

## DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESIÓN, USO Y GOCE

*Jaime Alcalde Silva*

Profesor asistente Derecho Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

LA COMPRAVENTA CELEBRADA POR EL MARIDO JUSTIFICA LA TENENCIA DE LA MUJER DEMANDADA PARA ENERVAR UNA ACCIÓN DE PRECARIO, INCLUSO DESPUÉS DE QUE LA SOCIEDAD CONYUGAL HA SIDO DISUELTA. LA INEXISTENCIA DE SOCIEDAD CONYUGAL CUANDO LOS CÓNYUGES HAN DECLARADO QUE NO EXISTEN BIENES QUE LIQUIDAR. LA NATURALEZA DEL TÍTULO QUE CONTROVIERTE EL PRECARIO. LA DIFERENCIA ENTRE EL COMODATO PRECARIO Y EL SIMPLE PRECARIO. CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2013 (ROL N° 11.835-2011)\*.

### I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

Ante el 1<sup>er</sup> Juzgado Civil de Antofagasta, Raquel Lozano Barrios, en representación de Bernarda del Carmen Olivares González, José Eduardo Olivares González y María Ester Olivares González, interpuso demanda de precario en contra de María Teresa Vera Contreras conforme a las reglas del juicio sumario.

La demanda se fundaba en que sus representados eran los únicos dueños

de las acciones y derechos sobre el inmueble ubicado en la calle Teatinos N° 6736, comuna de Antofagasta, los cuales formaban parte de la herencia quedada al fallecimiento de Mercedes González Layana. Por resolución exenta N° 2251, de 13 de octubre de 2010, expedida por el Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación, la posesión efectiva de dicha herencia había sido concedida a favor de Bernarda del Carmen Olivares González, José Eduardo Olivares González y María Ester Olivares González, todos hijos de la causante. La inscripción especial de herencia a favor de los demandantes constaba a fojas 547, N° 615 del Registro de Propiedad correspondiente al año 2011 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta. En la demanda se indicaba que en el inmueble señalado vivía María Teresa Vera Contreras, sin título alguno y por mera tolerancia de los dueños, razón por la cual concurrían en la especie todos los elementos exigidos por el art. 2195 II del CC para la existencia del precario. Con el mérito de estos antecedentes, la demandante solicitaba que el tribunal declarase que la demandada debía restituir a sus representados el inmueble situado en calle Teatinos N° 6736, comu-

\* Este comentario hace parte del proyecto FONDECYT de iniciación N° 11160615, del cual el autor es investigador responsable.

na de Antofagasta, dentro del plazo de tercero día desde que la sentencia causase ejecutoria, libre de ocupantes y con todos los consumos básicos al día, más las costas del juicio.

El comparendo de estilo se llevó a cabo con la presencia de ambas partes. La demandante ratificó íntegramente su demandada, y la demandada contestó acompañando una minuta escrita con sus descargos, solicitando el completo rechazo de la acción de precario ejercida en su contra.

En dicha minuta, la demandada hacía presente que, con fecha 2 de diciembre de 1987, contrajo matrimonio con Pablo César Díaz Olivares, el cual quedó sometido al régimen de sociedad conyugal. Por sentencia de 1 de octubre de 2010, el Juzgado de Familia de Antofagasta declaró el divorcio de la demandada y su cónyuge, sin que en dicha sentencia se procediese a la liquidación de la sociedad conyugal. A juicio de la demandada, este hecho traía consigo que la sociedad conyugal todavía mantuviese su vigencia. Agregaba que el 9 de septiembre de 1998, su marido había comprado la propiedad disputada a Mercedes González Layana, sin que existiese un acto posterior que anulase dicho contrato. Sin embargo, esa compraventa no fue inscrita en su debida oportunidad, ya que Pablo César Díaz Olivares mantenía una relación cercana de parentesco con la familia de la vendedora (era su nieto). Esto hizo que la demandada ignorase la falta de inscripción hasta una oportunidad reciente, cuando quiso regularizar su situación y la inscripción fue rechazada por el Conservador de Bienes Raíces de Antofa-

gasta, puesto que el inmueble ya no pertenecía a la parte vendedora por existir una inscripción especial de herencia presuntamente válida a favor de los demandantes.

De lo que se viene relatando, la demandada concluía que la acción de precario ejercida en su contra no podía prosperar dado que el art. 2195 II del *CC* supone la inexistencia de un título para la ocupación del bien, lo que no era su caso. Que el Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta hubiese rechazado la inscripción en nada restaba validez al título que la habilitaba para ocupar el inmueble que le servía de domicilio. Así, pues, de alegar la demandante la falta de validez de este título, dicha reclamación debiese ser ejercida por medio de otra acción distinta del precario, como la jactancia, la nulidad de contrato u otra semejante, lo que no había ocurrido hasta la fecha. Por estas razones, solicitaba el completo rechazo de la demanda de precario interpuesta en su contra, con costas.

Por sentencia de 4 de julio de 2011, el 1<sup>er</sup> Juzgado Civil de Antofagasta acogió sin costas la demanda, ordenando la restitución del inmueble al décimo día de ejecutoriado el fallo. El principal argumento de esta decisión se recoge en el considerando 9°:

[...] la demandada no posee título alguno que la habilite para vivir y ocupar dicha propiedad, toda vez que el contrato de compraventa allegado al proceso, no fue inscrito en el Conservador de Bienes Raíces, de suerte que no se produjo la tradición del inmueble y nin-

gún derecho se transfirió a don Pablo César Díaz Olivares en relación a [sic] dicho inmueble; y por lo demás, con fecha 1 de octubre de 2010 se declaró el divorcio del matrimonio celebrado entre la demandada y don Pablo Díaz Olivares, disolviéndose en consecuencia, la sociedad conyugal y ambos cónyuges declararon y reconocieron en el acuerdo de relaciones mutuas celebrado al efecto, que no poseían bienes en común, reconociendo así tácitamente, que pese a la celebración del contrato de compraventa, la sociedad conyugal no adquirió el dominio del inmueble en cuestión, de lo que se sigue que la demandada, actualmente divorciada, no posee derecho ni título alguno para ocupar dicha propiedad. Y[,] en consecuencia, deberá tenerse por establecido que dicha tenencia obedece única y exclusivamente a la mera tolerancia de sus dueños.

Este razonamiento estaba respaldado por la prueba rendida en autos. En ella constaba que, habiéndose celebrado un acuerdo completo y suficiente para regular sus relaciones mutuas entre Pablo César Díaz Olivares y María Teresa Vera Contreras al momento de declararse el divorcio, ambos reconocieron que no mantenían bienes en común. Además, los testigos que depusieron en el juicio demostraron que la demandada ocupaba el inmueble reclamado junto a su marido, puesto que Mercedes González Layana les había

dado un lugar para vivir, ya que aquel era su nieto. Sin embargo, después de la separación, la demandada siguió viviendo allí, incluso tras el fallecimiento de la abuela de su exmarido, sin más título que la mera tolerancia de los nuevos dueños del inmueble.

La demandada apeló en contra de esa sentencia ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Por sentencia de 24 de octubre de 2011, dicha Corte revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, rechazó sin costas la demanda. El argumento para acoger la apelación fue que el contrato de compraventa celebrado el 9 de septiembre de 1998 comportaba un título traslativo de dominio de acuerdo con el art. 703 del *CC* (cons. 2°), de suerte que la situación de precario descrita en el art. 2195 II del *CC* debía considerarse excluida respecto de la demandada (cons. 3°). Según el cons. 3°, esto se debe a que:

[...] la compraventa celebrada por su cónyuge la habilita para ejercer no sólo la tenencia del inmueble, sino incluso el derecho de uso y habitación conforme lo disponen los artículos 582 y 811 y siguientes del Código Civil.

