

EL PRECARIO DE INMUEBLE EN TODOS SUS ESTADOS, UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN^º

En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.

Carlos Pizarro Wilson^º

Daniel Peñailillo ha sido un civilista importante en la doctrina chilena. Ha incursionado en diversas áreas del derecho privado y de la profesión jurídica, destacando su aporte en el derecho de las cosas o bienes, cuyo texto “Los Bienes” es una consulta obligada para jueces, abogados, profesores y estudiantes. También el profesor Peñailillo, desde hace algo más de cinco años ha trabajado como abogado integrante en la Corte Suprema, en particular en la Primera Sala, y en sus fallos podemos encontrar sabiduría y certeza. Por sus méritos académicos es merecido que se le rinda un homenaje por sus colegas profesores.

En lo que sigue y para honrar la figura de don Daniel, me ocuparé de la discusión dogmática sobre la figura del precario. Aquella institución que si bien recogida en las postrimerías del comodato ha logrado expandir su influencia y atracción más allá de lo esperable, hoy genera ingentes problemas en la práctica judicial.¹ No es un intento por mostrar novedad, pues ya varios me han precedido y sin duda con mayor profundidad, pero acá lo que se pretende es dotar a la acción de coherencia para la solución de todos los casos que puedan presentarse.

La figura del precario ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria y oscilante, que en general podríamos denominar casuística, lo que importa una cierta desazón para abogados y las partes que enfrentan dichos conflictos relativos a la tenencia e intento de recuperarla por parte del dueño del inmueble. No es que exista un caos en los fallos que deciden los asuntos relativos al precario, en términos que a cada proceso una solución, o al menos no pareciera serlo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Sólo que es posible decantar, más o menos, dos

^º El texto tiene su origen en una conferencia pronunciada en Puerto Varas en noviembre de 2018, en el marco de las Jornadas Judiciales de Derecho Civil que organiza la asociación regional de magistrados de la región de los Lagos, bajo la invitación de la magistrada del juzgado de letras de Puerto Varas, señora Lorena Lemunao Aguilar.

^º Profesor de derecho civil en la Universidad Diego Portales y en la Universidad de Chile. Correspondencia a carlos.pizarro@udp.cl

¹ En general sobre la figura del precario, Halabí Riffo, F. y Saffirio Suárez, C. (1996) *La acción de precario ante la doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Conosur; Rostión, I. (2013) *El precario ante la jurisprudencia*, Santiago, LegalPublishing; Ramos Pazos, R. (1996), “El precario”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, vol. 180, p. 7 y ss; Selman Nahum, A. (2018) “Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista”, *Revista Ius et Praxis*, n°2, pp. 341 y ss.; Larroucau, J. y Rostión, I. (2013) “Del juicio precario”, en Barcia Lehmann, *Fundamentos de derechos reales en el derecho chileno*, Santiago, LegalPublishing-Thompson Reuters, p. 37 y ss.

posiciones bastante nítidas y que según sea la formación de la Cuarta Sala, la que se ocupa de la figura dada la distribución de competencias internas del alto tribunal, se puede inclinar en uno u otro sentido, aunque en ciertos casos con algunos matices, más bien cercanos a la justicia material. Desde ya dejemos claras estas dos posiciones de enfrentar el problema del precario.

Por un lado, existe una posición jurisprudencial que denominaremos fáctica. Los fácticos entienden que cualquiera sea la razón por la cual el demandado detenta el inmueble que sea distinta a la mera tolerancia o ignorancia del dueño al momento en que se inicia la tenencia y con independencia del decaimiento de los derechos, títulos, contratos o meras relaciones familiares o de convivencia, la acción de precario deberá rechazarse. En otros términos, lo decisivo para dilucidar si debe admitir o no la acción es la forma en que el supuesto precarista ingresó al inmueble, sin que sea relevante si aún detenta algún título que justifique la tenencia. Lo relevante para aceptar o no la acción de precario del demandante es averiguar si el demandado tuvo o no algún título que lo habilitara para ocupar el inmueble, aunque dicha carta de triunfo se haya desvanecido de manera voluntaria o forzada.

Es lo que el ex ministro de la Corte Suprema don Carlos Cerda Fernández en tono coloquial planteaba bajo la siguiente pregunta: “¿Entró por la ventana?”. No, entonces, no se trata de la acción idónea, pues el precario sólo está para la ocupación sin título alguno que pueda justificarla, bajo el supuesto de regular una mera cuestión de hecho, sin que haya atisbo de derecho que justifique el ingreso del supuesto precarista al inmueble.

