

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

Jaime Alcalde Silva

Profesor asistente Derecho Privado
Pontificia Universidad Católica de Chile

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 N° 31.925-2014).

I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

Ante el 1^{er} Juzgado de Letras de Puente Alto, Sergio Alfredo Uribe Luco dedujo demanda de precario en juicio sumario en contra de Jessica Clorinda Garrido Ulloa con el propósito de que le restituyese el corral 101 interior de la parcelación El Principal sitio 101, lote B, comuna de Pirque, que figuraba inscrito a su nombre a fojas 1422, número 2413 del Registro de Propiedad correspondiente al año 2013 y a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto.

El demandante argumentaba que con fecha 17 de enero de 2013 adqui-

rió el inmueble ya individualizado de Delia Gladys Ivonne González Lizana, con el objetivo de desarrollar ahí un taller de camiones y una bodega que sirviese a las distintas obras de construcción que se desarrollaban en el sector. Sin embargo, señalaba que desde hacía algún tiempo la mentada propiedad se encontraba ocupada por la demandada, por mera ignorancia y tolerancia de su parte, sin que existiese contrato previo que autorizase o permitiese tal ocupación. Refería enseguida las normas que estimaba aplicables al caso y, con su mérito, solicitaba que se tuviese por interpuesta demanda de precario en contra de la demandada, condenándosele a la restitución del predio indicado dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia, o en el plazo que estimase el tribunal, bajo apercibimiento de lanzamiento, con expresa condenación en costas.

En el comparendo de estilo, el demandante ratificó en todas sus partes la demanda y la demandada la contestó por escrito. En su minuta opuso la excepción dilatoria de falta de capacidad del demandante enunciada en el art. 303 N° 2° del CPC, pues este no era quien figuraba como dueño del bien raíz materia del juicio. La razón era que aquel había vendido

la nuda propiedad de dicho bien a su hermano, Víctor Uribe Luco, en el mes de octubre de 2013, careciendo, entonces, de legitimación activa para ejercer la acción de precario por ser sólo usufructuario.

La parte demandada indicaba, además, que la demanda le era inoponible, suponiendo que la acción deducida fuese la de precario, puesto que ella era legítima ocupante del inmueble en virtud de un justo título. Este consistía en que desde hacía más de diez años habitaba y ocupaba el inmueble en calidad de dueña, junto con su marido, Miguel Coccio Avendaño, puesto que el referido inmueble había sido adquirido por el matrimonio mediante subsidio habitacional en 1999 para servir de hogar común a la familia. De esta manera, la venta efectuada por Miguel Coccio Avendaño mediante escritura pública de 23 de noviembre de 2012 a favor de la antecesora del demandante era nula, porque en ese instrumento había comparecido como soltero pese a que su objetivo era vender un bien raíz que pertenecía a la sociedad conyugal. Dicha situación ya había sido puesta en conocimiento del mismo tribunal, pues se tramitaba ante él una demanda de nulidad fundada en la venta de un bien raíz social sin contar con su autorización (autos caratulados “Garrido con Coccio”, rol de ingreso N° 13.318-2013)¹. De esta manera, la demandada concluía

¹ La última resolución dictada en el juicio está datada el 9 de febrero de 2016. Se trata de la sentencia interlocutoria que recibe la causa a prueba y fija los hechos sustanciales, controvertidos y pertinentes sobre los que ella debe recaer. Fecha de consulta desde el sistema del Poder Judicial: 7 de marzo de 2016.

que el bien raíz sobre el que incidía la demanda pertenecía, en realidad, al haber absoluto de la sociedad conyugal existente entre ella y su marido, puesto que jamás había salido de dicho patrimonio por los vicios de que adolecía la venta realizada a Delia Gladys Ivonne González Lizana.

Si esto era así, ella ocupaba el inmueble en virtud de un justo título, del que daba testimonio el certificado de dominio que se lee a foja 3654 vuelta, número 4950 vuelta del Registro de Propiedad correspondiente al año 2000 y a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto. Por consiguiente, correspondía que el tribunal rechazase la acción deducida en su contra, pues ella tenía, en realidad, la calidad de legítima dueña del inmueble del que se le imputaba solo la condición de precarista, con expresa condenación en costas.

En sentencia de 15 de mayo de 2014, el tribunal de primera instancia acogió la demanda en todas sus partes, condenando a la demandada a restituir el inmueble dentro de tercero día desde que la sentencia quedase ejecutoriada, disponiéndose el auxilio de la fuerza pública de ser necesario, con costas. Para resolver de esta forma, el fallo tuvo por establecido que era un hecho no controvertido el que la demandada ocupaba el inmueble cuya restitución se solicitaba (considerando 8°), siendo, entonces, los puntos a dilucidar que el demandante fuese efectivamente dueño de tal inmueble y la existencia o inexistencia de un título que autorizase a la demandada para ocupar de forma legítima dicha propiedad (considerado 9°).

Respecto del primer punto, el fallo señaló que de las alegaciones de la demandada y de la prueba documental rendida constaba que el demandante era titular de un derecho real de usufructo vitalicio sobre el inmueble de autos, habiéndose desprendido de la nuda propiedad en favor de Víctor Uribe Luco en el mes de octubre de 2013, calidad que no obstante le permitía ejercer la acción de precario del art. 2195 II del *CC* y que se endereza a obtener la restitución de un bien para poder gozar de él (considerados 10° y 11°)². En cuanto al segundo punto, el tribunal estimó que las alegaciones sobre la nulidad del contrato de compraventa celebrado por el marido de la demandada no eran pertinentes, por no estar judicialmente declarada dicha nulidad en los términos exigidos por los arts. 1687 y 1689 del *CC*, y que no constaba título alguno distinto a la ignorancia o mera tolerancia del dueño que autorizase a dicha parte para ocupar el inmueble (considerando 12°). Por esa razón, debía hacerse lugar con costas a la demanda, dado que concurría en la especie el supuesto de precario del mentado art. 2195 II del *CC* (considerado 13°).

La parte demandada apeló de esta sentencia para ante la Corte de Apelaciones de San Miguel. Conociendo del recurso, por sentencia de 7 de noviembre de 2014 dicha Corte revocó el fallo en alzada, por considerar que la demandada sí tenía un título para ocupar la propiedad, como era aquel que emanaba de sus derechos en la sociedad conyugal propietaria

del inmueble, sin perjuicio de que este derecho se estuviese ejerciendo al mismo tiempo en un juicio diverso sobre nulidad de la primera venta (considerando 1°).

Contra la sentencia de segunda instancia, el demandante dedujo sendos recursos de casación en la forma y en el fondo. En sentencia de 4 de mayo de 2015, empero, la Corte Suprema declaró inadmisibles el primero de ellos y rechazó el segundo.