Pero la Corte de Apelaciones de Antofagasta agrega todavía un argumento adicional en el cons. 4°:

Que el hecho de no encontrarse inscrito el título traslativo de dominio referida [sic] a la compraventa en comento y, por ende, no haberse efectuado aún la tra-

dición, los efectos jurídicos subsiguientes no pueden analizarse en un juicio sumario de comodato precario, porque dicha situación corresponden a un juicio ordinario de lato conocimiento en la medida que se discutirá la posesión, el derecho de dominio o cualquier otra situación referida a los modos de extinguir los derechos reales, pero en lo que dice relación a [sic] la pretensión de los actores [...] respecto del inmueble cuyo derecho de dominio invocan, debe desestimarse desde que ningún comodato precario o precario se ha acreditado, porque lejos de la ignorancia o mera tolerancia de los dueños, la demandada ha acompañado un título traslativo de dominio respecto de la misma propiedad y que en este proceso es perfectamente oponible, porque a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.801 del Código Civil, este justo título debe considerarse perfecto<sup>1</sup>.

En contra del fallo de alzada, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, donde denunciaba la infracción

<sup>1</sup> Se debe tener en cuenta que el art. 681 del *CPC* solo permite la sustitución del procedimiento sumario por el ordinario en los casos del inciso primero del artículo anterior, vale decir, cuando el juicio se sujeta a esas reglas en razón de que la acción deducida requiere, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz. Los juicios relativos al comodato precario, en cambio, comportan uno de los supuestos en que se aplica directamente el juicio sumario, sin posibilidad de sustitución (art. 680 II N° 6° del *CPC*).

de los arts. 700, 703, 1698, 1699, 1700, 1801 y 2195 del *CC* en relación con los arts. 342 N° 1° y 357 del *CPC*. Argüía que, si bien la compraventa es un título válido, cuando no media tradición sus efectos solo se producen entre las partes, dado que ella exige que el inmueble sea inscrito a nombre del adquirente en el Conservador de Bienes Raíces. No mediando tal inscripción, el contrato resultaba inoponible a terceros, y el comprador solo puede tener la calidad de mero tenedor, mas no la de poseedor. Por consiguiente, el tribunal de alzada había hecho una errónea aplicación del art. 1801 del *CC*, pues no tuvo presente los límites que a este imponen los arts. 686 y 1700 del mismo *Código*, referido el primero a la adquisición del dominio de los inmuebles por tradición y el segundo al valor de los instrumentos públicos respecto de las partes y de terceros. Asimismo, la recurrente denunciaba que la sentencia de alzada daba por establecidos unos supuestos derechos de uso y habitación de acuerdo con el art. 811 y ss. del *CC*, los que justificarían la ocupación del inmueble como mera tenedora de la demandada. En fin, el recurso de casación se fundaba en que la sentencia recurrida infringía las reglas reguladoras de la prueba, porque restaba valor o no consideraba ciertos medios probatorios no controvertidos, como la inscripción de dominio a favor de los demandantes, el reconocimiento de la demandada y su exmarido de no tener bienes que liquidar al momento de disolver la sociedad conyugal existente entre ellos, y el testimonio conteste de los testigos que aseveraban que el bien raíz era ocupado por aquella en razón de

la tolerancia de la abuela de quien fue su cónyuge, antecesora en el dominio de la sucesión demandante.

Por sentencia de 14 de enero de 2013, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación, confirmando así el fallo recurrido. La argumentación del fallo es extensa y va despejando distintos puntos relativos al comodato precario y el simple precario, el recurso de casación en el fondo, la infracción de las leyes reguladoras de la prueba y la procedencia concreta del arbitrio deducido por los demandantes. La conclusión de la Corte Suprema es que, pese a existir un yerro en el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta respecto del hecho de dar por poseedor al comprador y una confusión en cuanto al instituto del precario, su decisión es coincidente con lo resuelto en segunda instancia, por lo cual cabe concluir que los vicios denunciados no influyen sobre lo dispositivo del fallo (cons. 22°).

Con todo, la Corte Suprema se preocupó de aclarar en el cons. 21° que la detentación del inmueble por parte de la demandada se debía a la existencia de un contrato previo, de suerte que no concurre ese requisito del precario según lo exige el art. 2195 II del *CC*:

Que en consecuencia, al no darse en la especie la tenencia sobre la base de la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor, o gracia de su dueño, no es posible concluir que la ocupación del inmueble por parte de la demandada se deba a mera tolerancia de su actual pro-

pietario, desde que ésta ha argüido y comprobado que su ex cónyuge, don Pablo Díaz Olivares, suscribió un contrato de compraventa con la primitiva dueña del inmueble cuya restitución se reclama, que no fue inscrito; ergo, si el concepto de mera tolerancia se revela en la circunstancia que el ocupante tiene la cosa ajena porque el dueño de ésta lo deja proceder de ese modo, es decir, no se opondrá y, como quiera que es precisamente ese cariz radical el que no puede faltar a la hora de analizar la hipótesis que se pide calificar de simple precario, es innegable que ella no concurre en el caso que la ocupación que la demandada no niega respecto del inmueble indicado en el libelo pretensor, se encuentra precedida de un acuerdo de voluntades que le ha servido de causa y que tiene previstos efectos en el ámbito del derecho, más todavía, si se considera que se trata de una convención a la que concurren personas vinculadas jurídicamente a quien se presenta ahora como su propietaria, cuyos presupuestos de validez no se han puesto en entredicho y, sin que conste que ella haya quedado sin efecto, lo que manifiesta el hecho cardinal que se pretende desconocer por el arbitrio, cual es la ocupación del inmueble por parte de la demandada, desde larga data, de manera pública y continua.

## II. COMENTARIO

Parafraseando a Nicolás Gómez Dávila (1913-1994), este comentario podría llevar por título el de “escolios a un texto explícito”<sup>2</sup>. La razón es que se trata de una suerte de continuación de aquel otro publicado en el N° 26 (2016) de esta misma revista (pp. 285-310) y que versaba sobre la sociedad conyugal como título suficiente para enervar una acción de precario<sup>3</sup>. Pese a que la sentencia que ahora se comenta tiene ya algún tiempo, su análisis se justifica tanto por la necesidad de insistir en los contornos de la acción de precario y su función dentro de la tutela civil del dominio como por la de hacer presente que la protección del cónyuge que sigue viviendo en el hogar común no se puede conseguir a través del sacrificio del completo sistema patrimonial y

<sup>2</sup> La obra más conocida del autor colombiano se intitula *Escolios a un texto implícito*, publicada originalmente en tres entregas y cinco volúmenes entre 1977 y 1992, y reeditada después por la Editorial Atalanta (2009) en un solo tomo. Los escolios son aforismos que glosan un texto exhaustivo sobre la democracia que Nocilás Gómez nunca llegó a escribir, aunque dejó un esbozo en su libro *Textos I* (Bogotá, 1959, pp. 61-100).

<sup>3</sup> ALCALDE (2016b). Sobre este tema también trató la profesora Leonor Echeverry Court (Universidad Diego Portales) en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Marbella, 2016), aunque ahí el problema era parcialmente distinto y tenía relación con la calidad en la que permanecía el otro cónyuge en el inmueble arrendado cuando el cónyuge arrendatario dejaba de vivir en él. El texto escrito que desarrolla su ponencia intitulada “El título en el precario: análisis jurisprudencial cuando entre el demandante y el demandado se invoca como título una relación de familia. ¿Se desprotege la propiedad?” se publicará en las actas de esas jornadas, cuya edición está al cuidado de la Universidad de los Andes.

aun a costa de enmendar las omisiones del propio demandado<sup>4</sup>.

En esta ocasión, la cuestión debatida no es exactamente la misma que aquella analizada en el comentario antes referido, aunque la sociedad conyugal (esta vez ya disuelta merced una sentencia firme de divorcio) aparece de manera perturbadora como el convidado de piedra en una discusión donde la controversia podía (y debía) haberse solucionado recurriendo a las reglas generales sobre los modelos de cesión de uso de un bien, la adquisición del dominio y la prescripción extintiva de las acciones. De ahí que sea conveniente volver respecto de algunas ideas de recapitulación sobre la naturaleza de la sociedad conyugal y, especialmente, sobre los derechos que ella confiere a la mujer antes y después de su disolución (1). Enseguida cumple ocuparse del carácter que debe revestir el título que el demandado puede oponer como suficiente para enervar una acción de precario (2), para demostrar que un contrato de compraventa no inscrito carece de esa eficacia y sólo entraña consecuencias en el plano estrictamente obligacional (3). Siguiendo este derrotero, y aunque la calificación jurídica de la detentación del bien raíz fuese diversa, un análisis ponderado del caso demuestra la evidente contradicción del comportamiento de la demandada y su mala fe, cuyo propósito era vulnerar las legítimas que correspondían a la familia de su ex marido (4).

