nuestros tribunales superiores de justicia consideran como título no sólo aquel que proviene del propietario del bien, sino que también admiten como válida la tenencia mientras su justificación provenga de un tercero distinto al dueño en ciertas circunstancias.

Si bien, la jurisprudencia considera que el título debe vincular al precarista con el dueño o con el bien, esto es un criterio que se presta para interpretaciones muy disímiles, pasando por alto en muchas ocasiones si efectivamente el título que se invoca es oponible o no al dueño del bien. Claramente, no se deberían generar conflictos ante un derecho real, que por su naturaleza es *erga omnes*, o un antecedente jurídico emanado del mismo propietario, pero cuando el título no emana de éste las circunstancias se tornan más ambiguas y da lugar a disímiles fallos por parte de la judicatura.

Respecto de la inoponibilidad, nuestro Código Civil no la regula de manera orgánica, sin embargo, no puede desconocerse su naturaleza de sanción civil de ineficacia frente a los actos que no le empecen a una persona a pesar de haber sido válidamente celebrado por otras, cuyo fundamento es la protección a terceros de buena fe que ven sus derechos injustamente lesionados. Así por ejemplo, nos encontramos con algunos casos de inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia de voluntad en materia de compraventa y de arrendamiento, normas que persiguen el mismo principio de velar por el respeto de los derechos del verdadero dueño del bien. Por ello, nos resulta cuestionable el fundamento jurídico de aquellas sentencias que lo pasan por alto, haciendo oponible al verdadero dueño un título que no debiese serlo por no existir una vinculación válida que justifique la ocupación.

Para explicar la tenencia por parte de un tercero no vinculado con el dueño se ha interpretado con laxitud la palabra “contrato” del art. 2195 inc. 2º C.C., ampliándolo a “título”, que refiere a cualquier antecedente jurídico que sirva para justificar la tenencia. Si bien estamos de acuerdo con esta interpretación amplia de dicho concepto, consideramos que ello debiera limitarse por el respeto o prevalencia de los derechos que tiene el verdadero dueño y por el principio del efecto relativo de los contratos. Es decir, los títulos invocados y acogidos no deberían dar lugar a situaciones que generan abuso del derecho,

vulnerando las facultades que tiene el titular del derecho real de dominio, quien usualmente no tiene otra vía para proteger sus intereses más que la acción de precario. Sin embargo, creemos que sí podría constituir una excepción aquellos casos en que existe un interés superior envuelto que cede ante el dominio, como en los casos analizados de parentesco o filiación, por mencionar algunos, en que nuestra jurisprudencia los acepta como título apto para enervar la acción de precario.

Puede apreciarse en las sentencias analizadas que en varias ocasiones las acciones fueron rechazadas no sólo por falta de fundamentos o de prueba, sino que debido a que la Corte estimó que la acción de precario no constituía la vía idónea para dirigirse en contra de quien detentaba el bien. Rescatamos la tendencia de los tribunales a rechazar la aplicación de la acción de precario cuando existan otras acciones adecuadas para resolver el conflicto, tales como la situación en que el precarista se defiende alegando la posesión del bien discutido, ya que corresponde a un juicio de lato conocimiento de reivindicación y no a un procedimiento sumario, o cuando el demandado se defiende alegando la existencia de un contrato y se ordena proceder de acuerdo a la acción relativa a los derechos personales que emanan del mismo. Nos resulta más lógico preferir los remedios que la ley otorga respecto de cada contrato y considerar la acción de precario como residual, a pesar de que en la realidad no ocurra. Esto genera el problema práctico de que, en razón de su procedimiento, no se dé una etapa de discusión que sea suficiente para la correcta presentación del conflicto ante el tribunal, lo que termina con una sentencia que rechaza la acción de precario, reconociendo al precarista un título que no necesariamente debería serle concedido.

