

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRECARIO EN LA JURISPRUDENCIA

JOSÉ MIGUEL LECAROS SÁNCHEZ\*

El artículo 2195 del Código Civil chileno establece la figura del precario describiéndola como una situación de hecho consistente en la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. La exigencia relativa al dominio por el demandante (y ausencia de dominio por el demandado) no presenta mayores problemas, como tampoco el requisito de la tenencia. No ocurre lo mismo, en cambio, con la expresión "sin previo contrato", que está en estrecha relación con el supuesto de que la tenencia se explica por ignorancia o mera tolerancia del dueño. De la revisión de la jurisprudencia se desprende que tal requisito y supuestos resultan bastante conflictivos y suponen una interpretación que, en los casos que llegan a los Tribunales, demuestra que es posible seguir distintos derroteros.

Desde luego, hay un error, bastante extendido por lo demás, consistente en creer que si el demandado no acredita que su tenencia se funda en un "contrato" (para algunos fallos) o más ampliamente en un "título" (para otros), quiere decir que la tenencia se explica por ignorancia o mera tolerancia. En ciertos casos se ha sostenido que si el demandado no prueba un fundamento a su tenencia, debe concluirse que la tenencia es por ignorancia o mera tolerancia, por lo cual no es necesario que el actor rinda prueba sobre este último punto<sup>1</sup>. Habría entonces una inversión de la carga probatoria provocada por la no justificación de un título por el demandado: acreditado por el demandante "que es dueño de un terreno y que lo ocupa el demandado, cabe presumir la mera tolerancia de aquel si el último no exhibe título alguno que autorice o justifique esa posesión, punto que a él incumbe probar"<sup>2</sup>. Es decir, que el demandado debe acre-

---

\* Profesor de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins.

<sup>1</sup> RDJ T. 88, sección 2ª, p. 32.

<sup>2</sup> RDJ T 77, sección 1ª, p. 25.

ditar que la tenencia material "la tiene a otro título distinto que el de ignorancia o mera tolerancia del propietario"<sup>3</sup>.

En otros casos se ha entendido que "la ignorancia o mera tolerancia del dueño es un elemento indispensable para la existencia del precario, hecho que corresponde al demandante acreditarlo en el pleito"<sup>4</sup>. La contradicción entre estos fallos se salva si se repara que la exigencia del "sin previo contrato" y de la tenencia "por ignorancia o mera tolerancia del dueño" son copulativas y que no necesariamente la ausencia de un título o contrato que justifique la tenencia supone a priori la ignorancia o la mera tolerancia. Así, un demandado que no se encuentra en condiciones de acreditar que su tenencia se justifica en algún contrato o título, podría obtener el rechazo de la demanda si acredita la existencia de otras circunstancias que se oponen a la ignorancia o a la mera tolerancia, tales como el hecho de haberse deducido antes por el actor contra el demandado una querrela de restitución<sup>5</sup>, que el demandado ha ocupado el inmueble contra la voluntad del actor<sup>6</sup> o que el inmueble ya se encontraba en el poder de la demandada a la fecha de la adquisición por el demandante<sup>7</sup>.

La calificación de la ignorancia o de la mera tolerancia es muy compleja. Si una persona se adjudica en remate un inmueble y con posterioridad acciona de precario contra el anterior propietario que lo sigue ocupando, ¿podrá sostenerse que no procede toda vez que si bien no hay título para el demandado, no hay ignorancia ni mera tolerancia de parte del actor dado que justamente la acción de precario evidencia su no tolerancia a aceptar dicha ocupación? Podrían llevarse las cosas tan lejos que la acción de precario nunca sería procedente pues el ejercicio de la acción justamente se opone a la ignorancia y a la mera tolerancia.

Nuestros Tribunales sin embargo han adoptado una postura bastante práctica, configurando mera tolerancia o no llegando a configurarla dependiendo de circunstancias cuyas diferencias son a veces bastante sutiles. Así, se acoge la acción de precario pues hay mera tolerancia de parte del subastador que adquirió el inmueble rematado en un juicio ejecutivo seguido contra el demandado<sup>8</sup>, pero en otra ocasión se rechaza la acción de precario aduciendo falta de tolerancia (y de ignorancia) en "la actitud

---

<sup>3</sup> RDJ T. 52, sección 1ª, p. 341; T. 64, sección 1ª p. 54.

<sup>4</sup> RDJ T. 62, sección 1ª p. 90; en el mismo sentido, RDJ T. 58, sección 1ª, p. 124.