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ (2016), por el contrario, se pronunció favorablemente respecto del criterio jurisprudencial sentado por las Cortes.

### 1. Los derechos de la mujer respecto de los bienes sociales

De acuerdo con el art. 135 del *CC*, por el hecho del matrimonio se forma entre los cónyuges una sociedad de bienes. Ella perdura hasta que no ocurre uno de los supuestos de extinción mencionados en el art. 1764 del *CC*, uno de los cuales es la sentencia firme que declara el divorcio (art. 1764 N° 1° del *CC* y 60 de la *LMC*). Dicha sociedad es el régimen patrimonial supletorio establecido por la ley, cuya configuración (justificada cuando el *Código Civil* fue redactado) viene siendo puesta en entredicho desde hace bastante tiempo<sup>5</sup>.

En el comentario que ahora se glosa se conceptualizó la sociedad conyugal como una figura que guarda cierta semejanza con la así llamada “sociedad interna”. Con ese nombre se mienta aquella en que concurren los requisitos relativos al origen contractual, fin común y promoción por los socios del negocio conjunto, pero que se concibe como una pura relación obligatoria entre ellos y sin ninguna trascendencia externa<sup>6</sup>. En otras palabras, es una sociedad en lo que atañe al carácter asociativo de origen contractual y la existencia de un fondo común, pero sin personificación diferenciada con los socios.

Las razones para esta caracterización son de índole tanto histórica como dogmática.

Conviene comenzar por la historia legislativa de las normas sobre sociedad conyugal, puesto que Andrés Bello dejó algunas interesantes notas como introducción al título xxx del libro IV del *Código Civil* dedicado a esta materia<sup>7</sup>. En ellas consignó “las ideas dominantes” sobre las que se estructuraba la disciplina del (por entonces único) régimen de bienes surgido con ocasión del matrimonio<sup>8</sup>.

La primera de estas ideas era que:

en la sociedad conyugal hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad; trinidad indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los cónyuges entre sí. Respetto de terceros no hay más que marido y mujer, la sociedad y el marido se identifican.

La concreción de esta idea es la existencia al interior de la sociedad conyugal de tres haberes, uno social (arts. 1725, 1730, 1731, 1736 IV y 1738 II del *CC*) y uno propio de cada cónyuge (art. 1725 N° 4°, 1726, 1727, 1732 y 1736 del *CC*), y un pasivo sobre el que se hacen efectivas las obligaciones derivadas del matrimonio y de la familia común (art. 1740 N° 5° del *CC*) y también algunas otras (arts. 1740, 1745

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Solución Amistosa publicado en el *Diario Oficial* de 3 de mayo de 2008 respecto del caso N° 12.433, caratulado “Sonia Arce Esparza v. Chile”, seguido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde el Estado de Chile se compromete a reformar la disciplina de la sociedad conyugal.

<sup>6</sup> PAZ-ARES (1991), pp. 1366-1369.

<sup>7</sup> CARVAJAL (2016), pp. 68-70, transcribe un documento datado entre los años 1845 y 1865 cuya autoría se atribuye a Andrés Bello y que aparece catalogado en la Biblioteca de la Universidad de Chile con el título de “Derecho civil: escrito sobre [el] destino de los derechos personales de la mujer que contrae matrimonio”. Ahí se refuerzan las ideas expuestas como notas previas al tratamiento de la sociedad conyugal.

<sup>8</sup> BELLO (1955), p. 579.

III y 1748 del *CC*), esta vez con derecho de repetición debido a su origen.

Como segunda idea, Andrés Bello dejó dicho que se había descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad, puesto que ese dominio era una ficción que a nada conducía, citando en su apoyo una larga glosa del *Commentarum in librum quintum Recollections Hispaniae* (1580), escrito por Juan de Matienzo (1520-1579), donde se señala, entre otras cosas, que el interés de la mujer se traduce en un crédito (*hábitu*). El funcionamiento interno de la sociedad conyugal es, por tanto, de carácter obligacional, lo que explica la ubicación de su régimen (dentro del libro IV y antes del tratamiento de los contratos en particular) y el funcionamiento de los haberes y, especialmente, de las recompensas que ingresan a ellos. Hacia fuera, en cambio, solo existe la figura del administrador de esos bienes (art. 1749 del *CC*), quien frente a terceros se reputa el único dueño (art. 1750 del *CC*) y obligado (art. 1778 del *CC*). De esa titularidad fiduciaria responde ante la mujer (arts. 1748 y 1771 del *CC*), quien goza de un cierto control preventivo relativo a los actos de mayor envergadura patrimonial (arts. 1749 y 1754 del *CC*).

En este punto conviene detenerse brevemente. Hasta la entrada en vigor del *Código Civil*, se aplicaban en Chile unas reglas relativas a las relaciones patrimoniales entre cónyuges que habían demostrado su efectividad al ser aplicadas en sistemas culturales muy diferentes<sup>9</sup>. El objetivo primordial de esta disciplina era brindar protección

a la mujer, tanto si había aportado bienes al matrimonio como si ello no había ocurrido. En el primer caso, esos bienes estaban suficientemente resguardados para asegurar su pervivencia, evitando el aprovechamiento del marido. Por el contrario, cuando la mujer no había aportado bienes al casarse, su contribución al mejoramiento económico del hogar común se traducía en el reconocimiento de un crédito por gananciales. De existir donaciones por causa de matrimonio hechas a la mujer, ellas eran igualmente protegidas. La protección se extendía, incluso, al ámbito procesal, dado que las causas donde intervenían viudas eran de competencia exclusiva de la Real Audiencia, el más alto tribunal con asiento en Indias.

Andrés Bello no alteró estas reglas, sino que se limitó a reformar algunos puntos, decantándose por la opinión de ciertos tratadistas en aquellas materias donde la práctica forense había demostrado la existencia de pasajes oscuros<sup>10</sup>. Su labor fue, sobre todo, de simplificación de la legislación dispersa, cuidando de que el régimen de bienes del matrimonio que presentaba con ciertos retoques guardase la debida correspondencia con las demás materias del *Código Civil*. Uno de esos casos fue el mejoramiento de la redacción del art. 1725 N° 5° del *CC*, para zanjar las dudas respecto del supuesto que producía el ingreso de un bien a la sociedad conyugal cuando este había sido adquirido a título oneroso durante la vigencia de la misma.

En cuanto al dominio de los bienes sociales, Andrés Bello siguió la tradición francesa, que atribuía al marido

<sup>9</sup> Una síntesis de ellas en DOUGNAC (1975).

<sup>10</sup> DOUGNAC (1982).

la propiedad absoluta de tales bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal y hasta su disolución<sup>11</sup>. De ahí que, en palabras de Robert Pothier (1699-1772), la mujer no tuviese más que un derecho informe sobre los bienes sociales, sin posibilidad de disponer de ellos ni de intervenir en su administración<sup>12</sup>. La idea viene reiterada en el art. 1752 del *CC*, según el cual la mujer no tiene por sí sola derecho alguno sobre los bienes sociales durante la vigencia de la sociedad, puesto que la administración de ellos corresponde al marido y ella es excluyente (art. 1749 del *CC*).

Si esto es así, y la mujer solo adquiere un crédito por los bienes que ingresan a la sociedad conyugal, interesa el momento en que nace dicho crédito y, sobre todo, aquel en que se hace exigible. El crédito nace cuando el bien efectivamente ingresa a la sociedad conyugal, vale decir, cuando tanto el título como la adquisición se han producido durante la vigencia de la sociedad conyugal (art. 1736 del *CC*). Sin embargo, mientras ella existe, la mujer carece de facultades respecto de su derecho y solo goza de la posibilidad de rechazar ciertos actos del marido, siempre que haya justa causa (arts. 1749, 1752 y 1754 del *CC*). La razón es

que ese crédito (que recibe el nombre de gananciales) solo es exigible desde la disolución de la sociedad conyugal, pues recién a partir de ese momento se puede cobrar (art. 1774 del *CC*) y se admite su renuncia por parte de la mujer (art. 1781 del *CC*)<sup>13</sup>. De ahí que, si ella o sus herederos renuncian a los gananciales que les corresponden, los derechos de la sociedad y el marido se confunden e identifican (art. 1783 del *CC*), puesto que se produce la reunión de las cuotas en una sola persona (art. 2312 N° 1° del *CC*). La misma explicación subyace detrás del art. 1778 del *CC*, que señala que el marido es responsable de la totalidad de las deudas sociales, sin perjuicio de su acción contra la mujer por la mitad que le corresponde en ellas si no ha renunciado a sus gananciales (art. 1777 del *CC*).