El recurso de casación en la forma se fundaba en el vicio del art. 768 N° 5° del *CPC*, vale decir, en haber omitido la sentencia alguno de los requisitos previstos en el art. 170 del *CPC*, pues, si bien en ella se realizaba un análisis de los hechos y del derecho, las conclusiones eran erradas por partir de una premisa equivocada, como era la existencia de un título legítimo para ocupar el inmueble por parte de la demandada. Con todo, la Corte estableció que este recurso debía ser declarado inadmisibles porque en él no se había explicado de manera circunstanciada y con la precisión que exige un recurso de derecho estricto los vicios concretos de que adolecería la sentencia casada (considerando 3°).

Por su parte, el recurso de casación en el fondo se fundaba en la infracción de los arts. 1700 y 2195 del *CC*, por cuanto no se había considerado ni valorado la documentación acompañada en el juicio por el demandante y sí se había estimado que existía un título que legitimaba a la demandada para ocupar la propiedad reclamada. Al respecto, la Corte Suprema estimó como un hecho irrefragable que la demandada tenía un título para ocupar la propiedad que

² La sentencia comentada cita en su apoyo la SCS 2 de enero de 2006 (MJJ10309).

emanaba de sus derechos en la sociedad conyugal que era propietaria del inmueble reclamado (considerandos 8° y 9°). Dado que dicho título permitía enervar una acción de precario, con su mérito cabía igualmente desechar la demanda aun cuando fuese procedente acoger el recurso (considerando 11°).

II. COMENTARIO

El caso planteado fue considerado como uno de los más relevantes del año judicial 2015, por el reconocimiento de la sociedad conyugal como título suficiente para amparar a la mujer en la tenencia de un inmueble³. Sin embargo, la cuestión que subyace tras la solución dada a este asunto es mucho más complicada y requiere de varios matices y precisiones que conducen a la siempre problemática acción de precario del art. 2195 II del *CC*.

Para abordar el caso es necesario ocuparse :

- (1) de la naturaleza del título que legitima para enervar la referida acción de precario y
- (2) de la sociedad conyugal como supuesto de dicha titularidad, lo que exige analizar su naturaleza jurídica y alcance patrimonial.
- (3) Ciertamente, cumple también abordar la legitimación activa de la acción de precario, pues el demandante era usufructuario y no dueño del inmueble cuya restitución reclamaba, sobre todo para preguntarse si

en la especie resultaba adecuada dicha acción como forma de recuperar el goce del bien raíz de que estaba privado el demandante y amparar así su derecho de usufructo.

Fuera de los márgenes aquí fijados queda, empero, otro punto igualmente relevante relacionado con la eficacia de la nulidad respecto del acto o contrato que adolece de ella⁴ y, asimismo, el hecho de si en la compraventa celebrada por el marido arguyendo ser soltero existía un vicio distinto a la nulidad relativa que el art. 1757 del *CC* prevé como sanción cuando se ha omitido la autorización de la mujer prescrita en el art. 1749 del *CC*⁵. Aun-

⁴ Es indudable que los efectos restitutorios de la nulidad operan merced a una sentencia judicial, según viene establecido en los arts. 1687 y 1689 del *CC*. No resulta tan claro, en cambio, que la consideración como nulo del acto o contrato en sí requiera igualmente de una declaración judicial previa (arts. 704 N° 3°, 705, 923, 1470 N° 3°, 1545, 1683 y 2375 del *CC*; 13 del RRCBR y 877 del *CPC*). Aquí parece que la distinción entre nulidad absoluta (donde el acto es nulo y de ningún valor a tenor del art. 10 del *CC*) y relativa (que solo dan derecho a la rescisión del acto viciado como prescribe el art. 1682 III del *CC*) sí tiene algún sentido que va más allá de las diferencias en la legitimación, saneamiento y convalidación que suelen apuntarse (arts. 1683 y 1684 del *CC*). De esto ha tratado BAROÑA (2012), pp. 52-62 y, más recientemente, SAN MARTÍN (2015), pp. 768-771. Véase, asimismo, ALCALDE (2010), pp. 61-63 y 69-70.

⁵ En principio, la afirmación de ser el vendedor soltero y no casado bajo el régimen de sociedad conyugal no entraña más que un engaño sin mayores consecuencias en la economía del contrato. No parece que el hecho de tener que recabar la autorización de la mujer que exige el art. 1749 del *CC* fuese determinante para la celebración del referido contrato, de suerte que la aseveración de soltería no califica como un dolo capaz de viciar el consentimiento

³ CHAPARRO (2015), p. 49.

que algo habrá que decir respecto del primero de esos puntos a propósito de la oponibilidad del título invocado por la demandada, no se ahondará mayormente en la materia.

Por el contrario, y pese a lo que a primera vista podría parecer, no es relevante el régimen bajo el cual fue adquirido el inmueble por el matrimonio del que formaba parte la demandada, pese a que las normas sobre subsidio habitacional presentan algunas particularidades respecto de la disciplina común de la sociedad conyugal (por ejemplo, art. 41 de la ley 18.196)⁶.

1. El título de mera tenencia en oposición a la detentación que proviene de la ignorancia o mera tolerancia del dueño

La detentación sobre una cosa se puede ejercer de muy distintas maneras y con mayores o menores grados de eficacia según el caso. Todo depende, a fin de cuentas, del título que legitime dicha detentación para quien la ejerce y de su contenido o medida.

De esta manera, la titularidad más intensa es la dominical, que confiere al dueño el más amplio señorío sobre una cosa (reconducible a usar, gozar y disponer de ella) dentro de los límites

(art. 1458 del *CC*). Y, aunque hubiese tenido esa virtud, la sanción seguiría siendo la nulidad relativa, que es la misma que el art. 1757 del *CC* prevé para la omisión de la autorización de la mujer en la enajenación voluntaria de bienes raíces sociales. La diferencia estribaba en la legitimación: mientras en el caso de la falta de autorización la acción correspondía a la mujer, en el dolo ella incumbía al comprador. Como fuere, de ninguna manera se podía estimar que existiese simulación o causa ilícita.

⁶ Véase, por ejemplo, CONTARDO (2015).

previstos por el ordenamiento jurídico (art. 582 del *CC*), entre los que se incluye su función social (art. 19 N° 24 de la CPR)⁷. El propietario ostenta así una prerrogativa de rango superior (reconocida por el Derecho, incluso constitucionalmente) que le permite decidir sobre la suerte de un bien.

La sigue en eficacia la posesión, porque en ella existe un comportamiento que evidencia un ámbito de poderío sobre una cosa semejante al dominio, pero sin que exista necesariamente el correspondiente respaldo dominical (art. 700 del *CC*)⁸. Su existencia viene por eso determinada y definida por una situación relacionada con cierto uso calificado, por la realidad directamente aprehensible que significa el contacto de una persona y una cosa con actitud dominical. Con todo, en principio la posesión sí procede de

⁷ La propiedad se puede definir de manera analítica o sintética: en el primer caso se identifican las facultades o prerrogativas que el Derecho concede a su titular, y en el segundo se alude a un poder pleno sobre una cosa con prescindencia de que su contenido pueda explicarse por separado. Aunque aquí se ha utilizado un concepto meramente funcional, optar por uno u otro acercamiento supone consecuencias dogmáticas importantes. Véase como referencia ATRIA/SALGADO (2015), pp. 5-8.

