

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

Jaime Alcalde Silva

Profesor asistente Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

LOS REQUISITOS DEL SIMPLE PRECARIO DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA. EL ANTERIOR MATRIMONIO DE LAS PARTES COMO ELEMENTO QUE EXCLUYE LA PROCEDENCIA DEL PRECARIO. EL PRECARIO ENTRE CÓNYUGES. LA DISCUSIÓN DOMINICAL COMO CUESTIÓN EXCLUIDA DEL JUICIO DE PRECARIO, LA CUAL SE DEBE PROMOVER EN UN PROCEDIMIENTO DISTINTO Y DE LATO CONOCIMIENTO. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA RENUNCIA DE LOS GANANCIALES. CORTE SUPREMA, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2017, ROL NÚM. 44.910-2016*.

I. LA CUESTIÓN DISCUTIDA

Ante el 1^{er} Juzgado de Letras de Melipilla compareció Olga del Rosario Vargas Vásquez y dedujo acción de precario conforme a las reglas del juicio sumario en contra de Héctor Antonio Quinteros Núñez, a fin de que este fuese condenado a restituirle el inmueble ubicado en Pasaje Félix Contreras 635, población Los Chacabucanos, comuna de Melipilla, dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia o dentro del plazo que el tribunal señalase, bajo apercibimiento de proceder al lanzamiento con auxilio de la fuerza pública.

La demanda se fundaba en que la demandante y el demandado habían contraído matrimonio el 18 de diciembre de 1978, bajo el régimen de sociedad conyugal, el cual había terminado por sentencia de divorcio dictada el 4 de septiembre de 2014 por el Juzgado de Familia de Melipilla y que fue subinscrita el 9 del mismo mes en el Servicio de Registro Civil e Identificación. Por su parte, la demandante había renunciado a los gananciales establecidos en su beneficio respecto del inmueble antes mencionado merced a la escritura pública otorgada el 8 de enero de 2015 en la notaría de René Martínez Loaiza, la cual fue complementada por otra del 28 de julio de ese año extendida en la misma notaría. Dicha renuncia y la escritura complementaria fueron subinscritas al margen de la inscripción de dominio del bien raíz cuya restitución se reclamaba judicialmente.

349

* Este comentario hace parte del proyecto Fondecyt de iniciación n.º 11160615, del cual el autor es investigador responsable.

El inmueble de Pasaje Félix Contreras 635 (hoy individualizado con el núm. 78), situado en la Manzana X del plano de loteo de la población Los Chacabucanos, comuna de Melipilla, había sido adquirido por Olga Vásquez Vargas a través de la compraventa celebrada entre ella y la Ilustre Municipalidad de Melipilla el 10 de octubre de 1988, figurando el bien inscrito a su nombre a fojas 2175, núm. 2921 del Registro de Propiedad correspondiente al año 1988 a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Melipilla.

Argüía la demandante que ella debió abandonar el hogar común por los malos tratos de su marido, y que era de público conocimiento que el demandado residía en el mentado inmueble sin autorización suya y pese a las reiteradas peticiones para que se lo restituyese, situación que satisfacía los requisitos del simple precario del art. 2195 II del *CC*.

El comparendo de estilo se realizó con la presencia de ambas partes, sin que se haya podido lograr la conciliación entre ellas. En dicha audiencia, la demandante ratificó su demanda en todas sus partes, y el demandado evacuó oralmente su contestación. En ella solicitaba el completo rechazo de la demanda deducida en su contra, por cuanto no se verificaban en la especie los requisitos que el art. 2195 II del *CC* prevé para que una situación de tenencia respecto de una cosa ajena constituya simple precario. Su defensa consistía en el que el art. 1783 del *CC* dispone que, cuando la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales, la consecuencia es que los derechos de la sociedad y del marido acaban confundiendo, aun respecto de ella. Esto significaba que el inmueble materia del juicio, que era en verdad un bien perteneciente a la sociedad conyugal por haber sido adquirido a título oneroso durante la vigencia de la misma (art. 1725 núm. 5° del *CC*), pasó en su totalidad a dominio del demandado al producirse la renuncia a los gananciales por parte de la demandante.

El 1^{er} Juzgado de Letras de Melipilla dictó sentencia el 8 de abril de 2016, acogiendo la demanda de precario y ordenando la restitución del inmueble dentro de décimo día hábil de ejecutoriada la sentencia. El razonamiento del tribunal comienza por despejar el dominio de la demandante respecto del inmueble objeto de discusión (cons. 7°). Este bien raíz había sido adquirido por ella de parte de la Ilustre Municipalidad de Melipilla y de conformidad al programa de viviendas sociales de los municipios que prevé la Ley 18138, de suerte que existía a su respecto la presunción de derecho del art. 9° de dicha ley, que remite a lo dispuestos en el art. 11 de la Ley 16392. Dado que se trata de una presunción de derecho, la mujer no requiere acreditar el origen y dominio del bien como parte de su patrimonio reservado. Siendo esto así, la renuncia a los gananciales efectuada por la demandante con la debida publicidad registral tuvo como consecuencia que ese bien adquirido con su patrimonio reservado se consolidó en dominio pleno a su favor (cons. 9°). Constando la titularidad de la demandante respecto del bien raíz que reclamaba (cons. 10°) y no habiendo acreditado el demandado la existencia de ningún título que legitimase su ocupación respecto del mismo fuera de la alegación que negaba efectos a la renuncia de los gananciales (cons. 12°), correspondía

dar por cabalmente cumplidos los requisitos de la acción de precario del art. 2195 II del *CC* y hacer lugar a la demanda (cons. 13°).

Contra esta sentencia, el demandado interpuso una apelación para ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, el que fue resuelto por sentencia de 14 de junio de 2016. En ella se confirmó el fallo recurrido sin mayores argumentos.