Esto tiene una razón de fondo: el marido es propietario de los bienes sociales bajo la condición de que la mujer no renuncie a los gananciales, de suerte que existe una estructura de propiedad fiduciaria que explica la suerte de esos bienes durante la vigencia de la sociedad conyugal (arts. 732 N° 1° y 733 del *CC*): mientras ella existe el marido es el propietario fiduciario y la mujer una fideicomisaria<sup>14</sup>. Si existe condición, significa que la mujer, en realidad, no ha adquirido ningún derecho (art. 1479 del *CC*), porque eso solo ocurrirá cuando se verifique el hecho en que la condición consiste (art. 1485 del *CC*).

<sup>13</sup> Los gananciales también pueden renunciarse antes del matrimonio como parte de las capitulaciones matrimoniales (arts. 1719, 1721 y 1767 del *CC*), pero nunca durante la vigencia de la sociedad conyugal.

<sup>14</sup> CARVAJAL (2016), p. 71.

<sup>11</sup> CARVAJAL (2016), p. 67.

<sup>12</sup> POTHIER (1773), N° 497, p. 721: “Le droit de la femme sur les biens de la communauté, n’est, pendant qu’elle dure, qu’un droit informe, puisque non seulement elle ne peut seule et d’elle-même disposer en rien de la part qu’elle y a, mais que c’est son mari qui, en sa qualité de chef de communauté, a seul, tant qu’elle dure, le droit de disposer comme de sa propre chose, de tous les effets qui la composent, tant pour la parte de femme que pour la sienne, sans en être comptable [...]”.

Por estas razones, la sociedad conyugal reviste el carácter de una suerte de sistema de cuentas patrimoniales enderezado a ordenar los ingresos y gastos que supone la vida común de los cónyuges y de sus hijos durante su vigencia, donde los bienes que ingresan a su haber están destinados a solventar ese pasivo. En otras palabras, la sociedad conyugal no es un contrato de sociedad en el sentido del art. 2053 del *CC*, porque el aporte no se hace con miras a la obtención de un beneficio económico sino a subvenir las exigencias materiales de la familia y el hogar común. La cuestión crediticia relacionada con las recompensas es un problema que interesa cuando la sociedad se disuelve, porque el fin que la justificaba ha desaparecido. Esto explica que, una vez disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges o sus herederos recuperen el derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que les pertenezcan, así como los precios, saldos o recompensas que constituían parte de su haber (art. 1770 del *CC*), precisamente porque el crédito se ha hecho exigible (art. 1485 del *CC*). En cuanto a los bienes comunes, la sociedad conyugal es sucedida por una comunidad de bienes que debe ser liquidada para asignar lo que a cada cónyuge le corresponde como excedente de lo invertido en la vida familiar cotidiana (art. 774 del *CC*).

En el caso comentado, la sociedad conyugal se disolvió por la sentencia de divorcio y, en el marco de ese juicio, los cónyuges declararon expresamente que no existían bienes en común. Dicho de otra forma, no se formó comunidad alguna entre los excónyuges

porque no había bienes que repartir (art. 1765 del *CC*). Este hecho era incontrovertible porque se hallaba revestido del valor de cosa juzgada (arts. 174 y 177 del *CPC*). En la sede que era idónea para ello, el Juzgado de Familia, que declaró el divorcio, dejó establecido de forma indiscutible aquello que los propios cónyuges aseveraban: que entre ellos no había aspectos patrimoniales que resolver porque no existían bienes en común. Por eso, fue correcta la decisión del 1<sup>er</sup> Juzgado Civil de Antofagasta cuando desestimó el supuesto título invocado por la demanda para enervar la acción de precario, dado que ella misma había declarado previamente ante un tribunal que la sociedad conyugal existente con su marido carecía de bienes (cons. 9°). Sin embargo, tanto la Corte de Apelaciones de Antofagasta como la Corte Suprema dieron por establecida esa comunidad, la cual supuestamente no estaba integrada más que por un crédito ya prescrito que no permitía exigir la tradición del bien que se había adquirido merced a un contrato de compraventa.

Como se verá más adelante, esta supuesta comunidad no podía estar integrada por el crédito nacido del contrato de compraventa celebrado por el marido. A la sociedad conyugal solo ingresan bienes efectivamente adquiridos (art. 1725 N° 5° del *CC*) y los únicos créditos que se computan son los derivados de las recompensas al momento de efectuar su liquidación (art. 1769 del *CC*)<sup>15</sup>. Esto explica la regla del art. 1736 del *CC*, que reputa que el bien ingresa a la sociedad conyugal cuando ocurre la adquisición (merced a alguno

<sup>15</sup> ALESSANDRI (1935), p. 131.

de los modos de adquirir el dominio mencionados en el art. 588 del *CC*) y siempre que el título oneroso que la precede haya sido otorgado durante la vigencia de la misma. El inmueble discutido en el juicio que da causa a este comentario no podía ingresar a la sociedad conyugal, porque el derecho para reclamarlo por parte del comprador había prescrito y nunca se efectuó la tradición, habiéndose disuelto sin bienes la referida sociedad.

Errada era, entonces, la conclusión recogida en el cons. 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el sentido de que la compraventa celebrada por el marido habilitaba a la mujer (incluso después del divorcio) para ejercer no solo la tenencia del inmueble sino unos derechos de uso y habitación sobre el mismo cuyo origen no viene explicado por el fallo. Ni la compraventa comporta un título de tenencia (arts. 703 y 715 del *CC*), ni siquiera cuando hay sociedad conyugal de por medio, según se acaba de explicar, ni de ella pueden nacer derechos reales sobre inmuebles sin la correspondiente inscripción (arts. 686 del *CC* y 52 del *RRCBR*)<sup>16</sup>. Que la mujer pueda usar y gozar de los bienes que el marido adquiere para la sociedad conyugal no es más que una consecuencia de la comunidad de vida que supone el matrimonio (arts. 102 y 133 del *CC*), la que existe con independencia del régimen de bienes que haya entre los cónyuges, pero de ahí no se siguen titularidades concretas oponi-

bles a terceros. Ni el matrimonio ni la sociedad conyugal son títulos de tenencia en el sentido del art. 714 del *CC*<sup>17</sup>.

## 2. *El título que permite enervar la acción de precario*

La controversia que plantea una demanda de precario no tiene relación con quién es en verdad el dueño de la cosa que se reclama (materia que sí forma parte de la cosa pedida en la reivindicación), sino con la existencia de un título de mera tenencia que autoriza a ocupar legítimamente el bien. En otras palabras, la discusión gira en torno a si el demandante está obligado a respetar la tenencia del demandado y, en consecuencia, debe ejercer otras acciones (aquellas procedentes del título que contra él invoca el demandado) para recuperar el bien. De esto se sigue que la titularidad dominical sea un presupuesto de la legitimación del demandante, pero no forme parte del concreto conflicto que existe detrás del precario. La razón es que la tutela que supone la acción de precario solo puede ser concedida por el tribunal cuando el demandado tiene la cosa por ignorancia o mera tolerancia del demandante, quien acredita ser el dueño, y sin contrato previo (art. 2195 II del *CC*), vale decir, cuando no puede oponer a la demanda un título que obligue a demandante a respetar su tenencia.

El cons. 18° de la SCS de 14 de enero de 2013 recoge esta idea en los siguientes términos:

Que en el análisis propuesto y a la luz de lo dispuesto en el

<sup>16</sup> El punto ha presentado alguna discusión respecto de los usufructos que se constituyen por declaración judicial. Al respecto: ALCALDE (2013), pp. 383-384.