<sup>5</sup> GJ N° 141, sentencia 7ª, p. 34.

<sup>6</sup> RDJ T. 31, sección 1ª p. 540.

<sup>7</sup> F. del M. N° 212, sentencia 3ª, p. 137.

<sup>8</sup> RDJ T. 67, sección 1ª, p. 110.

de quien al advenir el dominio del bien que tenía hipotecado en su favor acciona judicialmente para expulsar de él a quien lo gozaba como propietario pues con ello no hace sino rechazar, impedir, inhibir la tenencia, que es precisamente lo opuesto a la tolerancia"<sup>9</sup>. En este último caso se ha llegado al extremo que señalaba: si se entiende que el solo hecho de ejercer la acción demuestra falta de ignorancia y de mera tolerancia, la acción de precario nunca podrá ser acogida. En esta postura, la mera tolerancia es entendida –ha dicho la Corte Suprema– como “la exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor o gracia”<sup>10</sup>. El problema de ver así las cosas es que se llega a un túnel sin salida: 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 que es peor, que toda tolerancia termina cuando se acciona contra el ocupante; entonces, ¿ello hace desaparecer la tolerancia?

La calificación de la ignorancia es igualmente compleja. En una ocasión el demandado de precario intentó se rechazara la acción argumentando que respecto de la tenencia no había tolerancia de la actora (toda vez que demandó) y que por otra parte no podría haber existido ignorancia, toda vez que la demandante vivía en la casa vecina de la demandada y sabía que la anterior ocupante de la casa vecina, usufructuaria de ella, había fallecido. La Corte Suprema entendió que la ignorancia debía referirse no a la tenencia sino a la calificación jurídica de ella, para lo cual había que considerar el grado de instrucción, pues el Diccionario de la Real Academia define el término ignorancia “como la falta de instrucción y noticias”, y como lo expuesto por la demandante encuadra en ese concepto, debe concluirse que el estado de ignorancia de la actora de la situación jurídica en que se encontraba el demandado en el inmueble resulta atendible con lo sostenido por los testigos que aseveran las humildes luces de la demandante”<sup>11</sup>.

Un requisito indispensable para que proceda el precario es que la tenencia por el demandado carezca de justificación en algún título. La verdad es que el artículo 2195 solo señala que sea una tenencia “sin previo contrato”, pero como veremos esta expresión ha sido interpretada de una manera increíblemente amplia, incluyendo no solo contratos, sino títulos o antecedentes que justifiquen la tenencia.

<sup>9</sup> RDJ T. 85, sección 2ª p. 95.

<sup>10</sup> F. del M. N° 217, sentencia 3, p. 297.

<sup>11</sup> F. del M. N° 332, sentencia 2ª, p. 406.

Desde luego, hay que aclarar que debe tratarse de un título vigente. Cuando una persona ha comprado un inmueble y lo ha inscrito a su nombre en el Registro de Propiedad pero lo sigue ocupando el tradente, según se ha entendido, esa ocupación es precaria, toda vez que en virtud de la inscripción a nombre del comprador, ha cesado la posesión inscrita y se ha extinguido el dominio del tradente, sin que valga el argumento que pudiera invocar éste en orden a que *tuvo* un título que justifica esa ocupación. En tal caso puede decirse que su título de dominio *explica* el hecho de la ocupación *pero no lo justifica* jurídicamente<sup>12</sup>. Un relativamente reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción abunda al respecto señalando que el solo hecho que el comprador y dueño del inmueble disponga de una acción personal para exigir del anterior dueño —su vendedor— la entrega del inmueble, no excluye que pueda alternativamente ejercer la acción de precario. Ello, de igual manera que disponer de la acción reivindicatoria no excluye poder ejercer, alternativamente, la de precario<sup>13</sup>.

Por otra parte, se ha entendido que declarada la nulidad del contrato que invoca el demandado como título justificativo de su tenencia, ha de considerarse como si no existiera. Así, declarada la nulidad de un contrato de promesa de compraventa se reputa que “nunca hubo contrato entre las partes por lo que la ocupación del bien raíz por el demandado deriva de la mera tolerancia del dueño, constituyendo entonces una situación de hecho”<sup>14</sup>. Ahora bien. ¿Qué títulos o antecedentes pueden estimarse como suficientes para justificar la tenencia del demandado y obtener el rechazo de la demanda? Y otra pregunta: ¿hasta qué punto es legítimo que el demandado se defienda alegando dominio o impugnando el dominio alegado por el demandante si partimos de la base que en el juicio de precario el debate sobre el dominio no puede tener lugar por ser materia de un juicio de lato conocimiento?