Opinamos que lo anterior se produce porque nuestra legislación no contempla una acción meramente declarativa de dominio, mediante la cual se determine y reconozca dicho derecho frente a turbaciones en su ejercicio. Muchas veces el entablar una acción reivindicatoria es ineficiente para los fines pretendidos, por no concurrir alguno de los requisitos de la misma, especialmente por falta de legitimación pasiva, al carecer el demandado de la calidad de poseedor. Algo similar ocurre con los interdictos posesorios, cuyo plazo de interposición es breve y encuentra trabas similares a las de la acción reivindicatoria, la que exige que el demandado sea poseedor de la cosa cuya tenencia se intenta recuperar.

En síntesis, como se ha demostrado en esta presentación, el desarrollo de la acción de precario ha sido eminentemente jurisprudencial, dada la falta de una regulación normativa más amplia. Es por ello que con frecuencia se generan contradicciones en la

interpretación de su ámbito de aplicación y sus requisitos, los que han sido latamente analizados en el desarrollo de esta memoria.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK, René. Las Obligaciones. Tomo I. 2009. Editorial Jurídica de Chile
2. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA; Manuel, VODANOVIC, Antonio. Tratado de los derechos reales: Bienes. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1997.
3. ALCALDE, Jaime. “De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce” EN: Revista Chilena de Derecho Privado. 2016, nº26, pp. 285-310. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000100009>.
4. ATRIA, Fernando. El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario. Valdivia, Chile. Revista de Derecho (Valdivia). 2017, vol. 30, n.2, pp.57-86. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000200003&lng=es&nrm=iso/
5. BARCIA, Rodrigo. La Concurrencia de Acciones Reales y la Posesión Material. EN: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. 2017, vol. 24, n.1 , pp.65-104. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-975320170001000065&lng=es&nrm=iso
6. BARRÍA, Mauricio; HIDALGO, Carlos. Análisis jurisprudencial del comodato precario y del precario desde los años 1970 a 2002. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho. 2003.
7. BARRIENTOS, Javier. “De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce”. Santiago, Chile. EN: Revista Chilena de Derecho Privado, Universidad Diego Portales. Núm. 7, diciembre, 2006, pp. 279-285. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370838866012.pdf>
8. CORRAL, Hernán. Concepto y Reconocimiento Legal de la “Familia de Hecho”. EN: Revista Chilena de Derecho, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 17, No. 1 (Enero - Abril 1990), pp. 35-85. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649674>

9. DOMÍNGUEZ, Ramón. Instituciones Jurisprudenciales del Código Civil Chileno, en Martinic y Tapia (eds.): Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005.
10. HALABÍ, Fuad y SAFFIRIO, Carlos. La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Conosur, 1996.
11. LARROUCAU, Jorge. Acciones Reales y Estándar de Prueba. Talca, Chile. Revista Ius et Praxis. 2015, año 21, N°2, pp.109-160. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v21n2/art04.pdf>
12. LATHROP, Fabiola. Procedencia de la acción meramente declarativa de dominio en el derecho Chileno. Talca, Chile. Revista Ius et Praxis.. Año 17, N°2. 2011, pp. 3-24. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n2/art02.pdf>
13. LECAROS, José Miguel. “Algunas consideraciones sobre el Precario en la Jurisprudencia.” Santiago. EN: Ars Boni et Aequi, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins. Nro. 4, Santiago, 2008, pp. 91-99. Disponible en: <http://arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/194>
14. MEZA, Ramón. Manual de Derecho Civil: de las Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
15. PEÑAILILLO, Daniel. Los bienes: la propiedad y otros derechos reales. Editorial Jurídica de Chile, 2007.
16. RODRÍGUEZ, María Sara. La sociedad conyugal como título de la demandada en una acción de precario. Mayo, 2015. EN: El Mercurio Legal, Análisis Jurídico. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903932&Path=/0D/CA/>
17. RODRÍGUEZ, María Sara. La comunidad formada al disolverse la sociedad conyugal es título suficiente de tenencia del demandado para rechazar una acción de precario. Agosto, 2018. EN: El Mercurio Legal, Análisis Jurídico. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906764&Path=/0D/D6/>