Sólo puede prosperar el precario de acuerdo con artículo 2195 inciso 2° bajo esta tesis jurisprudencial en la hipótesis del denominado *okupa*, que es la menos presente en la jurisprudencia. Se asimila siempre el precarista a un ocupante de facto, sin papeles, sin relaciones familiares, sin contratos, sin derechos, ya sea que emanen de terceros o del propio demandante. Es una situación muy triste donde aflora la soledad en toda su intensidad. Ese, sólo ese precarista, debe irse y restituir bajo la tesis estricta que entiende el precario en pura facticidad.

Esta misma tesis jurisprudencial, entiende que, si bien pueden avizorarse situaciones ilícitas o ilegales, que incluso corresponda la restitución, no debe ser el precario la vía para alcanzar ese objetivo. Habrá otra u otras acciones, pero no ésta, pues se requiere una simple situación de hecho, lo que se ve reforzado con asumir que en el juicio sumario no se pueden discutir cuestiones de fondo o sustantivas, que tienen que ver con disputas de derechos, extinción de contratos, o relaciones familiares.

La otra vereda, en cambio, se afina en determinar si existe o no el deber de tolerar la ocupación o tenencia del precarista por el dueño del inmueble. Poco importa de donde emanen los derechos, del propio demandante, de un tercero, de relaciones familiares u otras, lo relevante para dirimir si debe o no prosperar la acción de precario es si quien la ejerce debe o no tolerar o está obligado a tolerar o si le resulta oponible el derecho o título que reclama el demandado para usar y gozar de la cosa. Si no existe oponibilidad u obligación de tolerancia, la acción debe acogerse.

Un reciente fallo de la 4ª sala muestra esta dicotomía, el cual fue pronunciado el 10 de octubre de 2018.² Se trataba del actual poseedor inscrito, quien mediante la acción de precario intentaba la restitución del inmueble ocupado por los demandados, quienes a su turno esgrimían el contrato de arrendamiento pactado a 200 años de plazo y suscrito por su padre con el anterior dueño y ese título los habilitaba para ocupar la propiedad. La sentencia recurrida estableció que la ocupación no se debe a la tolerancia o mera ignorancia del dueño, si no por el contrato de arrendamiento celebrado entre el anterior dueño y el padre de los demandados. El fallo de casación indica que “nada ha quedado de este conciso texto sin discutir en tribunales; por lo tanto, pocas cosas son pacíficas respecto del precepto en cuestión”. Si bien es efectivo que la jurisprudencia es abundante, otra distinta es que los debates se hayan agotado o que todo se haya discutido. Continúa la sentencia afirmando que acá no debiera discutirse acerca de la “oponibilidad” o no del título que se esgrime, en la especie, el contrato de arrendamiento celebrado por el padre de los demandados con el anterior dueño, sino que lo circunscribe a los efectos sobre el contrato de arrendamiento ha tenido la pérdida de dominio por parte del arrendador. El fallo de mayoría sostuvo que ni siquiera era necesario recurrir a la discusión de la oponibilidad, porque el mentado contrato de arrendamiento se había extinguido al haber expirado el derecho del arrendador y por lo mismo el requisito “sin previo contrato” estaba satisfecho. No aclara el fallo por qué en un proceso sumario se terminó discutiendo la existencia y término del arrendamiento acompañado y celebrado en su momento por el padre de los demandados con el antiguo dueño, ni tampoco si basta que el requisito no se satisfaga al momento del ingreso en la ocupación o al momento de dictar sentencia, aunque se desprende que asume esta última posición. Tampoco se determina por qué sería una situación de precario y no injusto detentador que haría aplicable el artículo 915 del Código Civil. Tampoco se alude

² Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol 14.605-2017.

que atendido que habría expirado el contrato por transferencia a un tercero, y no resultarle oponible conforme la disciplina del artículo 1962 del Código Civil, que en ese caso procederían las indemnizaciones conforme lo dispone el artículo 1961 del mismo Código. Pero al haberse fallado en casación que el contrato expiró, quedó trunco o dificultoso ese derecho.

Dice el fallo que una cuestión clara es que se exige para el precario que no exista contrato, pero eso también ha sido controvertido en forma reciente, al sostener que la correcta interpretación no es que se exija la ausencia de contrato, pues aún existiendo tal puede no prosperar el precario.³ En consecuencia, el fallo determina que ya no había contrato, pero aplicando las reglas de extinción del arrendamiento, conforme el artículo 1950 del Código Civil.