⁸ Es cierto que el *Código Civil* entiende que la posesión es una situación de hecho que consiste en detentar una cosa y comportarse sobre ella como si se fuese el dueño, lo que ocurre cuando alguien realiza hechos positivos de aquellos a los que solo da derecho el dominio (art. 925 del *CC*), sea que se trate del mismo dueño o de alguien que se da por tal (art. 700 del *CC*). Pero la verdad es que la posesión en sí, como institución diferenciada, solo interesa en la medida que se trate de alguien que pasa por dueño sin serlo. Ella tiene una evidente función social, como recordaba HERNÁNDEZ GIL (1969).

un título (arts. 702 y 708 del *CC*), vale decir, de un antecedente jurídico que la justifica y le sirve de causa (arts. 703 y 704 del *CC*)⁹. Ella viene igualmente protegida por la ley, sea contra otro poseedor de peor derecho (art. 894 del *CC*), sea contra aquel que turba la posesión ajena (art. 916 del *CC*).

La tercera posibilidad de detentación es la mera tenencia, que implica reconocimiento del dominio ajeno respecto de la cosa sobre la que recae (art. 714 del *CC*). Ella puede provenir de distintas fuentes, de suerte que la titularidad del mero tenedor puede ser de eficacia real o personal. Distinguir entre una y otra tiene importancia no solo por la acción que se puede ejercer (arts. 577, 578 y 922 del *CC*) sino, también, por la posibilidad de reclamar la reparación del daño sufrido directamente o previa la constatación de la ausencia del dueño (art. 2315 del *CC*). Como fuere, el simple paso del tiempo o la voluntad del detentador no es suficiente para mudar la mera tenencia en posesión (arts. 716 y 730 del *CC*).

El grado más débil de detentación de una cosa es, en fin, el supuesto del simple precario del art. 2195 II del *CC*, que implica reconocimiento del dominio ajeno y la inexistencia de un contrato u otro título equivalente que haya antecedido a tal detentación

⁹ También es posible concebir una situación intermedia, que no llega a comportar propiamente posesión, aunque satisfaga su supuesto. Se trata de casos de detentación material donde existe ánimo de señor y dueño, sin que se le reconozca al detentador la protección jurídica de su titularidad. Es lo que ocurre con el que ha hurtado o robado una cosa (art. 726 del *CC*) y el poseedor material de un bien raíz sin correspondencia registral (arts. 696 y 724 del *CC*).

material. La precariedad, que el *Código* equipara a aquella del comodato (arts. 2194 y 2195 del *CC*), deriva así de que se detente un bien por ignorancia o mera tolerancia del dueño y mientras esa situación no mude y se reclame su restitución. Esta última situación se caracteriza, entonces, por la inexistencia de un título para detentar la cosa, cumpliendo esa función la permisividad o ignorancia del dueño en relación con el hecho de que otro se sirve de una cosa que le pertenece. Ahí reside la diferencia fundamental con los otros tres supuestos de detentación, donde sí existe un título previo.

Que esto es así se evidencia de las reglas sobre prescripción adquisitiva. En el caso de aquella que el *Código Civil* denomina extraordinaria no se requiere título alguno (art. 2510 regla 2^a) y se presume de derecho la buena fe, pese a la falta de un título adquisitivo de dominio (art. 2510 regla 2^a). Con todo, un título de mera tenencia conlleva mala fe y no permite prescribir si ha existido reconocimiento del dominio ajeno (arts. 716 y 2510 regla 3^a del *CC*). Ahora bien, sin otro resguardo, el precarista podría prescribir recurriendo a esta modalidad extraordinaria prevista por la ley si ha detentado la cosa por más de diez años, puesto que carece de un título de mera tenencia que haría presumir su mala fe. Para que eso no ocurra se prevé que la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen no confiere posesión ni da fundamento a prescripción alguna (art. 2499 del *CC*). Y, tratándose de bienes raíces o de derechos reales sobre ellos, no se admite la prescripción contra título inscrito sin que medie otro de igual carácter (art. 2505 del *CC*).

Lo anterior demuestra que la característica fundamental del precario (que no del comodato de igual nombre) es la ausencia de un título que legitime la tenencia de una cosa ajena¹⁰. Por cierto, la referencia al carácter contractual de ese título ausente (“sin contrato previo”) no se debe entender como una restricción de su sentido, pues ella se explica por la ubicación de una regla que ciertamente tiene contornos más amplios que aquellos que se infieren del lugar donde fue incluida (art. 23 del *CC*). Dicha mención se explica porque el art. 2195 II del *CC* quiere diferenciar el supuesto del simple precario del comodato de igual nombre (arts. 2194 y 2195 I del *CC*), que es un contrato real que se ha perfeccionado por la entrega de una cosa para que se haga uso de ella (art. 2174 del *CC*)¹¹. De ahí que el art.

2195 II del *CC* comience señalando que “constituye también precario [...]” el caso de tenencia material y sin título que enseguida describe¹². No obstante, el art. 725 del *CC* ha dicho previamente que el poseedor conserva su posesión sin importar que transfiera la tenencia de la cosa, lo que puede ocurrir por cualquier título no traslativo de dominio, sin importar si es un contrato, un derecho real u otra situación equiparable. Así, pues, de forma indirecta, el art. 2195 II del *CC* en realidad quiere decir que la cosa que el precarista detenta no la hubo recibido del dueño (porque entonces habría la entrega que perfeccionaba un comodato siquiera bajo la modalidad precaria del art. 2195 I del *CC*), sino que comenzó a tenerla por ignorancia (el dueño no sabía de la detentación) o mera tolerancia (sabiendo de ella, no hizo nada para impedirlo en un comienzo) de este. Ahí reside la diferencia entre la mera tenencia (art. 714 del *CC*) y el precario (art. 2195 II del *CC*) como supuestos diversos de detentación de una cosa con reconocimiento del dominio ajeno¹³.

Como fuere, en los dos supuestos del art. 2195 del *CC* lo decisivo no es tanto el origen de la detentación

¹⁰ El comodato recibe el nombre de precario cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier momento (art. 2194 del *CC*). Se asimila a ese supuesto (“se entiende precario [...]”) el caso de la cosa que no se presta para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución (art. 2195 I del *CC*), porque entonces no hay límite temporal que proteja al comodatario en el uso (art. 2180 del *CC*).

¹¹ En el caso del art. 2195 I del *CC* también ha existido un préstamo (como sucede en el art. 2194 del *CC*), con la particularidad de que quien ha entregado la cosa nada ha dicho sobre el uso que debe dársele o sobre la fecha de su restitución. Existe así un contrato entre las partes (art. 1443 del *CC*), porque ha habido entrega con la voluntad de dar la cosa en préstamo (art. 2174 del *CC*), pero sin mayores seguridades para el que la recibe: no hay un uso convenido ni tiempo de restitución (art. 2180 del *CC*). Históricamente, tal figura recibía el nombre de “contrato de precario”, y sobre ella trata, por ejemplo, POTHIER (1821), N^{os} 86-87, p. 71.