El demandado recurrió la sentencia de segunda instancia ante la Corte Suprema mediante un recurso de casación en el fondo, donde se denunciaban infringidos los arts. 11 de la Ley 16392 y 150, 1725 núm. 1° y 5°, 1749 I, 1752 y 2195 del *CC*. A su juicio, no se había configurado el supuesto de simple precario previsto en el art. 2195 II del *CC*, puesto que el bien raíz reclamado en juicio no pertenecía al patrimonio reservado de la demandante, sino al haber social debido a que aquella había declarado, tanto en el contrato de compraventa como en la escritura de renuncia de los gananciales, que su oficio era el de “dueña de casa”. Esto significaba que nunca había ejercido un trabajo remunerado que permitiese justificar la existencia de un patrimonio reservado a su favor.

Por lo demás, el demandado sostenía que había sido él quien obtuvo el subsidio habitacional con el que se financió la adquisición del inmueble en cuestión, pagando, asimismo, la construcción de la vivienda (1983) y la urbanización del terreno (1986) con dineros provenientes de su trabajo, sin que la demandante haya acreditado la existencia de fondos obtenidos con el ejercicio de un trabajo, profesión o industria separados de su marido, como exige el art. 150 del *CC*. Incluso, una vez pagada la señal del contrato con el subsidio municipal, el resto había sido cubierto con dineros pertenecientes a la sociedad conyugal, de suerte que el bien había pasado a formar parte del haber absoluto de esta última (art. 1752 núm. 5° del *CC*). De ahí que no correspondiese dar a la presunción del art. 11 de la Ley 16392 una interpretación más amplia que aquella que le confiere el espíritu de esa disciplina especial, que consiste en facilitar a los organismos públicos el cobro de las cuotas provenientes de la división del precio de las viviendas sociales.

Bajo este orden de cosas, la demandante no era dueña del inmueble cuya restitución demandaba, pues solo podía ser considerada copropietaria, dado que la atribución patrimonial había ingresado a la sociedad conyugal al momento de producirse. De esta manera, al disolverse aquella por la declaración de divorcio, ese bien se había confundido con el patrimonio del demandado mientras no existiese liquidación de la comunidad existente entre los excónyuges y se determinasen en un juicio diverso las indemnizaciones y recompensas que correspondían a cada uno.

Este recurso fue resuelto por la Corte Suprema mediante la sentencia de 13 de septiembre de 2017, que acogió la casación en el fondo y, por consiguiente, anuló el fallo recurrido y dictó a continuación la correspondiente sentencia de reemplazo, donde se rechazó la demanda de precario.

Ante todo, la Corte enuncia los requisitos de procedencia de la acción de precario de acuerdo con el art. 2195 II del *CC* (cons. 3°), para analizar si ellos

concurrían en la especie. De acuerdo con los antecedentes que obraban en el proceso, tal y como fueron establecidos por los jueces del fondo, no constaba que fuese una cuestión pacífica que la demandante tuviese la calidad de dueña del inmueble cuya restitución pretendía, por lo que ella debía ser dirimida en un juicio de lato conocimiento (cons. 4°). Tampoco concurría el requisito relativo a la ausencia de título para la detentación, puesto que las partes habían estado unidas en matrimonio por treinta y seis años, sin que fuese posible estimar que la ocupación del bien raíz era producto solo de la mera tolerancia de la demandante (cons. 5°). Hubo, entonces, una infracción del art. 2195 II del *CC* que influyó sustancialmente en la decisión de la Corte de Apelaciones de San Miguel y que autorizaba la invalidación de la sentencia recurrida, sin necesidad de pronunciarse sobre las demás normas denunciadas por el recurrente (cons. 6°).

II. COMENTARIO

En realidad, este comentario es una coda de aquel otro publicado en un número anterior de esta revista¹. La expresión se emplea aquí según su acepción musical, vale decir, como adición brillante al periodo final de una pieza de música. En este caso, esa pieza sobre la que recae el añadido es la SCS de 5 de septiembre de 2017 que fue objeto del recién mentado comentario, y lo destacado consiste en la función didáctica que cumple la SCS de 13 de septiembre de 2017 que ahora se refiere y que fue dictada solo una semana después. En ella se explica la operación del patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal y la función que cumple la renuncia a los gananciales (cons. 2°) y los presupuestos de la acción de simple precario del art. 2195 II del *CC* (cons. 3°), en especial el relativo a la ocupación del bien por mera tolerancia del dueño (cons. 4°). Sin embargo, el resultado de ese análisis es equivocado y comprueba aquella frase atribuida al profesor y juez argentino Augusto César Belluscio, según la cual “la Corte siempre tiene razón, especialmente cuando se equivoca”², pues la decisión sí fue justa: correspondía rechazar la demanda de precario por la manera en que la demandante había conseguido consolidar la titularidad del bien raíz demandado.

Cumple seguir el mismo orden de exposición de los aspectos recién apuntados para efectuar los comentarios que merece la lectura de la última sentencia citada, y tratar:

- 1) primero del régimen de los bienes que conforman el patrimonio reservado de la mujer casada y
- 2) de los requisitos de la acción de precario.

¹ ALCALDE (2017a); ROSTIÓ (2013), pp. 83-86, ofrece el recuento de otros casos similares donde la sociedad conyugal ha sido utilizada como título para enervar una acción de precario.

² ROITMAN (2010), p. 42.

Ellos sirven de pretexto para recapitular los desarrollos expuestos anteriormente en esta misma revista, añadiendo algunas ideas nuevas que pueden resultar de interés.