Citando la obra de Guzmán Brito se laude a que estaríamos frente a un “precario sobrevenido”, al haberse extinguido el derecho del tenedor por alguna causa. Tampoco resulta claro por qué no sería la figura del artículo 915 del Código Civil la que debería considerar el fallo y en cambio preferir un texto doctrinal relativo al funcionamiento de una figura en el derecho romano. No se3ría acaso esa disposición, aquella del 915, la llamada a resolver el problema, pues se trataría de la acción del dueño contra el mero tenedor que retiene injustamente.⁴

En cambio, el voto de minoría señala que:

“Que, conforme esta Corte viene sosteniendo de manera permanente, la figura del precario corresponde a una noción que obedece estrictamente a una cuestión de hecho, cuya consecuencia jurídica que la ley prevé, se enerva en caso que el tenedor logre acreditar la concurrencia de un motivo o razón que justifique su ocupación, la cual debe tener la entidad necesaria, de forma tal que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea de lo aparentemente ajeno”.⁵

³ Atria Lemaitre, F. (2017) “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción del precario”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XXX, n°2, p. 57 y ss. :“el demandado ha probado que detenta no como *okupa* sino porque su detentación fue pactada con el dueño, en el contexto de una relación que excede a la detentación de la cosa. Por esta razón, en la medida en que ese pacto no cree una obligación oponible al dueño de tolerar el uso de la cosa, no debería ser óbice para la procedencia de la acción de precario, pero muchas veces las cosas no son tan claras. Eso por supuesto no implica que el demandado tenga derecho. Pero sí implica que se trata de situaciones que no pueden ser discutidas en el contexto de una acción de precario, que es especialmente sumaria y que restringe notoriamente a la índole de cuestiones que pueden ser argüidas por el demandado. En estos casos, los tribunales, divisando de lejos una situación jurídica mayor de la que admite una acción de precario, rechazan la acción con la explicación insostenible de que no se trata de precario, porque la cosa originalmente fue entregada al demandado por el demandante”.

⁴ Atria Lemaitre, F. (2017) “El sistema de acciones reales, parte especial: acción reivindicatoria, publiciana y del art. 915), *Revista Ius et Praxis*, año 23, p. 147 y ss. En particular sobre las diversas interpretaciones del precepto, p. 192 y ss.

⁵ Corte Suprema, 10 de octubre de 2018, Rol 14.605-2017

Surgen por lo mismo formas distintas de resolver los más variados casos en sede del precario. La casuística es inabarcable.

Así, por ejemplo, el o la conviviente o la o el ex cónyuge que luego de la separación de facto o divorcio sigue residiendo en el inmueble, situación de hecho, tenencia de la cosa, ¿puede reclamarse la restitución por la vía del precario? Es posible que esgrima como “título” una relación de hecho -convivencia- o de derecho -matrimonio- que justifique lo que el artículo 2195 inciso 2º denomina contrato previo. Nuestra opinión es negativa, pero la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse en sentido diverso.

Así se ha presentado en la jurisprudencia. En un fallo de la Corte Suprema, Rol 8134-2016, el demandante de precario era poseedor inscrito del bien raíz cuya restitución reclamaba. Sin embargo, la demandada, antigua conviviente de un precedente proopietario, ya fallecido, la cual habitaba el inmueble con su hija, se negaba a la restitución. La Corte estimó, en su voto de mayoría, que existía título, el cual derivaba de esa antigua convivencia, no ocupando el inmueble por mera tolerancia o ignorancia del actual dueño, lo que llevó a rechazar la acción.

Otra situación. El poseedor inscrito con crédito hipotecario es objeto de remate de la propiedad, la cual se la adjudica un tercero, quien inscribe el inmueble a su nombre, pero el antiguo propietario sigue residiendo junto a su familia en el inmueble. No ingresó tampoco por la ventana, sino que la desventura económica llevó al remate de su casa. ¿Procede ahí el precario?

Aún más, puede ocurrir que un sujeto ocupe la propiedad en virtud de un contrato de arrendamiento con un tercero, antiguo dueño, por ejemplo, o con un tercero que arrendó lo ajeno, o incluso que haya celebrado una promesa de venta con el antiguo propietario o una genuina venta, pero no inscrita. Es decir, el ocupante tiene un contrato, pero es, en principio, *res inter alios acta* respecto del actual dueño, no lo vincula. ¿Puede éste ejercer la acción de precario contra este ocupante y su familia?

En otro ámbito, no es inusual que un heredero del causante y poseedor inscrito resida en el inmueble, pero suele ser además el menos favorecido en la vida con fortuna, por algo vivía con los padres, pero una vez que éstos fallecen, el ocupante vende sus derechos hereditarios, a un tercero o a alguno de sus hermanos. Puede prosperar ahí el precario contra un heredero que enajenó sus derechos hereditarios recaídos sobre el inmueble.