<sup>17</sup> ALCALDE (2016b), pp. 296-304.

inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil ya referido, es menester recordar que la expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil [...]. Si bien este es el concepto legal, la expresión que utiliza el citado inciso segundo del artículo 2195 se ha entendido en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título, antecedente jurídico al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aún [sic] cuando no sea de origen convencional o contractual. Lo trascendente, no obstante lo antes expuesto, es que ese título resulte oponible al propietario, de forma tal que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que no tiene sobre aquella ese derecho real.

Las características de la controversia que abre una acción de precario explica que el título que el demandado pueda oponer al demandante sea uno no traslativo de dominio, que le confiera la mera tenencia contra el demandante y no contra un tercero<sup>18</sup>. Es precisamente en este punto donde la jurisprudencia ha sido equívoca, construyendo la expresión “previo contrato” del art. 2195 II del CC hasta casi ha-

cerla desaparecer. Dicho requisito ha sido entendido como la ausencia de un antecedente jurídico que permita la ocupación y sea oponible al dueño.

La razón es histórica y tiene que ver con la propia generalización de la acción de precario, cuya configuración ha sido principalmente de origen jurisprudencial<sup>19</sup>. Hasta la década de 1930 no existían casi referencias a una acción fundada en el art. 2195 II del CC. Desde entonces, la jurisprudencia, con decisiones a veces erráticas o contradictorias, ha ido diseñando una acción real dirigida contra el mero ocupante material de un bien, la que se caracteriza por su notable facilidad probatoria en beneficio del dueño y la posibilidad de acceder a una tramitación procesal más rápida (art. 680 II N° 6° del CPC).

Pues bien, en la misma medida que la acción de precario se ha extendido, los tribunales han ido compensando ese efecto merced al reconocimiento de nuevas formas de enervar la acción por parte de los demandados. Esto se ha conseguido por dos medios distintos<sup>20</sup>. El primero ha consistido en entender que la detención del bien no se debía a la ignorancia o mera tolerancia del dueño, circunstancia que correspondía ser acreditada por este en razón de la carga de la prueba (art. 1698 del CC). El segundo medio ya ha sido anticipado y es la extensísima interpretación que se ha hecho de la expresión “sin previo contrato” del art. 2195 II del CC. Es aquí donde corresponde detenerse someramente y analizar si un contrato

<sup>19</sup> DOMÍNGUEZ (2005), pp. 341-346.

<sup>20</sup> Véase la sistematización de la jurisprudencia que se ofrece en ROSTIÓN (2014), pp. 26-101 y ZAVALA (2016), pp. 9-28.

<sup>18</sup> ALCALDE (2016b), pp. 289-306.

de compraventa no inscrito reviste ese carácter.

De momento cabe decir que, con la configuración que ha acabado por adquirir, la acción de precario del art. 2195 II del *CC* cumple en la actualidad la función de una acción restitutoria general y subsidiaria, que opera en todos aquellos casos en los que no sea posible el ejercicio de otra acción con idéntico fin<sup>21</sup>.

### 3. La eficacia de un contrato de compraventa no inscrito

Un contrato perfecto engendra derechos y obligaciones para las partes (art. 1545 del *CC*). En el caso de la compraventa, las principales obligaciones son la entrega de la cosa por parte del vendedor (art. 1824 del *CC*) y el pago del precio por parte del comprador (art. 1871 del *CC*). No corresponde tratar aquí sobre el contenido concreto de la obligación de entrega del vendedor, que remite al problema de si es suficiente el traspaso material de la cosa o se requiere, asimismo, su tradición. La tendencia comparada apunta en el segundo sentido, de suerte que el vendedor solo cumple si efectivamente transfiere la propiedad de la cosa vendida y no con la simple entrega<sup>22</sup>. Para el Derecho chileno, tal conclusión era sostenida ya en 1970 por el profesor José Joaquín Ugarte Godoy, y no deja de ser una solución consistente desde el punto de vista económico y dogmático<sup>23</sup>.

La pregunta que invita a formularse el caso que se analiza sigue otro derrotero, pues tiene relación con la suficiencia de un contrato de compraventa como defensa ante una acción de precario. Ha quedado dicho que el título al que se refiere el art. 2195 II del *CC* es aquel que cabe denominar como no traslativo de dominio o de mera tenencia, ya que debe permitir que quien lo invoca pueda servirse de la cosa con exclusión del dueño. La compraventa no reviste ese carácter, porque ella conlleva un título traslativo de dominio (art. 703 II del *CC*). Su función en abstracto es, entonces, servir para que el adquirente se convierta en dueño de la cosa que recibe, cumplidos los demás presupuestos legales. Pues bien, es precisamente uno de esos presupuestos es el que falla en este caso.

El *Código Civil* menciona los títulos en el contexto de la posesión, que viene definida como

“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño” (art. 700).

De esta suerte, no hay posesión sin título (arts. 702 y 708 del *CC*), aunque ella puede proceder de varios títulos (art. 701 del *CC*). Sin embargo, este puede ser justo (art. 703 del *CC*) o injusto (art. 704 del *CC*), dando lugar respectivamente a una posesión regular o irregular (arts. 702 y 708 del *CC*). La regla del art. 2510 N° 1° del *CC*, referida a que es innecesario título alguno cuando se invoca la prescripción adquisitiva extraordinaria, tiene un sentido distinto al que en apariencia cabría asignarle, por cuanto se ha entendido

<sup>21</sup> ALCALDE (2015), p. 249.

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, MORALES (2006), pp. 155-156 y SÁNCHEZ (2012), pp. 339-342.

<sup>23</sup> Ahora UGARTE (2015).

que alude a la existencia de una posesión irregular<sup>24</sup>. De acuerdo con el art. 708 del *CC*, ella

“es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702”,

y tales son el justo título, la adquisición de buena fe y tradición si el título es traslativo de dominio. De ahí que la posesión irregular no sea la que carece de título, sino aquella donde este tiene el carácter de injusto (art. 704 del *CC*).

Cuando el título es traslativo de dominio, el art. 702 del *CC* exige también la tradición para que exista posesión regular. Esto significa que la compraventa es justo título en la medida que ha mediado tradición y el comprador tiene la cosa como suya. Es entonces cuando corresponde indagar si esa tradición tuvo como consecuencia una transferencia dominical (art. 670 del *CC*) o si el comprador solo se convirtió en poseedor (art. 682 del *CC*), porque se conduce respecto de la cosa como dueño sin serlo. Dicho de otra forma, si se quiere dar a la compraventa el carácter de un justo título, el análisis debe situarse en la sede dogmática correcta y eso exige revisar si hubo o no tradición, porque la cuestión del título se refiere a la calidad de la posesión<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> PEÑAILILLO (2006), p. 420. Sin embargo, este autor reconoce que es discutible que la prescripción adquisitiva extraordinaria efectivamente requiera de la concurrencia de un título (véase la n. 631). VIAL (2009), p. 212, señala que siempre se requiere título para prescribir y que la mención a su inexistencia en el art. 2510 N° 1° del *CC* se refiere a que no es necesario acreditar un título real, bastando uno aparente.

<sup>25</sup> Con otro énfasis, de esto se ha tratado en ALCALDE (2016a), pp. 1233-1239.

En el caso que ahora interesa, no existió tradición: la dueña solo entregó materialmente al comprador y su cónyuge el inmueble para que viviesen en él, sin que se practicase la correspondiente inscripción conservatoria. De hecho, esa entrega debe de haber ocurrido sin un efectivo traspaso del inmueble, puesto que el comprador y su mujer vivían en el inmueble con anterioridad. Ni el comprador ni su cónyuge adquirieron, por ende, posesión sobre ese bien raíz (arts. 686 y 696 del *CC*), y la sociedad conyugal no podía computar el mismo como parte de su activo, dado que en ella solo ingresan los bienes efectivamente adquiridos a título oneroso durante el matrimonio (art. 1725 N° 5° del *CC*). Tal adquisición suponía la necesaria concurrencia del título (que sí existía) y la posterior tradición (arts. 670 y 686 del *CC*), que nunca se produjo<sup>26</sup>. Si esto así, la resolución del problema debía quedar circunscrita al ámbito estrictamente obligacional y no real.