1. El régimen de los bienes que conforman el patrimonio reservado de la mujer casada

En una oportunidad anterior se explicó el origen histórico del patrimonio reservado previsto en el art. 150 del *CC* como un régimen de bienes complementario de la sociedad conyugal cuando la mujer ejerce un trabajo, profesión o industria separados de su marido³. La conclusión que se extraía de esas reglas era que tales bienes eran propios de la mujer, aunque su dominio estaba sujeto a una condición resolutoria que, de verificarse, hacía que ellos quedasen bajo un régimen de copropiedad⁴. Ahora conviene insistir sobre la función que cumple la presunción de derecho existente en las leyes sobre viviendas sociales a favor de la mujer casada que adquiere una de ellas.

La premisa de la que aquí se parte es que la presunción existente en las leyes relativas a la adquisición de viviendas sociales y el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal son cuestiones diversas, y solo quedan conectadas por una decisión expresa del legislador.

El sentido del patrimonio reservado del art. 150 del *CC* es otorgar a la mujer una protección patrimonial respecto del fruto del trabajo, profesión o industria que ejerce separada de su marido, para que aquel no sea gestionado por este último, como sería lo normal merced a las reglas de administración ordinaria de la sociedad conyugal (art. 1749 del *CC*). De ahí que el efecto de la renuncia de los gananciales en el mentado art. 150 del *CC* sea inverso al que se prevé en el art. 1783 del *CC*, dado que la mujer se decanta por conservar para sí, ahora con un dominio no condicional, aquello que ha adquirido con su actividad. En otras palabras, esa renuncia supone el desprendimiento del crédito que tiene la mujer respecto de los bienes sociales, el cual se extingue merced de dicha renuncia (art. 13 del *CC*).

Por su parte, la función de una presunción de derecho consiste en eliminar la posibilidad de cualquier prueba en contrario respecto de un hecho desconocido que se da por establecido a partir de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas (art. 47 del *CC*).

En el supuesto que ahora interesa, el hecho desconocido son los recursos económicos independientes por parte de una mujer casada en sociedad conyugal, los cuales, se entiende, que concurren por el solo hecho de comparecer en un contrato de compraventa de una vivienda social, vale decir, se asume que si comparece en ese negocio jurídico es porque tiene al menos los medios económicos necesarios para hacerse cargo de las consecuencias que trae con-

³ ALCALDE (2017a), pp. 297-304.

⁴ *Op. cit.*, pp. 304-307.

sigo su celebración⁵. El propósito perseguido por la ley es, en consecuencia, relevar a la mujer casada en sociedad conyugal de la prueba relativa a la proveniencia de los fondos con los que paga el precio de la vivienda social que adquiere, siempre que esté acreditado el presupuesto exigido (la celebración del respectivo contrato).

En rigor, la ley aplicable al caso que aquí se comenta no contiene ninguna presunción propia, sino que remite a la Ley 16392. El art. 9° de la Ley 18138, que faculta a las municipalidades para desarrollar programas de construcción de viviendas e infraestructuras sanitarias, solo señala:

“En todos los actos y contratos que se celebren para la enajenación de las viviendas e infraestructuras sanitarias regirá, respecto de los cónyuges, lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley N° 16.392”.

Por su parte, el art. 11 de la Ley 16392 sí contiene una regla sustantiva:

“La mujer casada que adquiera, hipoteque o grave en la Corporación de la Vivienda o en la Corporación de Servicios Habitacionales, en Asociaciones de Ahorro y Préstamos o Instituciones de Previsión [organismos cuyo sucesor legal es en la actualidad el Servicio de Vivienda y Urbanismo], una vivienda, sitio o local, se presumirá de derecho separada de bienes para la celebración del contrato correspondiente, y regirán, respecto de ella, todos los derechos que se establecen en el artículo 150° [sic] del Código Civil para la mujer casada que ejerce un empleo, oficio, profesión o industria, separados de los de su marido”⁶.

La misma presunción existe en el art. 69 DS 355/1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y en el art. 41 II de la Ley 18196.

En teoría del derecho, la operación que realiza el art. 11 de la Ley 16392 se denomina equiparación formal o remisión, y consiste en que la ley asimila a efectos jurídicos un supuesto de hecho a otro distinto⁷. Merced a ella, la norma que acude a este recurso de técnica legislativa remite el supuesto equiparado a otro que se toma como parámetro de referencia. Esta remisión acaba comportando una ficción, pues se modifican las cualidades que el derecho tiene en cuenta para la aplicación de una consecuencia jurídica o, en otras palabras, se alteran las consecuencias jurídicas que dicha modificación entraña⁸.

⁵ PERALTA (2005), p. 149.

⁶ Esta redacción proviene del art. 68 de la Ley 16742, pues el tenor original del art. 11 de la Ley 16392 solo decía que la mujer se consideraba separada de bienes para la celebración del contrato correspondiente.

⁷ HERNÁNDEZ (2002), pp. 24-341, ofrece un exhaustivo tratamiento de esta materia.

⁸ LUNA (2013), p. 121.

En el caso del mentado art. 11 de la Ley 16392 las ficciones son dos⁹:

- i) para efectos de la comparecencia en los contratos relativos a viviendas sociales, la mujer casada se considera separada de bienes y, por tanto, no requiere ninguna autorización de parte de su marido¹⁰ y
- ii) se aplica respecto del bien adquirido el régimen del art. 150 del *CC*, el cual comprende los derechos que ahí se reconocen a la mujer casada en sociedad conyugal, pero esa aplicación no alcanza a la prueba de que el bien ha sido adquirido con el fruto de un trabajo, profesión o industria ejercido por la mujer por separado de su marido¹¹.