Todas estas situaciones muestran lo relevante del problema y que los mismos pueden ser resueltos desde dos perspectivas según las posiciones descritas en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Estas vicisitudes no opacan el hechizo cuasi mágico que genera esta acción que en cierta forma azarosa aparece en las postrimerías del régimen legal aplicable al comodato, contrato que en sus versiones de propiamente tal, comodato a secas y comodato precario, termina en el artículo 2195 inciso 2º con una tercera figura, que no constituye una relación contractual, y alejada del tipo de contrato real ahí regulado, el cual se perfecciona con la entrega de la cosa, tras el necesario consenso, pero acá en el precario se ocupa o tiene la cosa sin “previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

Veamos algunas premisas para avanzar en el análisis de los problemas que aquejan a la figura del precario.

Desde ya cabe señalar como primera premisa de análisis que el precario no es un contrato, a diferencia del comodato y el comodato precario y, por lo mismo, la entrega no constituye un elemento de su configuración, al serle ajena la calificación no sólo de contrato, sino también de un contrato real. Por lo mismo la acción que ejerce el dueño no emana de un contrato, no se trata de una acción de naturaleza contractual, sino legal.⁶ El precario surge de una situación de hecho sin que exista acuerdo ni tampoco una causa que justifique la tenencia. Debemos tener por asentado, que quien ejerce la acción de precario no debe probar la existencia de ningún vínculo convencional u otra fuente de las obligaciones, pues lo que pretende es la restitución del bien basado en la propia ley que le otorga la acción restitutoria. No hay necesidad de acreditar por parte del demandante alguna relación con el demandado, ni tampoco que él le haya entregado u otro la cosa, el inmueble. Es irrelevante la razón por la cual el ocupante tiene la propiedad desde la perspectiva del demandante. De alguna manera, el dueño, enfrenta al ocupante, despreocupado del pasado, siendo sólo relevante que el supuesto precarista esté ahí, ocupando el inmueble. La prueba a cargo del demandante es la tenencia de la cosa por parte del demandado y a quien le asigna el carácter de precarista. La exclusión de contrato o relación contractual entre el dueño del inmueble y el precarista ha permitido a Atria, en nuestra opinión el autor que ha mirado con mayor detención la acción, sostener que al no existir necesidad de acreditar la causa de la tenencia, el demandante no debe probar la causa eficiente de dicho estado del demandado respecto de la cosa. Sólo la tiene sin importar por qué la detenta. El origen de la tenencia es irrelevante. Esto no es baladí, pues al estar liberado el demandante de probar la entrega de la cosa, se aliviana su carga probatoria, la cual se trasladaría, según veremos, al propio

⁶ Esta idea la expone y desarrolla Atria (2017), p. 67 y 68.

demandado, quien sí debe acreditar alguna razón o justificación de por qué ocupa el bien o lo detenta materialmente, lo que debe enmarcarse en excluir la mera tolerancia o ignorancia del propietario demandante mediante la existencia de un contrato o título previo, pero aún más, que le sea oponible al dueño y demandante. En otros términos, basta al propietario acreditar la propiedad, lo que es bastante sencillo si detenta la inscripción, amparado en la presunción del artículo 700 del Código Civil y una vez probado también que ocupa el inmueble el demandado, toda la carga de la prueba está en el precarista, pues es él quien deberá probar que tiene un título que justifique dicha ocupación. Desde la mirada de las acciones reales, Atria critica este modelo, no sólo porque queda liberado el demandante y propietario de probar la causa de la tenencia, lo que es consistente con la ausencia de contrato real, sino que no le basta la mera propiedad, por un lado, y la tenencia, por otra, para que el propietario pueda exigir la restitución.⁷ No habría, según dice, existiría un principio tratándose de las acciones reales, conforme el cual nunca basta sólo acreditar la propiedad para hacerse de la cosa que se encuentra en mano de otro. No existe, dice, un principio que por “el solo hecho de que alguien sea dueño de algo no implica inmediata y directamente que cualquiera que lo tenga debe restituirlo”.⁸ Sin embargo, la interrogante no es si existe un principio, sino si la ley habilita mediante una acción de naturaleza legal al propietario a exigir la restitución del bien que ocupa, in que éste pueda acreditar que hay una razón válida y oponible al dueño para tolerarla. Si las acciones reales tienen una fisonomía diversa es una cuestión que no importa imponerle esa misma realidad a la acción del propietario en el caso del precario. No se percibe por qué el dueño de un bien que ocupa otro sin que que tenga una buena razón para hacerlo, salvo la ignorancia o tolerancia del mismo propietario, no pueda exigir en forma directa y simple que le restituya el bien.