De esto se sigue que lo decisivo para el *Código* resultar ser que se detente una cosa porque se ha recibido de otro, y no el acuerdo de voluntades sobre ella. ATRIA (2005), pp. 35, 40 y 42.

¹² Tal parece ser el sentido de la nota de Andrés Bello al Proyecto de 1853, donde dejó consignado que la fuente del actual art. 2195 del *CC* (entonces art. 2337) era el *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, lib. IV, cap. 2, § 6). Véase ALCALDE (2015), pp. 249-250 y también DOMÍNGUEZ (2005), pp. 342-343.

¹³ ROZAS (1985), p. 362.

(contractual en el primer caso y no contractual en el otro) como que el dueño tenga la obligación de soportar el uso de la cosa por el que la tiene en su poder, porque solo entonces gozará de protección frente a una demanda de restitución¹⁴. La diferencia de origen de la detentación no resulta relevante, porque en ambos supuestos el dueño no está obligado a respetar el uso del que tiene la cosa en su poder, siendo, incluso, a veces, difícil establecer si hubo o no una voluntad de ceder ese uso¹⁵.

Para el *Código Civil*, entonces, el precario del art. 2195 II supone la concurrencia de dos elementos, como son la transitoriedad y la ilegitimidad. El primero de ellos significa que el dueño puede, bajo su solo requerimiento, hacer cesar la detentación de la cosa, por cuanto ella depende de su ignorancia o mera tolerancia. La ilegitimidad es sinónimo de ausencia de título, vale decir, de la inexistencia de una justa causa de detentación oponible al dueño, de manera que el precario no es verdadera tenencia (según ella viene definida en el art. 714 del *CC*) y, además, tal detentación depende en exclusivo de la voluntad del dueño. Pero esto no significa que sea

necesariamente ilícita, lo que se solo ocurrirá si de ella se sigue un daño para el dueño (arts 2284 y 2314 del *CC*).

Que para el *Código Civil* el precario haya dejado ser un vicio de la posesión (art. 709 del *CC*), como ocurría en Derecho Romano, se debe al sistema de ideas que subyace tras sus normas. Este optó por la teoría clásica que asigna una función preponderante al elemento psicológico (*animus possidendi*), que consiste en querer actuar y comportarse como si se fuese dueño, de suerte que la posesión se conserva tanto en cuanto subsista esta voluntad (arts. 725 y 726 del *CC*)¹⁶. Cualquier mero tenedor que reconoce dominio ajeno, y también el precarista que sabe que la cosa que detenta no es suya, carecen de ese ánimo de señor y dueño respecto de la cosa que detenta, por lo que no pueden ser considerados poseedores¹⁷.

De lo anterior se sigue que lo relevante en el precario es, en verdad, la inexistencia de un título de mera tenencia, el que podría definirse (usando para ello la descripción negativa del art. 725 del *CC*) como aquel que por su naturaleza sirve para detentar una cosa reconociendo dominio ajeno. Cumple recordar que lo que importa en materia de título es la función típica que ellos entrañan (art. 1563 I del *CC*), y no el hecho de que en la práctica puedan tener el efecto determinado que se les atribuye. Por eso, el art. 703

¹⁴ ATRIA (2005), p. 36.

¹⁵ Es lo que ha ocurrido en España, por ejemplo, respecto de las viviendas entregadas a los hijos casados por parte de sus padres, donde se ha discutido si existe comodato o simple precario. Véase BELLO (1999), pp. 65-70; HORNERO (2000) y AGUILAR (2010). En Chile parece prevalecer la primera calificación. Véase SCA Coyhaique 21 de enero de 2011 (MJJ26066) y SCS 9 de enero de 2013 (MJJ34310). En sentido diverso SCA Valdivia 15 de octubre de 2009 (MJJ22241).

¹⁶ Por todos: PEÑAILILLO (2006), N° 156, pp. 327-328.

¹⁷ De ahí que, cuando el que posee a nombre ajeno retiene indebidamente, al dueño se le conceda una acción que se rige por las reglas dadas para la reivindicación (art. 915 del *CC*).

III del *CC* define los títulos traslaticios de dominio como aquellos “que por su naturaleza sirven para transferirlo”, puesto que ellos en abstracto permiten a una persona adquirir la propiedad de una cosa (de ahí, por ejemplo, una regla como el art. 682 del *CC*)¹⁸.

Conviene aquí referir otra sentencia reciente y que también recibió cobertura en la prensa, aunque esta vez por la identidad de una de las partes involucradas, que pone en evidencia el carácter que debe tener el título con que se pretende enervar una acción de precario. Se trata de la SCA Copiapó de 19 de febrero de 2016 (rol N° 5-2016) pronunciada respecto de una secta conocida como Comunidad de Pirque (denominada, en realidad, Comunidad Ecológica Cristiana), que revocó el fallo de primera instancia dictado por el 2° Juzgado de Letras de Vallenar (rol N° 343-2015)¹⁹.

Ante este último tribunal había comparecido Ana del Tránsito Bordonos con el fin de demandar de precario a Nicolás Carrión Gómez, en su calidad de pastor de la comunidad antes referida, para que le restituyese el inmueble que ocupaba en el sector de Junta de Valeriano, comuna de Alto del Carmen, y que se encuentra inscrito a su nombre a fojas 1132 vuelta, N° 840 del Registro de Propiedad

correspondiente al año 2004 y a cargo del Conservador de Bienes Raíces de Vallenar. La demandante declara haber adquirido dicho inmueble por herencia de su padre y que el demandado y sus seguidores lo ocupaban gratuita e irregularmente desde hace bastante tiempo por ignorancia o mera tolerancia de su parte, aprovechándose de su rusticidad y analfabetismo. Precisaba la demandante que, a principios del mes de marzo de 2007, pidió a su hijo Benjamín Analio Cayo Bordonos que la reemplazara tanto en las reuniones y asambleas de la comunidad agrícola Huascoaltinos como en la asamblea de la junta de vigilancia del Río Huasco, para lo cual firmó un mandato a su favor extendido ante notario. Sin embargo, ese documento era, en realidad, una escritura pública de mandato general con amplísimas facultades que no le fueron dadas a conocer ni menos leídas en la notaría de Vallenar servida por Ricardo Olivares Pizarro, ya que, de haberlas conocido, las habría rechazado. Siete años después de suscribir y firmar ese mandato, con fecha 19 de marzo de 2014 su hijo prometió al demandado vender, ceder y transferir en su representación un retazo de cuatro hectáreas de terreno de su propiedad y una acción de agua del canal Pozos Oriente de la Segunda Sección del Río El Tránsito por la suma de 3.000.000 CLP, pagaderos con 1.000.000 CLP a la firma de la promesa y el saldo contra la suscripción y firma de la escritura definitiva de compraventa, la que debía otorgarse un año después de la promesa. Con ocasión de dicha promesa e, incluso, desde mucho antes, el demandado y sus seguidores

¹⁸ ALCALDE (2014b), pp. 272-273.