La Corte Suprema resolvió la cuestión de forma parcialmente correcta, pues entendió que la mujer había adquirido el bien bajo una presunción de derecho que la libera de probar el origen de los fondos con que se pagó esa adquisición, y que había renunciado a los gananciales con la debida publicidad, consolidándose a su respecto el dominio pleno de dicho inmueble, de suerte que tenía la legitimación activa para demandar su restitución mediante un juicio de precario (cons. 2º). El único error fue que la renuncia no se produjo merced al art. 1781 del *CC*, sino al art. 150 del *CC*, cuyos efectos y oportunidad son diversos¹². El problema reside en el alcance que se atribuyó a esa presunción, pues la SCS de 13 de septiembre de 2017 acabó por restarle cualquier relevancia al sembrar dudas sobre la propiedad del inmueble objeto del litigio, materia que dejó sin resolver.

2. *Los requisitos de la acción de precario*

El cons. 3º de la SCS 13 de septiembre de 2017 repite los requisitos que se exigen para que se configure el simple precario:

- i) que el demandante sea dueño del bien cuya restitución procura;
- ii) que el demandado lo ocupe;
- iii) que esa ocupación no esté amparada en un título y
- iv) que lo sea por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Ya en ocasiones anteriores se ha tratado sobre este grado de tenencia (el último entre ellos debido precisamente a su precariedad) y sobre el origen histórico

⁹ ACUÑA (2015).

¹⁰ Aunque la norma no lo dice, hay que entender que esa presunción solo se aplica respecto de la mujer casada en sociedad conyugal, y no respecto de la que ha pactado el régimen de participación en los gananciales. Esto se debe a que el sentido de esa regla es establecer un mecanismo de protección durante la vigencia del matrimonio, evitando que la vivienda adquirida con un subsidio público sea administrada por el marido. Ese riesgo no existe en el régimen de participación en los gananciales, puesto que los cónyuges se consideran separados de bienes mientras este dure (art. 1792-2 del *CC*). Por lo demás, cumple recordar que la Ley 16392 es anterior a la Ley 18802, que otorgó plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, de suerte que su objetivo era conferirle esa capacidad en lo relativo a los contratos sobre viviendas sociales.

¹¹ PERALTA (2005), p. 149, estima que esa prueba sí resulta necesaria, incluso en el caso de las viviendas adquiridas mediante un subsidio del Estado o de las municipalidades.

¹² ALCALDE (2017a), pp. 307-308.

del art. 2195 II del *CC*¹³. Para lo que ahora interesa, basta con insistir en la carencia de título y en la impropiedad que supone asignar a la sociedad conyugal o al matrimonio ese carácter, por no seguirse de ellos la posibilidad de detentar una cosa.

Sin embargo, como cuestión previa, hay que advertir que el cons. 5° de la SCS de 13 de septiembre de 2017 presenta una redacción algo confusa, pues, en realidad, mezcla dos cuestiones diversas:

- i) la presencia de un título y
- ii) la inexistencia de mera tolerancia del demandante respecto de la ocupación del inmueble.

Es verdad que la falta de título hace presumir la tenencia precaria, pero eso no impide que, al menos desde una perspectiva dogmática, se trate de cuestiones que admiten cierta diferenciación¹⁴.

Dicho considerando comienza por definir qué se entiende por título para efectos del precario, señalando que este comporta una situación de hecho y su presencia impide que se configure esa forma de detentación de un bien. En este sentido, “título” es cualquier

“justificación para ocupar la cosa cuya restitución se solicita, aparentemente sería o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea lo aparentemente ajeno” (cons. 3°).

En el caso aquí relatado, la Corte Suprema concluyó que sí existía un título, puesto que

“se tuvo por acreditado que los litigantes estuvieron ligados por [un] vínculo matrimonial durante treinta y seis años, y que la demandante compró el inmueble sub lite en el año 1988, renunciando a los gananciales tiempo después de decretado el divorcio” (cons. 3°)¹⁵.

De ahí que la presencia del demandado en el inmueble no proviniese de la mera tolerancia de su cónyuge, sino “del vínculo que los unía, que resulta suficiente para concluir que no se está en presencia de un precario” (cons. 3°).

Para los efectos de este comentario, no es necesario detenerse en la amplitud del concepto de título que ofrece la Corte Suprema y, especialmente, en los problemas que de él se siguen¹⁶. Basta con insistir en que ni el matrimonio ni la

¹³ ALCALDE (2015), pp. 247-250 y ALCALDE (2016), pp. 289-296.

¹⁴ ROSTIÓN (2013), pp. 98-101.

¹⁵ RODRÍGUEZ (2018) estima que el título era en verdad la sociedad conyugal no liquidada.

¹⁶ Aceptar que es suficiente que el título vincule al ocupante con la cosa y que tal permite enervar la acción de precario, significa que el dueño acaba sin protección frente a la ocupación de una cosa que le pertenece, pues la restitución depende de la interpretación que dé el tribunal respectivo al art. 915 del *CC*.

sociedad conyugal son títulos suficientes para enervar una acción de precario, pues para que lo haya tal debe permitir la tenencia de una cosa ajena¹⁷. Así se sigue del art. 2195 II del *CC*, que exige como requisito del simple precario que la tenencia de una cosa ajena sea “sin previo contrato”. En otras palabras, el *Código* efectúa una partición entre la tenencia de una cosa ajena que se hace merced a un título y aquella que ocurre por ignorancia o mera tolerancia del dueño. En el primer caso, hay aquel grado de detentación que el art. 715 del *CC* define como mera tenencia y el dueño debe recuperar la cosa mediante la acción que proviene del título por el que la cedió o, eventualmente, a través de la acción residual del art. 915 del *CC*¹⁸. En el segundo caso, el ocupante del bien sabe que este es ajeno y se sirve de él porque el dueño ignora esa tenencia o la permite, sin que quepa prescripción de ninguna especie a su favor (arts. 2499 y 2510 del *CC*).