En consecuencia, el precario exige la prueba de la tenencia, a ciegas hacia el pasado y una vez que esa situación de hecho se prueba, el dueño podría requerir la restitución fundado en el artículo 2195 inciso 2º. El precario habilitaría recurrir a la exigencia de restitución conforme la ley sin que detente una acción real, sino legal, pero cuyo objetivo es recuperar un bien, en este caso, el inmueble ocupado por el presunto precarista.

A esto cabe agregar, como segunda aproximación derivada de la inexigibilidad de acreditar la causa de la detentación por el precarista, que el propietario del bien ejerce una acción restitutoria de origen legal, cuya fuente, en consecuencia, es la propia ley, mas no el contrato, en

⁷ Atria (2017), p. 69.

⁸ *ibidem*

razón de su calidad de propietario. De ahí la compatibilidad entre la acción contractual por comodato precario y aquella del precario, y parece algo tosco rechazar la acción porque existía un comodato y no era precario, por la mera razón de la existencia de un contrato.

Esto tiene importancia para que afirmemos que la disciplina de la acción de restitución no queda sometida al régimen de los contratos o al menos no debiera serlo, aunque incluso pueda existir un contrato entre el dueño y el precarista, pero éste sólo está por la tolerancia o ignorancia del propietario. Como se ha observado, el artículo 2195 inciso 2º no exige que no haya contrato, pues pueden existir relaciones contractuales que esgrima el precarista, lo relevante es si esa relación contractual o contrato que hace valer importa entender que no está en el inmueble por la mera tolerancia del propietario.

El principal problema jurisprudencial del precario incide en los inmuebles, los cuales como tales quedan regidos por el sistema registral. Existe la necesidad de inscripción que otorga la posesión inscrita con independencia de la posesión material, mera tenencia, injusta detentación o tenencia simple del inmueble. Conforme ha sido desentrañado por el profesor Atria, la relación jurídico-fáctica de un sujeto de derecho frente al inmueble es variada y eso determina en gran medida la acción que se le otorga a un sujeto que pretende un derecho, posesión o tenencia del inmueble. La paradoja estriba en que tratándose de inmuebles es factible que se produzca una disociación entre la posesión inscrita y la material, pero que explica las dificultades argumentativas para resolver el problema de inscripciones paralelas, dado que ambas partes detentan una inscripción y, por ende, posesión, quedando la acción reivindicatoria supeditada a que la ejerza un poseedor en contra de otro poseedor, ambos con inscripciones a su favor.⁹ Lo mismo ha denunciado el profesor Pereira, quien explica lo ilógico que sea la acción reivindicatoria ejercida por un poseedor, pues dicha calidad se la entrega la mera inscripción con independencia de la posesión material, lo que arrastra ingentes problemas.¹⁰

Por su lado, en el caso del precario es usual que el sujeto que tiene la cosa lo haga en virtud de un contrato celebrado con un tercero, promesa de compraventa, o incluso venta no inscrita y en estos casos, reúne los requisitos de la posesión material, de acuerdo a lo previsto en el artículo 700 del Código Civil, que como sabemos reconoce la presunción de dominio a favor

⁹ Atria (2017), p. 61 y ss.

¹⁰ Pereira Fredes, E. (2017) “la desprotección como paradoja de la inscripción: cuestiones de justificación de la teoría de la posesión inscrita”, en Estudios de Derecho Civil, Santiago, Thompson Reuters, p. 181 y ss.

del poseedor, pero atendido que no tiene posesión inscrita, su tenencia y posesión con ánimo de señor y dueño resulta irrelevante. Al no tener posesión inscrita, no tiene nada.

Resulta al menos curioso que en esa hipótesis el propietario o quien se pretende tal no pueda ejercer la acción reivindicatoria, pero al mismo tiempo tampoco resultan idóneas las acciones posesorias si ha trascurrido un año y entonces, el propietario frente a este mero detentador está desprovisto de acción, tanto personal, como real, o al menos no aparece en forma clara cuál debiera ejercerse. Ni la jurisprudencia, ni menos la doctrina, a la cual le toca dicho trabajo, han esclarecido este asunto. El oscurantismo cae en este tipo de situaciones, pero los jueces deben fallar y entregar una solución, sea como sea. La doctrina no ha ayudado, porque no ha entregado luces sobre la cuestión, sino más bien controversia y diversas posiciones que arrancan de miradas inextricables relacionadas con interpretaciones literales o liberales del artículo 2195 inciso 2º. En consecuencia, el precario y su acción restitutoria ha generado un atractivo práctico para dar solución a diversas situaciones en que un sujeto ocupa o tiene un bien, en general inmueble, sin contrato o título que la justifique, pero aún más, sólo por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Veamos ahora, las condiciones que habilitarían para ejercer la acción de precario.