En ese plano, un contrato perfecto y no cumplido solo da derecho a ejercer los medios de tutela que el ordenamiento contempla, principalmente la pretensión de cumplimiento, la facultad resolutoria y la acción indemnizatoria (arts. 1489 y 1556 del *CC*). El contrato de compraventa celebrado el 9 de septiembre de 1998 por Mercedes

<sup>26</sup> En lo que atañe al art. 1725 N° 5° del *CC*, Andrés Bello eliminó los términos que habían causado dificultades de interpretación en la época del Derecho Castellano. El *Código* opta por una expresión técnica: el ingreso de un bien a la sociedad conyugal se produce por su adquisición, vale decir, por el cambio de propietario (art. 588 del *CC*). Véase DOUGNAC (1982), pp. 336-337.

González Layana y Pablo Díaz Olivares al menos no había sido cumplido en cuanto a la obligación de entregar del vendedor. De la información suministrada por la SCS de 14 de enero de 2013 consta que en la escritura de compraventa se declaró que el comprador había pagado en su totalidad el precio (cons. 20°), de suerte que no cabía discusión sobre este punto (art. 1876 II del CC).

Tanto en la sentencia del 1<sup>er</sup> Juzgado Civil de Antofagasta como en la fijación de los hechos que hace la Corte Suprema hay, empero, un elemento interesante: el contrato celebrado el 9 de septiembre de 1998 era de compraventa y usufructo, de donde cabe colegir que probablemente la figura convenida suponía que el comprador (el nieto) adquiriría la nuda propiedad del inmueble situado en calle Teatinos N° 6736, comuna de Antofagasta, y la vendedora (su abuela) conservaba el usufructo sobre la propiedad, lo que le permitía seguir viviendo en ella hasta su muerte (arts. 764 y 770 del CC). La figura, que al final suponía una vulneración de las legítimas, era una estrategia perfecta en la medida que el dominio se inscribiese y el comprador se convirtiese efectivamente en dueño. Claro está, también el usufructo debía haberse inscrito a favor de la vendedora (arts. 686 del CC y 52 del RRCBR). Pero ninguna de esas inscripciones fue practi cada.

Además, como todo contrato de esta clase, aquel de 9 de septiembre de 1998 ha de haber contenido una cláusula por la cual se facultaba al portador de copia autorizada para solicitar las inscripciones conservatorias que fue-

sen pertinentes, la que de todas formas se habría presumido, aunque no se hubiese expresado (art. 1563 II del CC)<sup>27</sup>. Así se desprende del hecho de que la demandada concurrió al Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta para inscribir la compraventa celebrada en su día por su exmarido y no pudo, por haberse sido transferido previamente el dominio del inmueble por sucesión por causa de muerte a los herederos de su vendedora. Esto significaba que la posibilidad de cumplimiento del contrato estuvo siempre al alcance del comprador y de su cónyuge, y ninguno de ellos hizo nada hasta que, ya disuelto el matrimonio y la consiguiente sociedad conyugal, la demandada intentó beneficiarse y consumir el traspaso del inmueble en perjuicio de los legitimarios, que eran sus parientes por afinidad.

Ahora bien, cabe preguntarse si la demandada podía solicitar esa inscripción cuando ya habían transcurrido trece años desde la celebración del contrato. Que no pueda hacerlo en los hechos está comprobado, pero el rechazo del Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta se fundó en que el dominio se había transferido y el inmueble ya no figuraba a nombre de la parte vendedora. Propiamente, sí tenía derecho a hacerlo y dicha facultad era la contrapartida de la obligación de la vendedora de transferir el dominio de la cosa vendida. Sin embargo, esa obligación se había transformado en natural por haber transcurrido más de cinco años desde que ella se hizo exigible (arts. 1470 N° 2° y 2515 del

<sup>27</sup> Sobre ella: PEÑAILILLO (1984) y RODRÍGUEZ (2000).

CC), de suerte que el comprador no podía reclamar la tradición y ella solo dependía de que la parte vendedora (ahora sus herederos) quisiesen cumplir voluntariamente con ella (art. 1470 del CC). Casi con toda seguridad, las circunstancias del caso llevan a pensar que eso no iba a ocurrir.

Llegados a este punto, entonces, nos encontramos ante una aporía: el comprador no podía inscribir el bien raíz porque su dominio había pasado por sucesión por causa de muerte a los herederos de la vendedora; tampoco podía exigir a estos la tradición, porque la pretensión de cumplimiento nacida de la compraventa estaba prescrita y la obligación se había transformado en natural; por su parte, la demandada nada podía alegar porque ella misma, juntamente con su marido, declaró que no existían bienes que repartir tras el divorcio y los demandantes no podían recuperar el bien porque una sentencia firme señaló que no concurría el precario.

La solución a esta aporía reside en la calificación previa de la controversia, que estuvo mal planteada por la propia parte demandante. Es un hecho indiscutido que el bien raíz no fue inscrito a favor del comprador y tampoco el usufructo constituido respecto de la vendedora. Esto significa que ni el comprador se constituyó en dueño del bien raíz ni la vendedora en usufructuaria del mismo. La verdad, es que a esta última poco le interesaba este derecho real: su única preocupación era seguir viviendo hasta su muerte en su casa, sin que la forma jurídica elegida para poder cumplir con ese propósito le importase demasiado. Y así fue: ella siguió viviendo en la casa como siem-

pre, conservando, además, el dominio y la posesión sobre el mentado inmueble. Por aplicación de las reglas generales, uno y otro pasaron a sus herederos con su muerte (arts. 717, 722 y 951 del CC), siéndoles conferidas la posesión efectiva sobre ese bien por resolución administrativa debidamente inscrita (art. 688 del CC).

Pues bien, sentados estos hechos y que un contrato de compraventa incumplido no puede tener alcance real, cabe preguntarse: ¿cuál es el correcto encuadre dogmático de la situación resuelta por la sentencia que aquí se comenta? La respuesta es muy cercana a la que pensaron los demandantes: el comodato precario.

El comodato toma el nombre de precario en tres supuestos:

- (i) cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestado en cualquier tiempo (art. 2194 del CC);
- (ii) cuando no se presta la cosa para un servicio particular (art. 2195 I del CC) y
- (iii) cuando no se fija tiempo para la restitución de la cosa prestada (art. 2195 I del CC).

La principal diferencia con el precario del art. 2195 II del CC es su origen contractual, ausente en este último. Ambos coinciden en que una persona determinada se sirve de un bien por tolerancia de su dueño: la diferencia estriba en que en el primer caso la cosa fue recibida del dueño (configurando así un contrato real merced a esa misma entrega: arts. 1443 y 2174 II del CC) y en la segunda el origen de la detención no resulta relevante, importando solo si existe un título que el ocupante

pueda oponer al dueño para obligarlo a respetar su uso<sup>28</sup>.

En el caso que se relata hubo un comodato precario de la dueña del inmueble hacia su nieto y su mujer, quienes desde entonces compartieron el mismo hogar. El comodato quedó perfecto con el permiso dado por la dueña del bien raíz para que el matrimonio de Pablo César Díaz Olivares y María Teresa Vera Contreras se instalase con él, sin fijar tiempo para la restitución<sup>29</sup>. No habiendo renta de por medio, cuestión que no fue alegada por ninguna de las partes durante el juicio, hay que concluir que la entrega de una parte del inmueble constituyó comodato (art. 2171 del *CC*) y que este tomó la calidad de precario por haberse reservado (tácitamente) la comodante la facultad de pedir la restitución en cualquier tiempo.

La idea de convivir en el mismo lugar era patente, además, del tenor de la escritura de 9 de septiembre de 1998, que incluye un contrato de compraventa y la constitución de un usufructo, vale decir, de ahí se sigue que Mercedes González Layana quiso seguir viviendo en su casa casi con seguridad hasta su muerte (art. 770 del *CC*). La existencia de este instrumento no desvirtúa el razonamiento que se viene exponiendo, pues es sabido que los contratos se interpretan, entre otras formas, por la aplicación práctica que de sus estipulaciones hacen las partes (art. 1564 III del *CC*). Esto significa que, si ninguna de

las partes requirió la inscripción conservatoria correspondiente (el comprador aquella necesaria para transferir el dominio del bien raíz a su favor, y la vendedora aquella que le permitía constituir el usufructo respecto del mismo bien), alguna razón debió de haber existido para tal comportamiento. Ella parece ser el hecho de que ambos estaban satisfechos con la situación fáctica existente, porque podían vivir en el inmueble sin turbaciones.