Ambas posibilidades son definidas de manera correcta por la SCS de 13 de septiembre de 2017: la ignorancia “da cuenta del desconocimiento, de la falta de noticia [...] [de] que el inmueble que se intenta recuperar es ocupado por una persona” (con. 3°), mientras que la mera tolerancia “importa asumir una actitud permisiva, el simple beneplácito o anuencia del propietario de la cosa que luego trata que se le restituya” (con. 3°). Por cierto, la mera tolerancia debe ser posterior a la detentación del bien por parte del precarista, vale decir, el precario existe porque el dueño se da cuenta de que un tercero está ocupando un bien que le pertenece (rompe así su estado de ignorancia) y no hace nada para cesar ese uso. De lo contrario, existe un supuesto de comodato precario: el dueño ha cedido ese uso a un tercero mediante la entrega de la cosa (art. 2174 del *CC*), reservándose la facultad de exigir la restitución en cualquier tiempo (art. 2194 del *CC*) o sin indicar la duración del préstamo (art. 2195 I del *CC*).

Sin embargo, la mentada sentencia estima que la ocupación del inmueble por parte del demandado no proviene de la mera tolerancia de la demandante, por cuanto entre ellos había existido un vínculo matrimonial (cons. 5°). El problema es que esta manera de razonar entraña una petición de principio y, a la vez, acaba por introducir aquello que en retórica se conoce como un “espantapájaros” u “hombre de paja”, produciendo como resultado una equivalencia falsa o falacia de inconsistencia. En general, la petición de principio ocurre cuando la proposición que debe ser probada se incluye implícita o explícitamente entre las premisas, de suerte que la argumentación presupone la verdad que se quiere demostrar¹⁹. Para la Corte, el hecho de que las partes hubiesen estado unidas en matrimonio entre 1978 y 2014 es suficiente para descartar tanto el requisito negativo de ausencia de título de tenencia como la mera tolerancia del dueño respecto de la ocupación del bien, sin siquiera detenerse en explicar bajo qué rocambolesco expediente se puede entender

¹⁷ ALCALDE (2016), pp. 289-296.

¹⁸ ALCALDE (2015), pp. 245-254.

¹⁹ GRAJALES-NEGRI (2014), p. 218.

que el matrimonio tiene un contenido diverso a la comunidad de vida de que trata el art. 102 del *CC*²⁰.

Incluso, si se aceptase que el matrimonio puede ser un título que sirve para legitimar la tenencia de un bien por parte del cónyuge no propietario, el razonamiento de la Corte Suprema deja sin explicar por qué el mismo estado de cosas se mantiene después de que el Juzgado de Familia de Melipilla declaró el divorcio y, por consiguiente, puso término al matrimonio que unía a la demandante con el demandado, en especial cuando el divorcio permite desafectar un bien familiar por haber cesado su destinación (art. 145 III del *CC*)²¹. Lo que ocurre es que la sentencia introduce ese matrimonio como un espantapájaros que distrae la atención, creando una falsa equivalencia entre dos requisitos exigidos por el art. 2195 II del *CC* para que prospere la acción de precario, uno negativo (que no exista título previo que justifique la detención) y otro positivo (que ella provenga de la ignorancia o mera tolerancia del dueño), cuya acreditación pone de cargo del demandado (cons. 3°)²². En rigor, el demandado no había alegado título alguno para justificar la tenencia del inmueble reconociendo dominio ajeno, pues su defensa se fundaba en que él era dueño del mismo por aplicación de las reglas sobre sociedad conyugal. La Corte Suprema acaba, por tanto, resolviendo fuera de los límites materiales de la controversia promovida por las partes ante la justicia, ya que ella nunca versó sobre un título de mera tenencia que legitimase la ocupación del demandado. Como se verá enseguida, el problema es otro y la Corte optó por no darle respuesta.

Un ejemplo puede facilitar la comprensión de las razones por la cuales el fallo que se comenta es errado. Piénsese en qué ocurre si el inmueble donde vivían los cónyuges pertenece, en realidad, al haber propio de la mujer y,

²⁰ El contenido de todo contrato consiste en los derechos y obligaciones que entraña para las partes. En el caso del matrimonio, la comunidad de vida que surge para los cónyuges involucra una serie de derechos y deberes de ambos entre sí y respecto de los hijos (títulos VI y IX del libro I del *Código Civil*). Ninguno de ellos involucra la posibilidad de detentar bienes ajenos, porque el derecho y deber de vivir en el hogar común (art. 133 del *CC*) es una consecuencia de los fines del matrimonio que no tiene un trasunto patrimonial: las cosas simplemente se usan por los cónyuges como parte de la vida en familia. De ahí que no exista responsabilidad penal por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren los cónyuges (art. 489 núm. 5° del *CP*).

²¹ Los bienes familiares son una figura de protección pensada dentro de un contexto de unión sexual formalizada, y eso explica que la legitimación para pedir su declaración corresponda al cónyuge (art. 141 del *CC*) o conviviente civil (art. 15 de la Ley 20830) que no es propietario del inmueble que sirve de residencia principal a la familia. De ahí que la desafectación dependa de la vigencia del matrimonio (art. 145 del *CC*) o del acuerdo de unión civil (art. 28 de la Ley 20830), pero en ningún caso cabe atribuir a ella más efectos que la necesidad de contar con la autorización del cónyuge o conviviente civil no propietario para enajenar o gravar voluntariamente el inmueble (art. 142 del *CC*) o la posibilidad de oponer el beneficio de excusión para que se persiga la deuda primero en otros bienes del cónyuge o conviviente civil propietario (art. 148 del *CC*).