¹⁹ Nada tiene que ver con este grupo Antares de la Luz, que los fallos de primera y segunda instancia identifican con la ahí denominada Comunidad de Pirque, localidad donde se hizo tristemente célebre en 2007: tal fue el nombre que recibía Ramón Castillo Gaete (1977-2013) en la agrupación que había fundado y que la prensa mentó como Secta de Colliguay. La historia de este último viene relatada en FOXLEY DETMER (2013).

comenzaron a construir viviendas en el terreno prometido vender y lo siguieron ocupando, sirviéndose de maderas y demás materiales de su propiedad, sin autorización alguna y con mucha prepotencia. Concluye la demandante haciendo presente que la promesa de compraventa no contenía ninguna cláusula o acuerdo expreso que autorizase la tenencia u ocupación del inmueble mientras se suscribiese el contrato definitivo.

En el comparendo de estilo, la demandante ratificó íntegramente la demanda y el demandado la contestó, solicitando su rechazo por no existir ignorancia o mera tolerancia de parte de Ana del Tránsito Bordones en la ocupación del predio denominado Los Pozos Bajos, por existir una promesa de compraventa sobre el mismo suscrita con el hijo de la demandante y en calidad de mandatario de ella. Agregó, además, que había estado llano a cumplir con tal promesa, suscribiendo el contrato definitivo, sin que la demandante tuviese voluntad de concurrir a la notaría para celebrar la compraventa. Así lo demostraba el hecho de haber revocado el mandato conferido a su hijo para representarla.

Por sentencia de 30 de noviembre de 2015, el 2° Juzgado de Letras de Valdivia rechazó la demanda, sin costas. La razón de ese rechazo se consigna en el considerando 12°:

[...] el contrato de promesa de compraventa aludido, si bien en términos generales es uno de orden preparatorio destinado a la celebración de uno definitivo, en la situación *sub judice*, logra

erigirse como un antecedente de relevancia jurídica para justificar la tenencia u ocupación material de parte del predio, desde que éste contrato, por una parte, es posterior al inicio de la ocupación material que del predio hiciera el demandado y que era conocida por la demandante —refrendando con su suscripción la ocupación en comento—, y por otra, que conforme su cláusula tercera, la actora recibió de aquel, parte del precio de la compraventa prometida, de lo que se sigue entonces la existencia de un vínculo jurídico entre las partes de esta causa, y de estas a su vez con el inmueble de autos, lo que viene en excluir la mera situación de hecho en que ha de basarse la acción de precario intentada, puesto que el antecedente esgrimido como justificativo por el demandado, no le es ajeno a la actora y acredita a su respecto un vínculo contractual con la demandada en relación con parte del predio de su propiedad cuya restitución reclama.

Dicha sentencia fue apelada por la demandante ante la Corte de Apelaciones de Copiapó. Conociendo de ese recurso, por sentencia de 19 de febrero de 2016, esta Corte revocó la sentencia en alzada y acogió la demanda de precario, condenando al demandado a las costas del juicio y del recurso²⁰. El

²⁰ El fallo de segunda instancia fue casado y el recurso declarado admisible. A la fecha en que se escribe este comentario, los autos han

razonamiento para abocar a tal conclusión se contiene en los considerandos 1° y 2°:

[...] el contrato de promesa de compraventa aludido, es uno de orden preparatorio destinado a la celebración de uno definitivo, y sobre el mismo, destacada jurisprudencia sobre la materia ha coincidido en que tal contrato no constituye un título traslativo de dominio ni importa un acto de disposición [...]. En el mismo orden de ideas, se ha resuelto que los efectos jurídicos del contrato de promesa dan origen a una obligación de 'hacer' y no producen otro efecto que el de exigir la celebración del contrato prometido [...]. De lo dicho entonces, resulta que el título que se ha tenido por bastante para justificar la tenencia por parte del demandado, a juicio de esta Corte, no reúne las características necesarias para ello, por cuanto el ordenamiento legal le desconoce la virtud de vincularlo jurídicamente con el predio que ocupa, de modo tal de situar a la actora en posición de tener que respetar esa tenencia resultándole oponible la misma y poniéndola consecuentemente en la esfera de tolerar la ocupación por parte del demandado.

La Corte de Apelación de Copiapó resolvió, por tanto, correctamente. En este caso el título de tenencia provenía de la mera tolerancia de la dueña del terreno, que permitió que la Comunidad Ecológica Cristiana se instalase en parte de un bien raíz que le pertenecía. Con el fin de regularizar esa ocupación se suscribió un contrato de promesa de compraventa, donde compareció un hijo de la demandante en calidad de mandatario. Dejando fuera la cuestión relativa a la validez del mandato, que también fue controvertida, la decisión de la Corte es relevante porque permite delinear el carácter del título que tiene aptitud suficiente para enervar una acción de precario. Este debe legitimar la situación de mera tenencia que alega el demandado y ser oponible al dueño en cuanto demandante. La promesa no tiene esa virtud, porque no produce otra obligación que aquella de hacer consiste en suscribir el contrato prometido (art. 1554 del *CC*)²¹. Si el promitente vendedor ha consentido en entregar el bien prometido con el solo mérito de la promesa, esto no significa que el promitente comprador la reciba con más seguridades que la deriven de la permanencia de voluntad del primero. Dicha situación es esencialmente precaria, pues a lo más podrá comportar la modalidad de comodato precario del art. 2195 I del *CC*; nunca, en todo caso, le permitirá justificar su permanencia en el inmueble más allá de la época prevista para la celebración del contrato prometido a menos que así se convenga expresamente²². De ahí que, si tal no se celebra, corresponderá

sidio remitidos a la Corte Suprema para su conocimiento (fecha de consulta desde el sistema del Poder Judicial: 11 de marzo de 2016).

²¹ RAMOS (1986), p. 12.

²² LARROUCAU/ROSTIÓ (2013), p. 74.

a la parte interesada demandar lo que corresponda.

Pues bien, de lo que ya se ha sealado, la pregunta que se impone es si la sociedad conyugal puede tener la virtud de servir de título de mera tenencia, como sostuvo la Corte de Apelaciones de San Miguel y la Corte Suprema en el caso en comento, o si carece de tal eficacia, sobre todo cuando se trata de oponer su existencia a terceros.

*2. La sociedad conyugal
como un supuesto título
de mera tenencia
y algunas breves consideraciones
sobre su naturaleza jurídica*

Tanto la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel como el fallo de la Corte Suprema coinciden en estimar que la sociedad conyugal o, mejor, los derechos de la mujer en ella, son un título suficiente para ocupar el inmueble reclamado y permiten enervar la acción de precario ejercida en su contra.