Las dificultades vinieron cuando esos presupuestos variaron, dado que la dueña del inmueble falleció y el matrimonio de los otros dos ocupantes terminó por una sentencia firme de divorcio. Entonces, surgió el problema, porque la demandada siguió viviendo en un bien raíz que ahora pertenecía a otras personas, entre ellas la madre de su exmarido.

Los demandantes debieron de haber demandado así la restitución del inmueble fundada en el comodato precario existente, deduciendo solamente en subsidio la acción general de precario (aquella del art. 2195 II del *CC*) para el caso de que el tribunal no acogiese la primera (art. 17 del *CPC*). El fundamento de esta acción residía en que ellos eran los sucesores de la comodante (arts. 951 y 2190 del *CC*) y, por consiguiente, podían exigir la restitución en razón de no haberse fijado tiempo para ella (arts. 2180 y 2195 del *CC*).

En suma, esto significaba que la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y de la Corte Suprema fue correcta al rechazar la demanda, ya que no concurrían los presupuestos del precario del art. 2195 II del *CC*. Pero ellos no comparecían en la especie debido a

<sup>28</sup> ATRIA (2005), pp. 30-36.

<sup>29</sup> El comodato no se extingue por la muerte del comodante (art. 2190 del *CC*), de suerte que ese hecho no puede operar como un plazo extintivo cierto e indeterminado (art. 1081 II del *CC*).

que la acción ejercida era equivocada, y no porque la demandada tuviese un título que la autorizase para vivir en el inmueble. La compraventa celebrada por su marido y la anterior dueña del inmueble reclamado no revestía esa virtud, porque nunca tuvo otro carácter que el de una escritura pública que daba cuenta de la existencia de un contrato perfecto (art. 1801 del *CC*), sin que la adquisición del bien se hubiese producido a favor del haber absoluto de la sociedad conyugal (arts. 686 y 1725 N° 5° del *CC*).

Nada impedía, entonces, que los demandantes pudiesen volver a demandar, esta vez pidiendo la restitución en razón de su decisión de poner fin al comodato precario que habilitaba a María Teresa Vera Contreras para vivir en el inmueble de calle Teatinos N° 6736, comuna de Antofagasta. Entre una y otra demanda no existe la triple identidad que exige el art. 177 del *CPC* para fundar la excepción de cosa juzgada, puesto que la causa de pedir es distinta en ambas acciones. Ella viene definida en dicha norma como “el fundamento inmediato de la acción deducida en juicio”, vale decir, mienta el hecho generador de aquel derecho, de aquella situación jurídica o de aquel beneficio que se invoca en el juicio y que se pretende de sea reconocido por el juez<sup>30</sup>. Tal fundamento es distinto en ambas acciones, pues la acción ejercida se basaba en la situación fáctica del precario, mientras que la nueva acción deriva del contrato de comodato precario existente entre la anterior dueña y María Teresa Vera Contreras como ocupante del in-

mueble<sup>31</sup>. Que su exmarido, originalmente también ocupante de una parte del bien raíz ya no viva en él, es indiferente porque todos son solidariamente responsables (art. 2189 del *CC*) y, por consiguiente, se ejerce respecto de cualquiera, preferentemente de quien se encuentre en la posibilidad real de restituir.

#### 4. *El comportamiento de la demandada*

Como fuere, existe un elemento adicional en el caso comentado que no puede pasar desapercibido: de todo lo que se ha relatado precedentemente no cabe sino concluir que la demanda obró de mala fe y en contradicción con sus actos propios. Ambos comportamientos autorizan a ejercer una acción indemnizatoria en sede extracontractual para resarcir el daño causado (arts. 2314 y 2329 del *CC*)<sup>32</sup>. La existencia de un daño es meridianamente evidente: los dueños del inmueble se han visto privados de él desde que lo adquirieron por sucesión por causa de muerte, y esa privación puede ser calculada conforme al valor de uso que ha dejado de percibir conforme a la regla de mercado<sup>33</sup>. Porque es evidente que, con independencia de que la acción ejercida fuese incorrecta, la deman-

<sup>31</sup> ROMERO (2002), pp. 68-73, sostiene una opinión diversa: la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible. Por esta razón, la presentación de una nueva demanda, aunque venga fundada en una motivación jurídica diversa, queda cubierta por la cosa juzgada si ella está fundada en los mismos hechos ya fallados en la sentencia anterior.

<sup>32</sup> BARROS (2006), pp. 644-646.

<sup>33</sup> A ella recurre el art. 1945 del *CC* en materia de arrendamiento.

<sup>30</sup> VODANOVIC (1991), vol. I, p. 133.

dada bien podría haberse allanado a ella y haber devuelto el inmueble. Por el contrario, optó por defenderse para seguir viviendo en él, privando a los demandantes de algo que les correspondía.

A partir de la ley N° 20.886 sobre tramitación digital de los procedimientos judiciales, los tribunales cuentan con un expediente concreto para reprimir la mala fe y la contradicción con sus actos propios anteriores que observen en las partes litigantes. Su art. 2° letra d) consigna la buena fe como uno de los principios informadores del remozado procedimiento civil y obliga a los litigantes a actuar de esa manera<sup>34</sup>. Para hacer efectivo el respecto de este principio, se concede la siguiente potestad:

el juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe.

La amplitud de estas facultades concedidas al juez permite concluir que, incluso, entre ellas comparece la posibilidad de rechazar la pretensión ejercida, pues el abuso del derecho y los actos

propios comportan límites al ejercicio de la acción<sup>35</sup>.

### III. CONCLUSIONES

Como en otras ocasiones, la decisión tanto de la Corte de Apelaciones de Antofagasta como de la Corte Suprema fue correcta: la demanda de restitución por precario debía ser rechazada según los términos en los que fue planteada. Sin embargo, la razón de ese rechazo residía en las antípodas del criterio expuesto por las Cortes, pues el problema estribaba en la propia tutela judicial demandada y no en la posición jurídica alegada por la demandada. El rechazo de la demanda se justificaba porque dicha acción no era la que correspondía ejercer, dado que la demandada no ocupaba el inmueble por ignorancia o por mera tolerancia de sus dueños, sino por un acto deliberado de la antecesora en el dominio (la madre y causante de los demandantes) que le había permitido a ella y su marido vivir en parte del inmueble. Lo que existía, en realidad, era un supuesto de comodato precario conforme al art. 2195 I del *CC*, y no aquel de simple precario del art. 2195 II del *CC*.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta tenía razón, entonces, cuando señaló que no existía la ignorancia o mera tolerancia del dueño que exige la acción de precario (cons. 4°). Pero esa inexistencia no procedía del contrato de compraventa celebrado entre la anterior dueña del inmueble y el exmarido de la demandada, que se introduce como un elemento distractor del

<sup>34</sup> El *Código de Ética Profesional* del Colegio de Abogados de Chile A.G. divide este deber en dos: el de lealtad en la litigación (art. 95) y el de respecto de las reglas de procedimiento (art. 96). Estas reglas son obligatorias para cualquier abogado, esté o no colegiado, merced al art. 4° DL 3621/1981.

<sup>35</sup> ROMERO (2006), pp. 69-77.

análisis y acaba llevando el razonamiento hasta los montes de Úbeda, pues hace comparecer a una inexistente sociedad conyugal no disuelta que sería titular de un crédito prescrito. Nada de esto era relevante para analizar el caso, salvo para concluir que la demandada actuó con una evidente mala fe y contraviniendo sus propios actos anteriores, refrendados por el valor de cosa juzgada, con el propósito de perjudicar las legítimas que le correspondían a su suegra y los tíos de su exmarido. La existencia de dicho contrato no era, en verdad, importante para decidir el caso, pese a que remitir a él exigía al menos una justificación más acabada para explicar de manera satisfactoria que la demandada efectivamente pudiese servirse de un contrato suscrito por su exmarido cuando este no estuvo acompañado de tradición, de suerte que el bien, en realidad, no fue adquirido por la sociedad conyugal en los términos del art. 1725 N° 5° del *CC*.