18. SELMAN, Arturo. Artículo 915 del Código Civil: Una Solución Jurisprudencial a la Limitación de las Acciones Tradicionales. Talca, Chile. Revista Ius et Praxis. 2011, vol.17, n.1, pp.57-80. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100004&lng=en&nrm=iso
19. URRUTIA, Leopoldo. "Vulgarización de la Posesión ante el Código Civil Chileno". EN: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, 1934, pág. 11. pp. 5-12.
20. ZAVALA, José Luis. Precario, casos y jurisprudencia. Santiago, Chile. Thompson Reuters Puntolex, 2010.

LISTADO SENTENCIAS

I.- CORTE SUPREMA

1. Corte Suprema, causa rol 31169-2018, de 14 de febrero de 2019.
2. Corte Suprema, causa rol 33766-2017, de 10 de diciembre de 2018.
3. Corte Suprema, causa rol 16486-2018, de 4 de diciembre de 2018.
4. Corte Suprema, causa rol 15557-2017, de 29 de noviembre de 2018.
5. Corte Suprema, causa rol 1028-2018, de 28 de noviembre de 2018.
6. Corte Suprema, causa rol 14605-2017, de 10 de octubre de 2018.
7. Corte Suprema, causa rol 5484-2018, de 27 de agosto de 2018.
8. Corte Suprema, causa rol 8396-2018, de 23 de agosto de 2018.
9. Corte Suprema, causa rol 3360-2018, de 22 de agosto de 2018.
10. Corte Suprema, causa rol 10374-2017, de 08 de agosto de 2018.
11. Corte Suprema, causa rol 5064-2017, de 25 de junio de 2018.
12. Corte Suprema, causa rol 10323-2017, de 18 de junio de 2018.
13. Corte Suprema, causa rol 4838-2017, de 11 de abril de 2018.
14. Corte Suprema, causa rol 8135-2017, de 09 de abril de 2018.
15. Corte Suprema, causa rol 95034-2016, de 3 de abril de 2018.
16. Corte Suprema, causa rol 8054-2017, de 02 de abril de 2018.
17. Corte Suprema, causa rol 40145-2017, de 15 de marzo de 2018.
18. Corte Suprema, causa rol 99832-2016, de 13 de marzo de 2018.
19. Corte Suprema, causa rol 25142-2017, de 28 de febrero de 2018.
20. Corte Suprema, causa rol 6163-2017, de 20 de enero de 2018.
21. Corte Suprema, causa rol 248-2017, de 29 de noviembre de 2017.
22. Corte Suprema, causa rol 55131-2016, de 28 de noviembre de 2017.