Para la Corte de Apelaciones de San Miguel, según se lee en el considerando 1° de la sentencia de 7 de noviembre de 2014:

[...] la demandada señora Jessica Clorinda Garrido Ulloa tiene un título para ocupar la propiedad que emana de sus derechos en la sociedad conyugal propietaria del inmueble, sin perjuicio [de] que este derecho se está ejerciendo en juicio de nulidad como se ha indicado por dicha parte,

y por lo tanto no se cumple el requisito de falta de título por parte de la demandada o que la propiedad se ocupe por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

En el mismo sentido, la Corte Suprema sostuvo en el considerando 8° de la sentencia de 4 de mayo de 2015 que:

[...] la demandada tiene un título para ocupar la propiedad que emana de sus derechos en la sociedad conyugal que es la propietaria del inmueble.

Probablemente de manera inconsciente, detrás de estas afirmaciones existe una toma de posición respecto de la naturaleza de la sociedad conyugal y del alcance patrimonial que ella puede comportar. La lectura de los breves considerandos que asignan a los derechos de la mujer en la sociedad conyugal el carácter de un justo título de tenencia que permite enervar una acción de precario parecen sugerir que ella es entendida por las Cortes como una suerte de verdadera sociedad o, al menos, de comunidad, donde cada cónyuge tiene ciertos derechos (en el sentido de cuotas o participaciones) durante su vigencia y que resultan oponibles, incluso, ante terceros²³. Más

²³ La SCS 23 de julio de 2007 (MJJ11075) trasunta una idea parecida. En este caso, la acción de precario fue rechazada porque se estimó que no constaba que el bien raíz cuya restitución se solicitaba hubiese ingresado al haber de la sociedad conyugal. Antes bien, por aplicación del art. 1736 del CC resultaba que este había ingresado en el haber propio del

preocupante es, con todo, que se diga que la sociedad conyugal era dueña del inmueble reclamado, porque tal afirmación no se condice con los hechos establecidos en el juicio (habían existido tres ventas sobre el mismo) y con la presunción dominical que ampara al titular de una inscripción conservatoria (arts. 686, 696, 700 y 724 del *CC*)²⁴.

Sabido es que el diseño de la sociedad conyugal en el *Código Civil* chileno siguió de cerca la legislación castellana precedente y sus comentaristas (especialmente Juan de Matienzo y Eugenio Tapia), y que ella entraña una unión de patrimonios originada como consecuencia del matrimonio (arts. 135, 1718 y 1725 del *CC*). Propiamente implica una comunidad restringida de ganancias (art. 1725 N^{os} 1^o, 2^o y 5^o del *CC*), porque los bienes muebles que los cónyuges aporten o adquieran a título gratuito durante el matrimonio ingresan al haber social con derecho a recompensa (art. 1725 N^{os} 3^o y 4^o del *CC*), vale decir, confieren un crédito al aportante que se hará efectivo al momento de liquidarse la sociedad conyugal (art. 1770 del *CC*)²⁵. Por su parte, pertenecen privativamente a cada uno de los cónyuges los inmuebles aporta-

dos al matrimonio (arts. 1725 N^o 4^o y 1736 del *CC*) y los adquiridos durante su vigencia a título gratuito (art. 1732 del *CC*).

No obstante, la idea de comunidad derivada de su composición, administración y liquidación o su nombre no deben llevar a pensar que la sociedad conyugal es una institución semejante a otras que componen el Derecho Patrimonial. Ella no es una sociedad (art. 2053 del *CC*), ni una comunidad (art. 2304 del *CC*), ni menos una persona jurídica distinta del marido o la mujer (art. 545 del *CC*)²⁶. Se trata simplemente de una institución perteneciente al Derecho de Familia dotada de una función específica y con características propias que se explican por su cometido. Dicha función es común a todo régimen patrimonial y consiste en regular las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros. En este caso, esas relaciones vienen disciplinadas por la vía de considerar que entre los cónyuges existe una suerte de comunidad de bienes restringida a las ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen (arts. 135, 1718 y 1725 del *CC*). Ese patrimonio o masa común está destinado a subvenir las necesidades que el matrimonio engendra²⁷.

Por cierto, que los cónyuges opten por esta modalidad comunitaria, por el régimen de participación en los gananciales, o por aquel radicalmente opuesto de separación total de bienes, en nada afecta el deber de socorro que impone el matrimonio como parte de

marido, por lo que la mujer y el hijo que vivían en el predio carecían de título que oponer al demandante (considerando 7^o).

²⁴ La SCS 25 de mayo de 2012 (MJJ32356) rechazó los recursos de casación intentados contra la sentencia de alzada que acogió la acción reivindicatoria ejercida por el actor, rechazando así la argumentación de la demanda respecto del contrato de compraventa celebrado por una mujer casada sin autorización del marido, por cuanto dicha nulidad relativa no había sido declarada y el acto debía tenerse por válido.

²⁵ RAMOS (2007), I, N^o 162, p. 138.

²⁶ Por todos: ALESSANDRI (1935), N^{os} 158-163, pp. 119-129.

²⁷ ALESSANDRI (1935), N^o 153, p. 118.

la comunidad de vida que éste implica (arts. 131, 134, 160 y 321 N° 1° del *CC*). La razón de esta indiferencia es que el régimen de bienes es algo extrínseco al matrimonio, vale decir, no brota de su esencia (la unión actual de un hombre y una mujer que da origen a una comunidad de vida), ni de sus propiedades esenciales (unidad e indisolubilidad), ni de sus fines (vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente), ni es inseparable de él (como lo demuestra la pluralidad de regímenes existente en Derecho Comparado). El diseño de esos regímenes es una decisión de política legislativa que bien puede variar y que debe considerar otros principios y bienes jurídicos en juego²⁸. Por eso, no existen argumentos de peso ni convincentes para defender la configuración actual de la sociedad conyugal, que presenta serios reparos desde el punto de vista de la igualdad de la mujer y de las garantías constitucionales involucradas en cuanto a la administración de los bienes²⁹. Se trata de una materia

²⁸ De ahí que, por ejemplo, el canon 1059 del *Código de Derecho Canónico* otorgue plena competencia a la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del matrimonio sacramental. Por tales se entiende aquellas consecuencias convencionales añadidas al matrimonio por la voluntad legislativa civil y que no brotan de la esencia del matrimonio, como ocurre con los aspectos económicos, patrimoniales, sucesorios, participativos y otros. El régimen de bienes existente entre los cónyuges pertenece a esta clase de efectos, pues sus efectos son de índole meramente patrimonial o pecuniaria, y esa es la razón por la cual el *Código Civil* trató de la sociedad conyugal (originalmente el único régimen reconocido) en el libro IV. Cfr. ALESSANDRI (1935), N° 149, p. 117.

²⁹ Véase 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

contingente entregada a una decisión de orden político y a los impulsos legislativos que se le asignen³⁰.