El título o antecedente debería ser algún acto o contrato que justifique jurídicamente la tenencia u ocupación del bien. Así, por ejemplo, una promesa en que el promitente comprador recibió en forma adelantada el inmueble prometido comprar<sup>15</sup>. Esta es la situación más corriente en la jurisprudencia. Sin embargo, hay fallos que han entendido que una promesa de compraventa no es un título que pueda invocar el demandado toda vez que “sus efectos jurídicos solo originan una obligación de hacer: la de celebrar el contrato prometido...” “por lo que el demandado no ha podido

<sup>12</sup> RDJ T. 51, sección 1ª p 84; T.66, sección 2ª p 10; T. 67, sección 1ª p. 110.

<sup>13</sup> Apelación rol 1789-03, La Semana Jurídica N° 92, p 1121.

<sup>14</sup> Jurisprudencia al día, Normatec 24/87 pp 59-69, sentencia N° 24.

<sup>15</sup> RDJ T. 70, sección 1ª p. 47.

ocupar el inmueble mientras la obligación de firmar el contrato no haya sido declarada judicialmente"<sup>16</sup>.

Se han entendido también como títulos suficientes de ocupación un previo contrato de arrendamiento que da al ocupante la calidad de arrendatario<sup>17</sup>, un contrato de compraventa aunque no se haya inscrito<sup>18</sup> o aunque se hubiere vendido una cosa ajena<sup>19</sup>, un contrato de trabajo en que el ocupante inviste la calidad de cuidador del inmueble<sup>20</sup> o en que el trabajador recibió la casa como una regalía contractual o de cualquier otra forma<sup>21</sup> o un contrato de compraventa de minerales in situ, que implicaba la tenencia del yacimiento para extraerlos<sup>22</sup>.

Pero la jurisprudencia en ciertos casos ha sido ambigua: así por ejemplo, se puede encontrar un fallo donde parece desprenderse que la compra de derechos hereditarios aparecería como título justificativo de ocupación para el comprador de ellos, pero de una lectura más detenida se desprende que la sentencia más bien rechaza la demanda por estimar que esa compra de derechos hereditarios hecha a hermanos de la actora, excluye la ignorancia y la mera tolerancia<sup>23</sup>. Hay sin embargo un voto disidente en un fallo que sostiene que la compra y tradición de derechos hereditarios no es título que justifique la tenencia de un bien singular, o al menos no lo es frente a quien ha inscrito el inmueble a su nombre<sup>24</sup>.

En cambio se ha entendido que no es título que pueda esgrimir la parte demandada su calidad de concubina del dueño<sup>25</sup>, ni el solo ser hijo o cónyuge de la dueña del inmueble y por tal motivo encontrarse ocupándolo: "la relación matrimonial y filial no es título válido para ocupar el inmueble"<sup>26</sup>.

Basado en el antiguo artículo 71 del Código Civil, hoy derogado y en la antigua redacción del artículo 131 del mismo Código, hubo un fallo de mayoría que estimaba que el marido tiene título suficiente para rechazar la acción de precario de su mujer dueña del inmueble, contra un voto de

<sup>16</sup> RDJ T. 78, sección 2ª p. 116.

<sup>17</sup> RTJ T. 60, sección 2ª p. 101.

<sup>18</sup> RDJ T. 62, sección 2ª p. 139.

<sup>19</sup> Jurisprudencia al día, Normatec, Folio 311-312, Nº 743/89, sentencia 743.

<sup>20</sup> RDJ T. 58, sección 1ª p. 500.

<sup>21</sup> Jurisprudencia al día, Normatec 227/88, pp 99-108, sentencia 227.

<sup>22</sup> F. del M. Nº 265, sentencia 8ª p. 435.

<sup>23</sup> Jurisprudencia al día, Normatec, Folio 311-312, Nº 743/89, sentencia 743.

<sup>24</sup> RDJ T. 78, 2ª parte, sección 1ª p. 78-81.

<sup>25</sup> RDJ T. 68, 2ª parte, sección 2ª pp 102-103.

<sup>26</sup> F. del M. Nº 416, sentencia 6, p. 454.

minoría que planteaba que “la circunstancia de haber vivido ambos en el inmueble de la actora no constituye para el marido título de tenencia, sino que configura únicamente una situación de hecho” y que de aceptarse la tesis contraria “se llegaría al absurdo de conferir al marido –con la excusa de tener allí su casa– un título de tenencia sobre un bien raíz de su mujer –que no vive con él– con el carácter de gratuito e irrevocable, lo que resulta evidentemente contrario a derecho y a la más elemental equidad”<sup>27</sup>.