²² En realidad, la ignorancia o mera tolerancia del dueño no debe probarse por ninguna de las partes, sino que se presume en ausencia de un título de mera tenencia, véase la n. 14.

producido el cese de convivencia, es el marido quien sigue viviendo en él por la razón que sea. Si se acepta que el matrimonio o, incluso, la sociedad conyugal son títulos suficientes de tenencia, cabe concluir que cualquiera de esas situaciones justifica que el marido siga viviendo en ese inmueble mientras su situación familiar o su estado civil no cambie. Pero cumple preguntarse, ¿qué ocurre cuando se declara el divorcio y, en consecuencia, el matrimonio termina y la sociedad conyugal se disuelve? Desde entonces, la mujer recobra la plena administración del bien, cuya propiedad siempre ha tenido (arts. 1725 y 1736 del *CC*). Aplicando el razonamiento de la SCS de 13 de septiembre de 2017, habría que concluir que la mujer no puede conseguir la restitución del inmueble porque alguna vez hubo un matrimonio que justifica la ocupación por parte de su exmarido.

La pregunta lógica que se impone ante esta conclusión se relaciona con cuál es, entonces, la acción que permite la restitución de ese bien a favor de su dueño. En el caso que da lugar a este comentario, la respuesta podría ser que la demandante tenía a su disposición la acción reivindicatoria, sobre todo desde que parece haberse impuesto la doctrina jurisprudencial que entiende que el “actual poseedor” del art. 895 del *CC* es también el poseedor material que carece de respaldo registral, y aquí precisamente el demandado discutía la propiedad del inmueble cuya restitución se le pedía²³. Pero esto deja sin responder qué ocurre en los demás casos, como en aquella situación hipotética antes planteada donde la propiedad del bien nunca ha sido discutida y solo media un supuesto fáctico de detentación.

El problema argumental de la sentencia que acogió el recurso de casación en el fondo estriba en que la discusión del juicio versó sobre una cuestión diversa, que la Corte Suprema estima debe ser materia de un juicio distinto (cons. 4º). Bien mirado, el caso que aquí se comenta gira en torno a quién era verdaderamente el propietario del inmueble cuya restitución se demandaba. Para la demandante, su propiedad provenía de que dicho bien raíz fue adquirido bajo un subsidio de la Ley 18186 y, por tanto, su titularidad quedó consolidada a su favor con la renuncia de los gananciales efectuada de acuerdo con el art. 150 VI del *CC*. Para el demandado, en tanto, el inmueble era en verdad suyo, puesto que el bien formaba parte de la sociedad conyugal y esta no se había liquidado, habiendo, además, contribuido con fondos para la construcción y urbanización provenientes de subsidios públicos donde él había sido el beneficiario, lo cual fue acreditado a través de la documentación aportada durante el término probatorio.

Pues bien, si el dominio de la cosa cuya restitución se demanda determina la legitimación activa de la pretensión, el tribunal se debe pronunciar sobre ese aspecto, porque corresponde a uno de los presupuestos procesales del juicio. De manera sorprendente, empero, la SCS de 13 de septiembre de 2017 estimó que “corresponde que la discusión que gira en torno al dominio del

²³ ALCALDE (2018), pp. 230-235.

inmueble sub lite se dirima en un juicio de lato conocimiento” (cons. 4°), con lo que evitó pronunciarse al respecto.

Algo corresponde decir en torno a este aserto, que comporta una suerte de mito jurídico²⁴. No resulta consistente decir que al demandante de precario le corresponde probar que es dueño de la cosa y que esta es ocupada por el demandado (cons. 3°) y, enseguida, sostener que la discusión en torno a quién es el verdadero propietario sea materia de un juicio de lato conocimiento, vale decir, que esa cuestión se debe volver a promover ante un juez, ahora bajo las reglas del juicio ordinario.

El juicio ordinario tratado en el libro II del *Código de Procedimiento Civil* se aplica “en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza” (art. 3° del *CPC*), lo que significa que su utilización queda excluida cuando existe un juicio especialmente pensado para lograr una mejor tramitación de la acción ejercida. Es cierto que, al menos desde un punto de visto textual, se puede discutir si el juicio sumario es aplicable a la acción de simple precario del art. 2195 II del *CC*, puesto que el art. 680 núm. 5° del *CPC* solo menciona el supuesto contractual, vale decir, el comodato precario²⁵. Pero esa discusión parece superada por la jurisprudencia, que ha acabado por dar aplicación a ese procedimiento sin mayor discusión y como un expediente de similares características al juicio de reivindicación, pero menos exigente en sus requisitos y, por tanto, de más fácil y simple uso²⁶.

Cuestión diversa es el alcance que tiene el juicio sumario, que la SCS de 13 de septiembre de 2013 minusvalora en cuanto a su mérito procesal. Dicho procedimiento es un juicio declarativo que tiene aplicación común o especial según sea el caso²⁷. Es de aplicación común porque cualquier materia puede ser sometida a sus reglas, siempre que “la acción deducida requiera, por su naturaleza, una tramitación rápida para ser eficaz” (art. 680 I del *CPC*). Por eso se admite que, cuando existen motivos fundados para ello, el juicio pueda continuar después conforme a las reglas del juicio ordinario (art. 681 del *CPC*), puesto que la razón de recurrir a uno u otro reside en la mayor celeridad del procedimiento para conseguir el amparo de los justiciables. Por su parte, el juicio sumario es un procedimiento especial cuando la ley ordena dar aplicación a sus reglas (art. 680 II del *CPC*), sin que sea admisible, entonces, la sustitución del procedimiento: su aplicación excluye cualquier otro procedimiento general, sobre todo el juicio ordinario.

Si se admite que la acción de simple precario se tramita conforme a las reglas del juicio sumario, el principio de consistencia obliga a entender que,

²⁴ El término “mito jurídico” se emplea aquí en el sentido que le asigna GROSSI (2003), pp. 15-16: supone una certeza axiomática a la que se llega tras absolutizar ciertas nociones y principios relativos y discutibles, reemplazando el conocimiento por la creencia.