Esto significa que de esa suerte de comunidad de bienes surgida entre los cónyuges en razón del matrimonio no hay que extraer más consecuencias que las impuestas por las razones que justifican la existencia u opción por un determinado régimen. En otras palabras, que un bien sea social por haber ingresado al haber absoluto o relativo de la sociedad conyugal no permite formular conclusiones sobre su titularidad individual o participativa (art. 1770 del *CC*), ni menos llevar a aseverar que

“los cónyuges, sus descendientes o demás cargas de familia pueden usar y disfrutar de ellos como algo propio”³¹.

Esto solo podría ocurrir si se estuviese frente a una verdadera comunidad (art. 655 del *CPC*), y no es el caso.

En este sentido, ni el matrimonio es un contrato relativo a la tenencia de bienes ni la sociedad conyugal que de él deriva por naturaleza justifica la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos y GATICA (2011).

³⁰ En su programa de gobierno, la presidenta Michelle Bachelet se comprometió a “eliminar [las] discriminaciones contra la mujer, sustituyendo la sociedad conyugal por una comunidad de bienes, fundada en la igualdad y en la protección del patrimonio familiar; consagrando en todo matrimonio una responsabilidad común y efectiva frente a las deudas familiares; y, modificando la regulación de la compensación económica”. Con ese fin dio su promesa de promover el proyecto de “ley de reforma a la sociedad conyugal, actualmente aprobada en la Cámara de Diputados [Boletín núm. 7727-18]”. Cfr. BACHELET (2013), pp. 109 y 167.

³¹ CHAPARRO (2015), p. 49.

ocupación de una cosa³². El matrimonio solo da origen a una comunidad de vida entre los cónyuges ordenada a la prole y donde ambos se deben ayuda mutua (art. 102 del *CC*). Los bienes son algo accesorio y funcional a esa ayuda mutua para sobrellevar convenientemente la vida en común y de los hijos (arts. 131 y 134 del *CC*). De aquí que el art. 161 del *CC* haga responsable a un cónyuge respecto de las obligaciones del otro cuando ellas le hubiesen reportado beneficio, comprendiéndose en él el de la familia común en la parte en que de derecho haya aquel debido proveer a las necesidades de esta.

Conforme al Derecho chileno, la sociedad conyugal es un elemento de la naturaleza del matrimonio porque surge de él en ausencia de una voluntad diversa de los cónyuges de optar por la separación total de bienes o por el régimen de participación en los gananciales (arts. 135 y 1718 del *CC*), salvo el caso excepcional de las personas que se hayan casado en el extranjero e inscriban su matrimonio en Chile (art. 135 II del *CC*). Aunque se asemeje a ella, no es una comunidad en el sentido del art. 2304 del *CC*, lo que significa que no existe una cosa universal sobre la cual corresponda una parte alícuota a cada uno de los cónyuges³³. Lo que

hay son haberes que se diferencian por la recompensa que generan a favor de los cónyuges respecto de los bienes que en ellos ingresan, cuya finalidad es conformar el fondo que responderá de las deudas comunes (art. 1740 del *CC*).

Con todo, el alcance de la sociedad conyugal no es absoluto. Ella existe entre los cónyuges, de suerte que en sus relaciones patrimoniales se distinguen tres entidades patrimoniales diversas: marido, mujer y sociedad conyugal. Pero esa existencia solo se manifiesta cuando se disuelve con el propósito de determinar los aportes y recompensas que corresponden a cada uno de los cónyuges³⁴. Por el contrario, respecto de terceros la sociedad conyugal no existe: para ellos no hay más que marido y mujer, identificándose el primero y la sociedad hasta el punto de constituir una sola persona³⁵. Esto explica que, frente a terceros, el marido sea dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio (art. 1750 del *CC*), correspondiéndole, asimismo, de manera exclusiva y excluyente la administración de aquellos de la mujer (arts. 135 y 1749 del *CC*)³⁶. La regla del art. 1752 del *CC* reafirma lo anterior, pues ahí se dispone que la mujer por

³⁴ ALESSANDRI (1935), N° 157, p. 119.

³⁵ Es tradicional aquí la cita a la SCS 31 de agosto de 1928 (*RDJ*, N° 26, Santiago, 1928, 2ª parte, sección 1ª, pp. 522-527), especialmente el considerando 3º, p. 525.

³⁶ Como contrapartida, el art. 1748 del *CC* establece una regla de responsabilidad para compensar la titularidad que, a efectos del tráfico, se asigna al marido, y el art. 2481 N° 3º del *CC* confiere a la mujer casada un privilegio de cuarto grado sobre los bienes de aquel o, en su caso, sobre los que tuvieron los cónyuges por gananciales.

³² ROZAS (1985), p. 362. Tal parece ser también la opinión de HARASIC (1983), pp. 30-31; RAMOS (1986), p. 15 y LECAROS (2008), p. 95. ORREGO (2015), p. 217, por el contrario, es partidario de una interpretación amplia que incluya contratos de familia.

³³ Distinto es el régimen de bienes opcional del acuerdo de unión civil, donde sí existe detrás la idea de un cuasicontrato de comunidad (art. 15 regla 3ª de la ley N° 20.830).

sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales, salvo en lo que se refiere a la administración extraordinaria que puede corresponderle³⁷. Por consiguiente, la mujer no tiene dominio alguno sobre los bienes sociales durante la vigencia de la sociedad conyugal, sino solo un derecho eventual sobre una comunidad que nacerá cuando dicha sociedad se disuelva y que se liquidará conforme a las reglas previstas en el art. 1765 y ss. del *CC*³⁸. Esto explica, asimismo, que pierda el derecho a percibir los frutos de sus bienes propios mientras dure la sociedad conyugal y sin que importe que haya renunciado a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales (art. 1753 del *CC*). La misma razón existe detrás de una regla como la del art. 1739 del

³⁷ En el art. 1752, el *Código Civil* remite al art. 145. Después de la reforma efectuada por la ley N° 19.585, empero, esa remisión debe entenderse hecha al art. 138, que repite el contenido del antiguo art. 145 relativo a los casos de administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

³⁸ Como nota introductoria al título sobre las convenciones matrimoniales y la sociedad conyugal (título XXII del libro IV), Andrés Bello dejó establecidas “las ideas dominantes” sobre las que se estructuraba su disciplina. La primera de ellas 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. Respecto de terceros no hay más que marido y mujer, la sociedad y el marido se identifican”. Por lo mismo, como segunda idea, se decía que “se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad; ese dominio es una ficción que a nada conduce”, citando enseguida 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*). Cfr. BELLO (1955), p. 579.

CC, según la cual toda cantidad de dinero o de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución, se asume que pertenecen a ella, salvo que se demuestre lo contrario³⁹.

De estas reglas se sigue que la sociedad conyugal no es más que es un sistema de cuentas patrimoniales para 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 sus haberes comportan una suerte de patrimonio de afectación destinado a hacer frente a ese pasivo. Si se quiere, y de ahí su nombre, se puede equiparar a lo que se denomina “sociedad interna”, vale decir, aquella en que concurren los requisitos relativos al origen contractual, fin común y promoción por los socios de dicho negocio conjunto, pero que se concibe como una pura relación obligatoria entre los socios y sin ninguna trascendencia externa⁴⁰.