Eliminados los distractores, el caso es simple y la cuestión que plantea consistía en analizar si concurrían en la especie los supuestos del precario y, en especial, el valor que había de darse a un contrato de compraventa como título que justifica la tenencia de la cosa vendida antes de haberse efectuado su tradición. El resultado de ese examen ya se ha anticipado: la acción general de precario del art. 2195 II del *CC* era improcedente, porque la situación planteada daba cuenta, en verdad, de un comodato precario, puesto que una parte del inmueble donde vivía la vendedora le fue prestado al comprador y su entonces cónyuge para vivir sin que se fijase tiempo para su restitución. Era esa causa de pedir la que debió ser in-

vocada por los demandantes. Además, en este caso no había otra forma de recuperar el inmueble, pues las acciones derivadas del contrato de compraventa celebrado el 9 de septiembre de 1998 eran improcedentes por haberse declarado cumplida la obligación de pago del precio y encontrarse ellas prescritas. De lo contrario, los demandantes habrían podido resolver el contrato y recuperar de esa forma el bien raíz vendido (arts. 1489, 1873 y 1875 del *CC*).

Todo esto aboca a una cuestión ni siquiera sopesada por las Cortes. Si de justicia material se trata, al menos el 1<sup>er</sup> Juzgado Civil de Antofagasta acogió la demanda y ordenó la restitución del inmueble a los demandados, que era lo que en ese plano correspondía. Dicho tribunal hizo justicia, aunque por consideraciones erróneas y con sacrificio de la justicia formal, pero al menos dio lo suyo a quien lo merecía. Por el contrario, las Cortes se ajustaron a la decisión que era correcta de acuerdo con las normas invocadas: no había precario porque no se daba el supuesto del art. 2195 II del *CC*. Bajo un criterio estrictamente positivista, solo cabe hablar de justicia relativa a una situación concreta y siempre dentro de los límites establecidos por la ley. Siendo así, la demanda debía ser rechazada y lo fue con razón.

Ya en el siglo II a.C. Terencio consignaba un dato que la historia posterior ha demostrado cuán cierto es: el sumo derecho puede ser con frecuencia la mayor de las maldades (*ius summum saepe summast malitia*)<sup>36</sup>. En situaciones como esta, la jurisprudencia

<sup>36</sup> TER., *Heaut*, 795. Sobre esta idea ahondará después Cicerón (*De off.*, 33).

romana permitía romper las reglas pre-existentes y aplicar directamente la equidad como un criterio abierto que permitiese llegar a una solución justa y distinta a aquella a la que conducía el rigor lógico de las reglas asentadas. El Derecho actual solo permite ese recurso como expediente interpretativo (art. 24 del *CC*) o ante la ausencia de ley que permita decidir el caso (art. 170 N° 5° del *CPC*)<sup>37</sup>. En el juicio aquí relatado, los tribunales parecen haber actuado siempre en busca de la justicia material, atribuyendo la victoria a quien creían en la posición justa. Porque lo cierto es que ninguna de las tres sentencias razonó conforme a las reglas propiamente aplicables, las cuales hacían improcedente la acción, aunque sin que eso supusiese que la demandada tenía razón ni menos derecho a ocupar el inmueble. El problema es que con la decisión final del caso se dejó en la desprotección a los dueños por el solo hecho de haberse aventurado con una acción (improcedente en los hechos) cuyos exactos contornos no están para nada claros y permanecen en constante evolución jurisprudencial.

Como fuere, y si todavía no lo han hecho, los demandantes pueden volver a intentar la restitución del bien merced a la acción de comodato precario, demandando, además, los daños que la conducta dolosa de la demandada les ha irrogado durante todos estos años.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1935). *Tratado práctico de las capitulaciones ma-*

*trimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*. Santiago: Imprenta Universitaria.

ALCALDE SILVA, Jaime (2016a). “La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno”. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 69. N° 4. Madrid.

ALCALDE SILVA, Jaime (2016b). “Los supuestos de tenencia reconocidos por el derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslativo de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oponibilidad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario. Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2015 (rol núm. 31.925-2014)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 26. Santiago.

ALCALDE SILVA, Jaime (2015). “Las diversas acciones de restitución a favor del propietario de un bien raíz. La improcedencia de solicitar el lanzamiento a través de un juicio arbitral cuando han prescrito las acciones emanadas de la sentencia que condenó a la restitución del inmueble arrendado. La denuncia del litigio como medida protectora de los subarrendatarios. La aplicación de los arts. 915 y 2195 II del CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos), sentencia de 18 de junio de 2013, rol CAM núm. 1572-2012, cumplida mediante exhorto ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, rol núm. E-42-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 25. Santiago.

ALCALDE SILVA, Jaime (2013). “Derecho real de usufructo constituido por sen-

<sup>37</sup> GUZMÁN (1981a) y (1981b).

- tencia judicial. Título y modo en la adquisición de un derecho real de usufructo. Nulidad por objeto ilícito. Concepto de enajenación. Alcance de la prohibición de celebrar actos y contratos. Corte Suprema, sentencia de 17 de abril de 2012, rol núm. 7237-2010, WESTLAW: CL/JUR/802/2012; 602961”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 21. Santiago.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2005). “Derechos reales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*. N° 2. Santiago.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1955). *Obras completas*. Caracas: Casa de Bello. Tomo XII.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio (2016). “Las ideas de Bello sobre la naturaleza de la sociedad conyugal”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (ed.). *Estudios de Derecho civil XI*. Santiago: ThomsonReuters.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Código Civil y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del código”, en María Dora MARTINIC, Mauricio TAPIA (coords.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación*. Santiago: LexisNexis.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1975). “Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano”. *Revista Chilena de Derecho*. N° 2. Vol. 3-4. Santiago.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1982). “El haber de la sociedad conyugal en la codificación civil chilena”, en AA.VV. *Congreso internacional “Andrés Bello y el derecho”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1981a). “El juez entre la equidad y la ley”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Vol. LXXVIII. ciudad.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1981b). “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el derecho chileno”. *Revista de Ciencias Sociales*. Vol. 18-19. ciudad. Ahora en Alejandro GUZMÁN BRITO. *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006). “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro Código europeo de contratos” (2000), ahora en Manuel Antonio MORALES MORENO. *La modernización del Derecho de obligaciones*. Madrid: Thomson/Civitas.
- PAZ-ARES, Cándido (1991). “Artículo 1669”, en MINISTERIO DE JUSTICIA. *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia. Tomo II.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1984). “Se faculta al portador de copia autorizada...”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Vol. LXXXI. Santiago.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POTHIER, Robert Joseph (1773). *Traité de la communauté*, incluido en *Traité sur différents matières de droit civil*. Paris/Orleans: Jean Debure/Veauve Rouzeau-Montaut, III.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2000). “La cláusula ‘se faculta al portador’ y la transferencia de propiedad por tradición”. *Revista Chilena de Derecho*. N° 27. Vol. 1. Santiago.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2016). “El título de la sociedad conyugal disuel-

- ta justifica la tenencia de la mujer demandada en una acción de precario”. *El Mercurio Legal*, 12 de agosto de 2016. Edición electrónica. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2017]
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2002). *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2006). *Curso de derecho procesal civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Vol. 1: La acción y la protección de los derechos.
- ROSTIÓ CASAS, Ignacio (2014). *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*. Santiago: LegalPublishing/ThomsonReuters.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (2012). “La compraventa: algunas singularidades a la luz del Proyecto de Marco Común de Referencia”, en Esteve BOSCH CAPDEVILLA (ed.). *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*. Barcelona: Bosch.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2015). “La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio”, en Ian HENRÍQUEZ HERREA (coord.). *La compraventa. Nuevas perspectivas doctrinarias*. Santiago: ThomsonReuters.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2009). *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio*. 3ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1991). *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*. 5ª ed. Santiago: Ediar/Conosur,
- ZAVALA ORTIZ, José Luis (2016). *Acciones reales. Casos y jurisprudencia*. Santiago: Libromar.