La primera y obvia, que no debiera suscitar controversia es el dominio por quien ejerce la acción. Esta exigencia se desprende del tenor del precepto que indica “tenencia de cosa ajena” y finaliza indicando “por ignorancia o mera tolerancia del dueño”. No sólo quien detenta la cosa es tenedor del inmueble de otro, lo que nos lleva a concluir que ese tenedor reconoce el dominio ajeno, pero como ya dijimos no es un “mero tenedor”, sino un tenedor simple. Y la frase final del precepto indica que es el dueño quien ha ignorado o tolerado esa tenencia.

Así queda plasmada la primera condición, quien ejerce la acción debe acreditar que es dueño del inmueble. Debemos considerar acá la diversa exigencia en relación con la prueba del dominio que se le exige al propietario en la hipótesis de la acción de precario y aquella reivindicatoria.¹¹ Es sintomático que, al momento de evaluar las condiciones del ejercicio de la acción, quien la ejerce debe probar que el dueño o propietario, pues sólo en esa calidad puede pretender la restitución del inmueble de manos del precarista. Pero para probarlo sólo le basta acompañar la copia de la inscripción de dominio y nada más, sin que sea necesario acreditar un modo de adquirir el dominio, tal como la tradición o la prescripción adquisitiva, ordinaria o

¹¹ Sobre esto, Larroucau y Rostión (2015), p. 67 y ss.

extraordinaria, esta última la más frecuente. Por lo mismo, podemos concluir que el precario requiere la prueba del dominio en forma más ligera que la acción de dominio por excelencia, la reivindicatoria.

Para explicar esta diferencia se ha establecido un criterio interpretativo funcional según la finalidad de la acción que se ejerce. En razón que en la acción reivindicatoria se trata de una batalla por la propiedad entre ambos poseedores inscritos, el modo de adquirir es fundamental; en cambio, en el precario no está en juego el dominio de la cosa, sino que su prueba es un medio para exigir la restitución de un detentador, mas en ningún caso alguien que alegue derechos o posesión sobre la cosa, lo que haría inviable la acción de precario. Mientras la presunción de dominio a partir de la posesión favorece al que ejerce la acción de precario, no ocurre lo mismo con el reivindicante, a quien no aprovecha dicha presunción. Esta importante diferencia ha sido criticada por Larroucau, para quien resulta inadmisibles la diferencia en el criterio para admitir o no la prueba del dominio del inmueble en cuestión.¹²

En todo caso la jurisprudencia se inclina por la prueba liviana, liberando al dueño que incoa la acción de precario acreditar un modo específico de adquirir el dominio. Conforme indicamos, le basta al demandante esgrimir como prueba del dominio la inscripción, sin que se requiera un modo de adquirir tal como la tradición o la prescripción adquisitiva.

En segundo término, conforme indica el artículo 2195 es necesario que se verifique “la tenencia de una cosa ajena”. Qué significa esa tenencia del precarista. Ya vimos que el precarista está en una variada situación jurídica y fáctica, pero en lo esencial tiene la cosa, el inmueble, lo ocupa, lo usa, goza del mismo. A veces con ánimo de señor y dueño como poseedor material, aunque sin serlo en términos jurídicos, al carecer de inscripción o que esgrima algún título para estar en el inmueble, como la celebración de una promesa o una compraventa no inscrita, pero el requisito desnudado en su esencia es que detente la tenencia material del inmueble. La tenencia se satisface sólo con la ocupación material del demandado. Una cuestión diversa es si esa ocupación se justifica o no y si la justificación importa al demandante en términos que le sea oponible o resulte obligado.

¹² Larroucau (2014), “La prueba completa del dominio en la acción reivindicatoria”, en *Estudios de derecho Civil IX*, Santiago, Legal Publishing, p. 68 y ss.

En términos negativos, algunas defensas del demandado deberían ser aceptadas. La primera es que acredite que es poseedor inscrito y, por lo mismo, la tenencia se ampare en el sistema registral, lo que disputa el dominio y, por lo mismo, en vez de tratarse de una mera exigencia de restitución se traslada el debate a la tensión entre derechos de dominio en disputa, desvaneciéndose la presunción de dominio a favor del demandante a partir de la mera inscripción de dominio.

Es todavía posible que el demandado exija el respeto de la tenencia por parte del demandante, pues éste resulta obligado, ya sea porque ha celebrado un contrato de arrendamiento u otro que le haya habilitado a tener la cosa.