23. Corte Suprema, causa rol 49676-2016, de 20 de noviembre de 2017.
24. Corte Suprema, causa rol 15552-2017, de 15 de septiembre de 2017.
25. Corte Suprema, causa rol 44910-2016, de 13 de septiembre de 2017.
26. Corte Suprema, causa rol 40702-2016, de 29 de agosto de 2017.
27. Corte Suprema, causa rol 34172-2017, de 17 de agosto de 2017.
28. Corte Suprema, causa rol 27949-2016, de 31 de julio de 2017.
29. Corte Suprema, causa rol 38353-2016, de 19 de julio de 2017.
30. Corte Suprema, causa rol 41058-2016, de 12 de julio de 2017.
31. Corte Suprema, causa rol 35215-2016, de 06 de julio de 2017.
32. Corte Suprema, causa rol 10227-2017, de 29 de junio de 2017.
33. Corte Suprema, causa rol 10336-2017, de 28 de junio de 2017.
34. Corte Suprema, causa rol 19606-2016, de 29 de mayo de 2017.
35. Corte Suprema, causa rol 13798-2016, de 10 de abril de 2017.
36. Corte Suprema, causa rol 13798-2016, de 02 de abril de 2017.
37. Corte Suprema, causa rol 5092-2017, de 14 de marzo de 2017.
38. Corte Suprema, causa rol 8134-2016, de 07 de marzo de 2017.
39. Corte Suprema, causa rol 37705-2015, de 31 de enero de 2017.
40. Corte Suprema, causa rol 21889-2015, de 05 de enero de 2017.
41. Corte Suprema, causa rol 27191-2015, de 3 de enero de 2017.
42. Corte Suprema, causa rol 49915-2016, de 29 de diciembre de 2016.
43. Corte Suprema, causa 36601-2015, de 27 de diciembre de 2016.
44. Corte Suprema, causa rol 76348-2016, de 21 de noviembre de 2016.
45. Corte Suprema, causa rol 62099-2016, de 08 de noviembre de 2016.
46. Corte Suprema, causa rol 10601-2016, de 26 de septiembre de 2016.
47. Corte Suprema, causa rol 7949-2015, de 12 de septiembre de 2016.
48. Corte Suprema, causa rol 10652-2015, de 18 de agosto de 2016.

49. Corte Suprema, rol 30971-2016, de 12 de julio de 2016.
50. Corte Suprema, causa rol 3415-2015, de 01 de julio de 2016.
51. Corte Suprema, causa rol 351-2016, de 23 de junio de 2016.
52. Corte Suprema, causa rol 9706-2015, de 13 de junio de 2016.
53. Corte Suprema, causa rol 32141-2015, de 02 de junio de 2016.
54. Corte Suprema, causa rol 4408-2015, de 30 de mayo de 2016.
55. Corte Suprema, causa rol 1920-2015, de 28 de abril de 2016.
56. Corte Suprema, causa rol 3276-2015, de 29 de marzo de 2016.
57. Corte Suprema, causa rol 920-2015, de 12 de enero de 2016.
58. Corte Suprema, causa rol 26208-2014, de 23 de diciembre de 2015.
59. Corte Suprema, causa rol 15161-2015, de 21 de diciembre de 2015.
60. Corte Suprema, causa rol 30038-2014, de 10 de diciembre de 2015.
61. Corte Suprema, causa rol 26694-2014, de 26 de octubre de 2015.
62. Corte Suprema, causa rol 24304-2014, de 02 de octubre de 2015.
63. Corte Suprema, causa rol 23118-2014, de 1 de julio de 2015.
64. Corte Suprema, causa rol 12462-2014, de 25 de mayo de 2015.
65. Corte Suprema, causa rol 31925-2014, de 04 de mayo de 2015.
66. Corte Suprema, causa rol 10619-2010, de 19 de marzo de 2015.
67. Corte Suprema, causa rol 11862-2014, de 17 de marzo de 2015.
68. Corte Suprema, causa rol 6041-2014, de 29 de diciembre de 2014.
69. Corte Suprema, causa rol 29095-2014, de 10 de diciembre de 2014.
70. Corte Suprema, causa rol 2857-2014, de 9 de septiembre de 2014.
71. Corte Suprema, causa rol 15005-2013, de 28 de mayo de 2014.
72. Corte Suprema, causa rol 10911-2013, de 9 de abril de 2014.
73. Corte Suprema, causa rol 7849-2013, de 28 de octubre de 2013.
74. Corte Suprema, causa rol 4447-2013, de 4 de septiembre de 2013.