Antiguamente se sostuvo que no resultaba legítimo invocar como título de ocupación contratos que no hubiesen sido celebrados por el actual ocupante con el dueño del bien, con un tercero ajeno al juicio<sup>28</sup> como por ejemplo, un arrendamiento celebrado con el anterior dueño<sup>29</sup>. Sin embargo, la tendencia finalmente ha sido aceptar que el título puede emanar del dueño o bien de un tercero, desde el momento en que el artículo 2195 del Código Civil no hace distinción alguna al respecto<sup>30</sup>.

También hay claridad en orden a que un título declarado nulo no puede servir de título justificativo para el demandado<sup>31</sup>, como lo sería una escritura pública de compraventa que finalmente nunca fue autorizada por el Notario y fue dejada sin efecto por no haberse acreditado el pago de las contribuciones<sup>32</sup>. Y tampoco el hecho de haber sido dueño, si ese dominio fue transferido al demandante. Así, es tenencia precaria la de los ex comuneros que siguen ocupando el inmueble después de la adjudicación a uno de ellos<sup>33</sup> o de un comunero que transfirió sus derechos al otro<sup>34</sup> o del adjudicatario en el remate que inscribió el inmueble que sigue siendo ocupado por el ejecutado<sup>35</sup>.

Finalmente un último punto que podría parecer de carácter adjetivo o procesal pero sin embargo me parece sustantivo. Se repite en muchos fallos de precario que ese procedimiento no es la vía idónea para discutir y resolver sobre el dominio, razón por la cual el dominio que invoca el deman-

<sup>27</sup> RDJ T. 80, sección 2ª p. 47.

<sup>28</sup> RDJ T. 35, sección 1ª p. 154.

<sup>29</sup> RDJ T. 54, sección 2ª p. 21 y RDJ T. 47 sección 1ª p. 36.

<sup>30</sup> RDJ T. 57, sección 2ª p. 3; T. 92, sección 2ª, p. 4; T. 60, sección 2ª p. 101; T. 67, sección 2ª p. 126, y muchos otros.

<sup>31</sup> RDJ T. 62, sección 2ª p. 139; Jurisprudencia al día, Normatec, 24/87, pp 59-69, sentencia Nº 24 y F. del M. Nº 199, sentencia 6 p. 96.

<sup>32</sup> RDJ T. 52, sección 2ª p. 11.

<sup>33</sup> RDJ T. 51, sección 1ª p. 84.

<sup>34</sup> RDJ T. 66, sección 2ª p. 10.

<sup>35</sup> RDJ T. 67, sección 1ª p. 110.

dante tiene que ser indiscutible. El problema es que esa idea básica no es fácil llevarla a la práctica pues puede llevar a dos soluciones absolutamente contrapuestas.

Una primera conclusión sería considerar que el demandado, si bien no puede, en el procedimiento sumario aplicable al precario, pretender disputar al actor el dominio, atribuyéndoselo, ello no impide que pueda desconocer al demandante la calidad de dueño que invoca "haciendo valer los antecedentes que correspondan"... "el juez no puede dejar de considerar la documentación acompañada por el demandado de precario dirigida a probar que el demandante no es dueño de la cosa que reclama, fundándose para ello en que aquel no está legitimado para discutir la titularidad de la acción de éste"<sup>36</sup>. Es decir, si bien no es suficiente que el demandado se limite a simplemente negar el dominio del actor, sería sin embargo suficiente que, junto con desconocer el dominio del actor, el demandado invoque en su favor "un título por lo menos aparente que le permita excepcionarse alegando condominio sobre la cosa discutida y ello lo compruebe --*prima facie*-- con documentos fidedignos relativos a un supuesto derecho en la especie..."<sup>37</sup> o incluso un dominio o posesión acreditado mediante simples declaraciones de testigos<sup>38</sup>.