²⁵ DOMÍNGUEZ (1995).

²⁶ DOMÍNGUEZ (2005), p. 344.

²⁷ CASARINO (1998), pp. 49-50.

por tratarse de un procedimiento especial, es dentro de él y conforme a sus reglas que se deben resolver todas las cuestiones relacionadas con la pretensión ejercida. Esto significa que la Corte Suprema sí se debió haber pronunciado sobre la materia que tenía relación con la titularidad del bien en litigio, sin introducir un espantapájaros en su razonamiento para sostener que, en verdad, la acción de precario no podía prosperar porque las partes habían estado unidas en matrimonio y, por consiguiente, era imposible que se configurase la mera tolerancia en la ocupación del inmueble. Y debió pronunciarse sobre esta materia, porque no había otra oportunidad para hacerlo desde que las propias partes habían centrado el debate en torno a ese punto, condicionando la respuesta del juez (arts. 160 y 170 del *CPC*).

Sobre esta cuestión, la decisión correcta fue la de los jueces del fondo: tanto el 1^{er} Juzgado de Letras de Melipilla como la Corte de Apelaciones de San Miguel concluyeron que, por haber obrado una renuncia de los gananciales por parte de la demandante respecto del inmueble cuya restitución reclamaba, ella se había convertido en dueña de ese bien raíz en plenitud, pudiendo ejercer los derechos que le correspondían como tal. Porque estimar que el dominio del bien no era una cuestión indubitada trae consigo negar eficacia a la presunción de derecho del art. 11 de la Ley 16392, ya que comporta sostener (aunque sea implícitamente) que la titularidad del bien no está clara merced al solo hecho de la adquisición por una compraventa con subsidio estatal o municipal y la subsiguiente aplicación de las reglas del art. 150 del *CC*²⁸.

Como fuere, una cuestión que la SCS de 13 de septiembre de 2017 ni siquiera esboza se refiere a la procedencia de la renuncia de los gananciales por parte de la mujer que goza de un patrimonio reservado, en especial en aquellos casos en que operan las presunciones de las leyes 16392 y 18138. En una ocasión anterior se ha sostenido que esa renuncia solo es posible en el momento preciso en que acaece la disolución de la sociedad conyugal, lo cual ocurre cuando se produce alguna de las situaciones listadas en el art. 1764 del *CC*²⁹. En el caso que suscita este comentario no hay elementos suficientes para saber qué sostuvo la demandante durante el juicio de divorcio, porque no figura acompañada la sentencia que lo declaró. De esto se sigue que no se puede saber si ella señaló que no había aspectos patrimoniales pendientes entre los cónyuges, puesto que no existía sociedad conyugal que liquidar³⁰.

²⁸ RODRÍGUEZ (2018). En igual sentido, la SCS 24 de enero de 2017 (CL/JUR/247/2017) concluye que las presunciones relativas a la adquisición de las viviendas sociales “tienen un carácter sustantivo que no puede desconocerse en cuanto a hacer aplicables, tal como se desprende de su propio tenor literal, todos los derechos que contempla el artículo 150 del Código Civil, es decir, del instituto del patrimonio reservado” (cons. 10°).

²⁹ ALCALDE (2017a), p. 308.

³⁰ Distinto fue el caso comentado en ALCALDE (2017b), donde los cónyuges sí declararon en el juicio de divorcio que no existían bienes en común y, posteriormente, la mujer invocó la sociedad conyugal no disuelta como título para enervar una acción de precario.

Con todo, sostener una interpretación extensiva de la oportunidad para renunciar a los gananciales por parte de la mujer, dando aplicación al art. 1782 del *CC* por sobre el art. 150 VII del *CC*, significa crear un notable desequilibrio patrimonial entre los excónyuges en casos donde el patrimonio reservado no proviene de un trabajo, profesión o industria ejercido por la mujer de forma separada a su marido, sino de una presunción de derecho que rompe con la realidad de las cosas. En principio, cabe pensar que el exmarido puede pedir la nulidad absoluta de la renuncia de los gananciales hecha por su exmujer fuera del momento señalado por la ley (“[d]isuelta la sociedad conyugal [...]”), puesto que esa oportunidad es un requisito pensado para el valor del acto (arts. 1681 y 1682 del *CC*). Pero no hay que olvidar que los tribunales tienen facultades para declarar de oficio la nulidad cuando consta de manifiesto en un acto y contrato (art. 1683 del *CC*), lo cual ocurría en la situación aquí comentada: bastaba ver la fecha en que se hizo la escritura de renuncia a los gananciales para concluir que ella fue extemporánea, puesto que la disolución de la sociedad conyugal se había producido por la sentencia de divorcio (arts. 1764 núm. 1° del *CC* y 60 de la Ley n.° 19947). Además, los jueces cuentan en la actualidad con las facultades que les confiere el art. 2°, letra d) de la Ley 20886 para:

“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”.

Como fuere, parece recomendable que los juzgados de familia adquieran la costumbre de exigir que la mujer se pronuncie respecto del destino de los gananciales en el mismo juicio de divorcio o nulidad como parte del acuerdo completo y suficiente, para evitar sorpresas posteriores. De esa manera, quedará claro para el marido si es necesario que demande posteriormente las recompensas derivadas del pago del crédito hipotecario del inmueble que fue adquirido con subsidio del Estado o de una municipalidad.

III. CONCLUSIONES

El caso que aquí se ha comentado permite volver sobre una materia que ya fue objeto de análisis en otra ocasión, como es la errada interpretación que se ha ido imponiendo respecto de la naturaleza patrimonial del matrimonio o, peor aún, de la proyección que tendría la sociedad conyugal para explicar la detentación de un bien, con la consiguiente posibilidad de invocar uno u otra como título para enervar una acción de precario.