75. Corte Suprema, causa rol 2146-2012, de 25 de marzo de 2013.
76. Corte Suprema, causa rol 1410-2012, de 25 de marzo de 2013.
77. Corte Suprema, causa rol 2489-2012, de 25 de marzo de 2013.
78. Corte Suprema, causa rol 3493-2012, de 18 de marzo de 2013.
79. Corte Suprema, causa rol 11835-2011, de 14 de enero de 2013.
80. Corte Suprema, causa rol 8448-2010, de 20 de diciembre de 2012.
81. Corte Suprema, causa rol 7166-2011, de 19 de diciembre de 2012.
82. Corte Suprema, causa rol 5986-2010, de 26 de noviembre de 2012.
83. Corte Suprema, causa rol 5840-2010, de 17 de octubre de 2012.
84. Corte Suprema, causa rol 5957-2012, de 7 de septiembre de 2012.
85. Corte Suprema, causa rol 3334-2009, de 10 de agosto de 2010.
86. Corte Suprema, causa rol 4849-2010, de 3 de agosto del 2010.
87. Corte Suprema, causa rol 3002-2008, de 21 de julio de 2009.
88. Corte Suprema, causa rol 3312-2008, de 6 de julio de 2009.
89. Corte Suprema, causa rol 2043-2008, de 23 de junio de 2009.
90. Corte Suprema, causa rol 1708-2008, de 23 de abril de 2009.
91. Corte Suprema, causa rol 5996-2007, de 08 de abril de 2009.
92. Corte Suprema, causa rol 6951-2007, de 26 de marzo de 2009.
93. Corte Suprema, causa rol 1541-2008, de 25 de marzo de 2009.
94. Corte Suprema, causa rol 4828-2006, de 14 de octubre de 2008.
95. Corte Suprema, causa rol 2407-2005, de 16 de marzo de 2006.
96. Corte Suprema, causa rol 1446-2004, de 02 de enero de 2006.

II.- CORTE DE APELACIONES

Corte de Apelaciones de Arica

1. Corte de Apelaciones de Arica, causa rol 402-2017, de 29 de enero de 2018.
2. Corte de Apelaciones de Arica, causa rol 681-2004, de 28 de abril de 2005

Corte de Apelaciones de Antofagasta

1. Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 693-2016, de 03 de enero de 2017.
2. Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 1604-2014, de 24 de marzo de 2015.
3. Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 107-2013, de 27 de mayo de 2013.

Corte de Apelaciones de La Serena

1. Corte de Apelaciones de La Serena, causa rol 1871-2011, de 23 de marzo de 2012
2. Corte de Apelaciones de La Serena, causa rol 596-2010, de 18 de noviembre de 2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso

1. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa rol 123-2016, de 17 de mayo de 2016.
2. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa rol 2146-2014, de 30 de julio de 2015.

Corte de Apelaciones de Santiago

1. Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 6858-2018, de 7 de agosto de 2018.
2. Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 5450-2017, de 30 de junio de 2017
3. Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 439-2003, de 07 de noviembre de 2007.

Corte de Apelaciones de San Miguel

1. Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1450-2017, de 06 de octubre de 2017.
2. Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1855-2016, de 21 de febrero de 2017.
3. Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1081-2015, de 04 de noviembre de 2015.
4. Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 941-2015, de 31 de julio de 2015.
5. Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1170-2014, de 12 de febrero de 2015.
6. Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 1440-2014, de 23 de enero de 2015.

Corte de Apelaciones de Rancagua

1. Corte de Apelaciones de Rancagua, causa rol 790-2016, de 14 de marzo de 2017.

Corte de Apelaciones de Chillán

1. Corte de Apelaciones de Chillán, causa rol 413-2017, de 19 de abril de 2018.
2. Corte de Apelaciones de Chillán, causa rol 381-2017, de 31 de enero de 2018

Corte de Apelaciones de Concepción

1. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 480-2018, de 27 de julio de 2018.
2. Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 1621-2015, de 01 de abril de 2016.

Corte de Apelaciones de Temuco

1. Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 145-2013, de 25 de julio de 2013.

Corte de Apelaciones de Coyhaique

1. Corte de Apelaciones de Coyhaique, causa rol 36-2016, de 20 de julio de 2016.