En este desarrollo argumental, se hace recaer sobre el actor la carga de acreditar el dominio de una forma que no pueda ser desvirtuada o puesta en duda siquiera someramente por el demandado: cualquier atisbo de duda produciría necesariamente como efecto que la demanda debe ser rechazada y el actor debe intentar una acción reivindicatoria o alguna acción personal, si procediere, en vía ordinaria de forma que pueda dilucidarse el dominio. Tal perspectiva sin embargo puede prestarse para serios abusos pues prácticamente siempre podrá el demandado aportar algún argumento o un principio de prueba que ponga en tela de juicio el dominio del actor. De la simple lectura de la jurisprudencia relativa a esta materia es fácil comprender por qué, en virtud de esta argumentación, el porcentaje de demandas de precario rechazadas es altísimo. Adelantándonos, podemos decir que no parece razonable que el Tribunal pueda quedar privado de la potestad de valorar si la argumentación o prueba del demandado es suficientemente creíble o mínimamente sólida como para calificar de plausible el desconocimiento que el demandado haga del dominio del actor o por el contrario es insuficiente, es excesivamente débil, caso en el

<sup>36</sup> F. del M. N° 329, sentencia 4ª, p. 10.

<sup>37</sup> RDJ T. 67, sección 1ª p. 358.

<sup>38</sup> RDJ T. 51, sección 1ª p. 294

cual la acción debería ser acogida sin perjuicio de la acción ordinaria que el demandado debería ejercer con posterioridad contra el actor.

La segunda conclusión, es, en el otro extremo, entender que sólo debería resultar eficaz el desconocimiento del dominio del actor, hecho por el demandado, si el dominio del demandado –que desvirtúa el del actor– puede resultar acreditado mediante una argumentación y un desarrollo probatorio simple, compatible con la estructura abreviada del procedimiento sumario. En mi opinión esta solución resulta más razonable, llevaría a un uso más confiado de la acción de precario y sobre todo, se ajusta más a las normas legales que imperan en esta materia.

En efecto, hay consenso en la doctrina y en la jurisprudencia, en orden a que a la acción de precario se aplica el procedimiento sumario conforme al artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, pese a que dicha norma alude a “comodato precario”, contrato sustancialmente distinto de la situación de hecho llamada precario o “precario ex contrato”. Aplicándosele el mismo procedimiento, resulta extrapolable al precario el artículo 2185 del Código Civil. Conforme a esta norma, en el comodato, cesa la obligación de restituir “desde que el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada. Con todo, si el comodante le disputa el dominio, deberá restituir, a no ser que se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece”.

Lamentablemente en Chile no hay jurisprudencia sobre el alcance de esta norma y no ha sido mayormente comentada. Sin embargo, su sentido es muy claro. Si el demandado es capaz de acreditar dominio de la cosa mediante una argumentación y prueba compatible con las características del juicio sumario ello le debe ser admitido y puede por lo tanto aceptarse una controversia relativa al dominio. Si al demandado no le es posible probar en esos términos el dominio, debe restituir. Lo cual significa que recae sobre el demandado la carga de desvirtuar breve y sumariamente el dominio que ha acreditado el actor.

Me parece que la misma solución se debería aplicar a las acciones de precario. Naturalmente, si el actor solo afirma pero no prueba el dominio (la carga probatoria de ello es de él) el Tribunal debe rechazar la demanda. Es decir al actor no le basta con afirmar ser dueño. Debe probarlo. Lo lógico y justo es entonces que si el actor ha probado el dominio, no cualquier aseveración, argumentación o prueba del demandado puede ser admitida en el juicio como apta para lograr un rechazo de la demanda, sino sólo las compatibles con las características del juicio sumario. Pensamos que frente a una argumentación y prueba del demandado incompatible con las



características del juicio sumario el Tribunal no debería rechazar de plano la demanda argumentando que no es sede para un debate de dominio, como ocurre frecuentemente según se desprende del análisis de la jurisprudencia. Esa es la vía más expedita y simple de terminar el juicio, pero no parece la más justa. No hay que ser muy agudo para darse cuenta que no siempre las argumentaciones y pruebas complejas esconden un legítimo derecho; muchas veces ocurre al contrario: son simples argucias para evitar una sentencia condenatoria. El criterio que prevalece en nuestros Tribunales hace recaer sobre el actor la carga de soportar la imposibilidad del demandado de probar en forma simple el dominio que alega, cuando lo justo es que dicha carga recayera justamente sobre el demandado. Es decir, el criterio que se utiliza es que si el demandado disputa el dominio, aún sin mayor prueba o con pruebas probablemente insuficientes, el Tribunal debe resolver rechazando la acción sin mayor análisis, a causa de la imposibilidad impuesta por el legislador de abrir un debate de dominio en el procedimiento sumario. Lo que sostengo es que esa imposibilidad de abrir un debate de dominio en el juicio sumario debería traducirse justamente en que se acogiera la demanda a no ser que el demandado, como lo ordena el artículo 2185, "se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece".