En esta oportunidad, la Corte Suprema decidió correctamente la situación si el problema se analiza desde una perspectiva de justicia material. En rigor, correspondía rechazar la acción de precario ejercida por la demandante, porque

su titularidad sobre el bien reclamado procedía de una renuncia a los gananciales hecha de manera extemporánea y en claro abuso del derecho que la ley le confiere, y no porque existiese un título que excluía la mera tolerancia respecto de la ocupación del demandado. El problema es que el razonamiento desarrollado para llegar a esa decisión fue errado, porque siembra incertidumbre sobre una acción que de forma paulatina se ha sido enturbiando y trae consecuencias sistémicas importantes a la hora de ofrecer a una persona alternativas para recuperar un bien de su propiedad que es ocupado por otro. De paso, recurre a un mito jurídico que no es consistente con la enumeración de los requisitos de la acción de precario, pues la determinación de si el demandado es o no dueño de la cosa que pretende forma parte de la discusión del juicio y no de otro diverso.

Quizá el aspecto más preocupante sea la minusvaloración que hace la Corte Suprema respecto de la presunción de derecho merced a la cual las viviendas adquiridas con subsidio estatal o municipal quedan regidas por las reglas sobre patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal. Porque la consecuencia que se sigue de la decisión contenida en la sentencia que origina este comentario es que, pese a existir una presunción de derecho, no existe certeza sobre quién es en verdad el propietario del bien raíz reclamado en juicio.

Una correcta solución del caso obligaba a que la prudencia del tribunal introdujese los correctivos necesarios para dar a cada parte lo que le correspondía y, a su vez, resguardar el imperio de la ley, puesto que existe una presunción de derecho que acaba por fingir una situación que no es real. Esto explica que no sea equivalente el régimen de la vivienda social adquirida por una mujer casada y el patrimonio reservado de aquella que ejerce un trabajo, profesión o industria de forma independiente. En este último supuesto, la renuncia de los gananciales se explica porque la mujer prefiere conservar para sí aquello que obtuvo con su trabajo y no repartirlo con su marido. Sin límites, el ejercicio de ese derecho respecto de una vivienda social acaba sirviendo como un mecanismo de fraude a favor de la mujer, quien resulta beneficiada de manera exclusiva por una norma cuyo sentido es diverso. De ahí que sea conveniente que, cuando conozcan de juicios de nulidad o divorcio, los juzgados de familia adquieran la costumbre de exigir que la mujer se pronuncie sobre la suerte de los gananciales, especialmente cuando no ha desarrollado un trabajo remunerado y solo existe un bien raíz luego de años de vida en común de los cónyuges. Así el marido podrá, si es el caso, ejercer su derecho al pago de las recompensas que corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2015). “Estatuto especial de la mujer casada en sociedad conyugal que adquiere una vivienda al SERVIU”, *El Mercurio Legal*, edición electrónica, lunes 27 de julio de 2015.

- 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 artículos 915 y 2195 II CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador don 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*, núm. 25. Santiago..
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016). “Los supuestos de tenencia reconocidos por el derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslaticio 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*, núm. 26. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2017a). “El ejercicio de una actividad comercial en un determinado inmueble es suficiente para dar por establecida la posesión. La reivindicación procede también contra el poseedor material, sin que importe la carencia de cualquier inscripción a su respecto. Los bienes reservados revisten el carácter de propios de la mujer. La renuncia a los gananciales tiene cabida incluso cuando la mujer ha declarado cuál es la composición de la comunidad formada tras la disolución de la sociedad conyugal. Corte Suprema, sentencia de 5 de septiembre de 2017 (rol núm. 11.681-2017; CL/JUR/5819/2017)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 29. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2017b). “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 núm. 11.835-2011)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 28. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2018). “La acción contra el injusto detentador del artículo 915 CC. El poseedor a nombre ajeno es el supuesto general de mera tenencia. La ocupación de un bien raíz fiscal sin autorización o concesión de la autoridad respectiva no confiere al ocupante más que una tenencia precaria. Las consecuencias que trae consigo la ampliación jurisprudencial de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria. Una propuesta de reconstrucción del sistema de acciones reales. Corte Suprema, sentencia de 12 de diciembre de 2017 (rol núm. 12.210-2017). Westlaw: CL/JUR/7873/”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 30. Santiago.

- CASARINO VITERBO, Mario (1998). *Manual de derecho procesal. Derecho procesal civil V*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005). “Código Civil y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del código”, en María Dora MARTINIC GALETOVIC, Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación*, Santiago, LexisNexis.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1995). “Precario y comodato precario. Reglas aplicables. Suspensión de lanzamiento”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. núm. 198. Concepción.
- GRAJALES, Amós Arturo, Nicolás NEGRI (2014). *Argumentación jurídica*. Astrea: Buenos Aires.
- GROSSI, Paolo (2003). *Mitología jurídica de la modernidad* (trad.) Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (2002). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons.
- LUNA SERRANO, Agustín (2013). *Las ficciones del derecho*, Bogotá, Temis.
- PERALTA HENRÍQUEZ, Cristián (2005). “Mejora de las normas aplicables a las compraventas con subsidio habitacional: una necesidad inminente”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. núm. 15. Santiago.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2018). “La comunidad formada al disolverse la sociedad conyugal es título suficiente de tenencia del demandado para rechazar una acción de precario”. *El Mercurio Legal*, edición electrónica, viernes 3 de agosto de 2018. Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906764&Path=/0D/D6/ [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2018].
- ROITMAN, Horacio (2010). *Diccionario del abogado exquisito*. 4ª ed. Córdoba: Rubinzal-Culzoni.
- ROSTIÓ CASAS, Ignacio (2013). *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*, Santiago, ThomsonReuters.

Jurisprudencia citada

SCS 24 de enero de 2017 (CL/JUR/247/2017).