La solución entonces estará en el derecho de los contratos y en la relación específica que se trate, pero en ningún caso en el precario. Otra defensa del demandado sería que el precarista entienda que el dominio del demandante sea cierto, pero recaiga en un bien diverso de aquel que detenta y mal podría restituírselo al demandante, cuyo dominio recae en un terreno distinto. Sin embargo, en lo que atinge a este requisito es necesario que el precarista ocupe o tenga el inmueble del demandante o una parte de éste.

Acreditados esos dos elementos, la propiedad del demandante y que demandado ocupa parte o todo el inmueble del dueño, debemos asumir el elemento esencial o que cualifica el debate principal del precario, que la tenencia sea por *“ignorancia o mera tolerancia del dueño”*.

Cómo abordarlo desde la perspectiva de la prueba. Hay dos alternativas. Ya hemos indicado que el demandante queda excusado de probar la causa de la tenencia, por lo que no se sabe si emana de él o de un tercero o por un acto propio del tenedor. Luego, a diferencia del comodato o el comodato precario, la tenencia puede ser por cualquier causa, pero para que prospere la restitución necesariamente debe ser por ignorancia o por mera tolerancia del dueño. Ahora debe el demandante probar que la tenencia la ignoraba o que él lo había tolerado o, en cambio, es el demandado, quien debiera probar que la ignorancia no es tal, o que existe un antecedente que disputa la mera tolerancia.

Para Atria acá es donde aflora lo bastardo de la acción, pues se aprovecha del régimen de las acciones reales, pero funciona como una acción personal.¹³ Basta la prueba de la posesión inscrita y ante la presunción del artículo 700, sin que se haya justificado la causa de la tenencia, es el supuesto precarista quien debe esgrimir un antecedente que justifique la ocupación y que,

¹³ Atria (2017), p. 72 y ss..

además, pueda exigir el respeto por parte del dueño. No se percibe lo incorrecto de este proceder, pues si se ha logrado acreditar la posesión y, por esa vía, el dominio, lo natural o normal es que la cosa esté bajo el uso y goce de su propietario y no de un tercero y si éste pretende que debe respetarse la tenencia debiera estar en condiciones de justificarla y de esa manera permanecer con la tenencia la cual sería exigible al dueño del bien. No hay, a nuestro parecer, diferencias en el tratamiento según se trate de una lógica de los derechos reales o personales, lo relevante es si quien ocupa la propiedad puede o no exigirle al propietario el respeto de ese derecho.¹⁴ Lo relevante no es la posición de un sujeto respecto de la cosa, lógica propia a los derechos reales, sino la existencia de un derecho del precarista que le permita ocupar el inmueble y que pueda ejercerlo respecto del propietario, lo cual vuelve a una lógica bilateral de las obligaciones. Puesto que estamos frente a una acción de naturaleza legal su régimen debe ser aquel de las obligaciones y lo relevante es, por ende, si el precarista tiene o no un título o antecedente jurídico que pueda reprocharle al propietario limitándolo en sus derechos de uso y goce y que deba posponer la exigencia de restitución.

Esta lógica es perfectamente aplicable a todos los casos, algunos simples, otros complejos y algunos difíciles de resolver, pero que siguiendo la guía propuesta no habrá fisuras para responder a todas las hipótesis posibles.

La primera hipótesis sencilla y, por lo mismo, fácil de resolver, es aquella en que el demandado es una *okupa*, y por lo mismo carece de todo antecedente, derecho o título respecto al inmueble, el cual tiene por una mera situación fáctica y material, ya sea porque el dueño lo ignora o lo ha tolerado por su mera voluntad. En esta hipótesis, no cabe duda, la acción debe prosperar. Sin embargo, esta no es la situación usual, sino marginal.

La segunda hipótesis, más compleja y amplia, es aquella en que el demandado detenta la cosa, pero esgrime un derecho o título respecto de la misma, pero no existe un deber de tolerancia del dueño.

Acá hay varias situaciones que refieren a contratos en que no ha sido parte el dueño. Así por ejemplo un contrato de arriendo con un tercero, del cual no adquirió el inmueble el actual propietario, por ejemplo porque existe arriendo de cosa ajena. O una promesa de venta celebrada también con un tercero o una compraventa precedente no inscrita. En todos estos casos la

¹⁴ Cfr. Atria (2017), p. 74.

pregunta es si quien tiene el inmueble lo hace por mera tolerancia, o en cambio dichos títulos debieran repudiar la acción de precario.

Todos esos títulos le resultan inoponibles ni tampoco generan obligación para el propietario y, por lo mismo, la restitución debiera prosperar, dado que respecto al dueño que ejerce la acción, los títulos no son vinculantes. Con independencia de la denominada “justicia material”, no existe ninguna otra razón jurídica que el hecho de la mera tolerancia del dueño lo que habilita a la tenencia.

Tanto es así que el demandado no tiene ninguna acción contra el dueño, sin perjuicio que pueda tener otras contra otros, terceros, con quienes celebró el contrato que justificaría su ocupación.

La tercera situación es aquella en que el demandado tuvo un derecho o título sobre el inmueble, pero éste pereció, ya sea por un acto voluntario del mismo demandado, la venta de sus derechos hereditarios o por un acto externo y forzado, el remate de su propiedad y adjudicación a un tercero, quien ejerce la acción de precario.

Tampoco acá debemos negar la acción, aún más que en caso anterior, no existe nada que justifique la tenencia que no sea la tolerancia del actual propietario. Poco importa el origen de la tenencia, la cual en su momento estuvo justificada sin que la tolerancia de otro fuere relevante. Desde el momento que pierde esa titularidad, pasa a ser la tolerancia lo que justifica la permanencia en la tenencia.

Por último, y sobre todo porque se trata de una hipótesis que suele sensibilizar al juez, queda por resolver aquella situación en que la tenencia del inmueble surge por una relación afectiva, ya sea filial, marital, de convivencia o mera amistad.¹⁵ En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido:

“Considerando séptimo: Que la situación descrita da cuenta de un conflicto jurídico que, en opinión de esta Corte, no procede resolver por la vía del precario. En efecto, la cuestión involucrada es un asunto de familia, que va más allá de si el demandado mantiene o no la calidad de administrador del bien en cuestión —estrictamente no la posee en la actualidad— y en consecuencia, existían otras vías idóneas para zanjar la cuestión meramente patrimonial, sea a través de la autorización para enajenar prevista en el artículo 138 bis en relación al artículo 1754 del Código Civil -lo que habría evitado los litigios sobre la supuesta nulidad de la venta- o de la liquidación

¹⁵ Etcheberry Court, Leonor, “El título de precario: Análisis jurisprudencial cuando lo que se invoca como título es una relación de familia. ¿Se desprotege la propiedad?”, en: Corral, H.; Manterola, P. (editores), *Estudios de Derecho Civil XII*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 73 y ss.

de la comunidad que se forma entre los hijos y el cónyuge sobreviviente, a la disolución de la sociedad conyugal, para lo cual no se necesita el acuerdo de las partes, ya que es una materia de arbitraje forzoso, sin que estas alternativas sean excluyentes de otras que las partes puedan establecer. Al obviarse los mecanismos que la ley contempla para solucionar las controversias, se deja espacio para promover litigios a los que no es posible ni razonable aplicar los criterios de índole diversa. La paz social, fin último del derecho, no parece alcanzarse si se canaliza la controversia por la vía intentada, cuyas connotaciones superan lo meramente patrimonial”.

“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 de que se trata y negarse a devolverlo a su legítimo dueño cuando ha sido requerida para ello”¹⁶

Discrepamos de esta solución. En definitiva, las relaciones de familia no pueden considerarse un título que habilite a enervar la acción restitutoria del precario, salvo que le se sea oponible al propietario. Si eso no es así, debe prosperar también la acción.

Qué conclusión debemos extraer y cómo lograr la sistematización anhelada que permita soluciones uniformes y coherentes.

Asumido que el precario constituye una relación fáctica ajena al contrato y por lo mismo la prueba del dominio puede asilarse en la presunción del artículo 700 inciso 2º del CC, importa entender la acción de precario como una genuina acción restitutoria de naturaleza legal, y en ningún caso contractual, alejándose de la regulación propia a los contratos, y basada en la titularidad del dominio de la cosa, y por lo mismo destinada a reunir en el propietario, no sólo el dominio y posesión inscrita, sino la tenencia de su cosa. La línea de solución, estricta y severa es que una vez satisfechos los elementos menos problemáticos, dejar la cuestión de la ignorancia y tolerancia bajo la mirada de la oponibilidad o no respecto al dueño del título o derecho que se pretende esgrimir y que justificaría la tenencia, bajo el prisma del derecho de las obligaciones atendida la naturaleza legal de la acción. Si no es oponible o no existe obligación de respetar la tenencia, la acción debe prosperar y si lo es la acción debe rechazarse.

La jurisprudencia seguirá siendo “precaria” mientras no se asuma en forma clara una posición dogmática en torno a esta acción, por lo mismo, toca escoger trinchera. Nosotros ya lo hemos hecho.

¹⁶ Corte Suprema, 6 de enero de 2015, rol n° 5550-2014.