³⁹ A propósito de las deudas, un criterio equivalente existe en el art. 1745 del *CC*: por regla general toda erogación efectuada durante la vigencia de la sociedad conyugal se presume hecha por ella.

⁴⁰ El art. 2053 II del *CC* asigna personalidad jurídica a toda sociedad, sin importar su grado de publicidad. Cualquier sociedad es, por lo mismo, externa por principio. Sin embargo, las reglas posteriores que conforman la disciplina de la sociedad colectiva no son coherentes con la atribución de personalidad jurídica que previamente se ha hecho. Basta ver, por ejemplo, el art. 2095 del *CC* respecto de la responsabilidad de los socios hacia terceros, que soluciona la cuestión de manera completamente diversa a la regla dada para las corporaciones en el art. 549 del *CC* y que sí es congruente con la personalidad diferenciada de que goza

En este caso, hacia fuera solo existe el marido y un conjunto de bienes que se entienden ser propios de este (art. 1750 del *CC*), los que responden de las deudas por él contraídas (art. 1778 del *CC*). La ponderación de los beneficios que corresponden a cada cónyuge se hará recién cuando la sociedad se disuelva y sea necesario liquidarla (art. 1774 del *CC*)⁴¹. Esto significa que, aunque se pudiese estimar que la sociedad conyugal es un título de tenencia suficiente, este resultaría de todas formas inoponible al demandante del juicio aquí relatado. Simplemente, a este no lo empecía que la demandada estuviese casada bajo el régimen de sociedad conyugal, pues

la entidad respecto de sus miembros. El caso de sociedad interna que cabe mencionar es la asociación o cuentas en participación. Arts. 507 y 509 del *CCom*, que el Mensaje del *Código de Comercio* califica como “sociedad accidental”, § 42.

⁴¹ En este sentido, es interesante la disidencia del ministro Claudio Gutiérrez Garrido respecto de la SCA Concepción 26 de agosto de 2008 (MJJ18270). A su juicio, aun cuando se encontrase acreditado que la demandante había adquirido del SERVIU el inmueble que reclamaba por precario con su patrimonio reservado, no lo era menos que, encontrándose casada con el demandado bajo el régimen de sociedad conyugal, tal dominio ingresaría plenamente a su patrimonio solo en el evento de que, al disolverse esta, renunciase a los gananciales y optase por dicha propiedad. Por eso, mientras no ocurra el evento indicado, el marido tendrá un derecho de recompensa para hacer valer sobre los bienes de la sociedad conyugal, entre los cuales podría ingresar el inmueble de la mujer adquirido con su patrimonio reservado, de donde que el dominio del mismo no se encontrase total y absolutamente radicado en el patrimonio de la cónyuge. Véase también: SCS 16 de marzo de 2000 (MJJ150) y SCA Antofagasta 27 de agosto de 2014 (MJJ38769).

estaba ocupando el inmueble por su ignorancia o mera tolerancia⁴².

Además, se trataba del usufructuario de un bien cuyo nudo propietario (su hermano) era el tercer dueño, habiendo sido él mismo su antecesor, de suerte que mal podía afectarle el régimen de bienes bajo el cual se había adquirido el inmueble por quien había hecho la primera venta (el marido de la demandada). El único dato relevante era que la propiedad estaba siendo ocupada por un tercero (la demandada), que a lo más podría haber opuesto su particular posición de cónyuge a quien no se solicitó la autorización para la respectiva venta respecto del primer comprador y no de sus sucesores. Frente a ellos carecía de un título que los obligare a respetar su uso, y se aplicará la regla del art. 730 II del *CC*.

Tal es el sentido de la exigencia de una detentación “sin contrato previo” del art. 2195 II del *CC*: ahí lo relevante es la existencia de

“un título que obligue al propietario (nótese: no que derive de él, sino que le obligue)”⁴³,

puesto que el supuesto de hecho del precario requiere de la inexistencia de un antecedente que justifique su tenencia contra el dueño. La sociedad conyugal no obliga a terceros, sino que regula las relaciones patrimoniales internas entre los cónyuges. De hecho, las normas sobre formación de haberes

⁴² Véase: SCS 23 de julio de 2007 (MJJ-11075) y SCA San Miguel de 4 de noviembre de 2015 (MJJ42978).

⁴³ RAMOS (1986), p. 13.

en la sociedad conyugal tienen, en realidad, un efecto principalmente retrospectivo: interesan cuando ella ya se ha disuelto y es necesario liquidar la posición de cada una de las partes. Siendo así, menos podía ser oponible a un tercero que ni siquiera había contratado con la sociedad conyugal ni tampoco participado en la compraventa cuya nulidad alegaba la demandada en refuerzo de su defensa (ella había sido celebrada por el marido con la antecesora del demandante, que ahora solo era usufructuario).

Por cierto, una cuestión diversa es que la mujer pudiese tener derecho a vivir en el inmueble sobre el que se demandó⁴⁴. Ese derecho podía existir, pero tenía fuentes diversas a la sociedad conyugal. Provenía del derecho y deber de vivir en el hogar común que incumbe a los cónyuges con independencia del régimen de bienes bajo el cual se encuentren casados (art. 133 del *CC*). Claro está, dicho derecho tiene que ver con la permanencia de la comunidad de vida que supone el matrimonio (art. 102 del *CC*)⁴⁵, y de la relación de los hechos que suministran las tres sentencias aquí reseñadas hay fuerte indicios para pensar que ella ya había cesado a la época de la deman-

da. Con todo, no se trató de un hecho que se discutiese durante la secuela del juicio ni del que ninguna de las sentencias se hiciese cargo, como sí fue una materia que formó parte de la controversia en los autos sobre nulidad seguidos bajo el rol N° 13.318-2013 ante el mismo 1° Juzgado de Letras de Puente Alto⁴⁶.

Si durante el matrimonio ninguno de los cónyuges puede demandar la restitución del inmueble, no ocurre lo mismo en supuestos de crisis. Cuando ya ha cesado la convivencia, la permanencia de la mujer en el hogar común se justifica por otras razones diversas al régimen de bienes existente entre los cónyuges, como pueden ser la protección del ambiente donde la familia ha residido (de donde proviene también la prerrogativa de los arts. 142 y 147 del *CC*) o la existencia de la obligación alimenticia derivada del deber de socorro (arts. 323 del *CC* y 9° de la ley N° 14.908). Se trata, sin embargo, de una materia que debe formar parte del acuerdo completo y suficiente mencionado por los arts. 21 y 27 de la LMC, sin que pueda inferirse o sobreentenderse en ausencia de tal acuerdo. Además, las reglas existentes suponen que la vivienda que ha servido de residencia a la familia sea de propiedad de uno de los cónyuges y que se afecte como bien familiar en usufructo o habitación a favor del otro cónyuge o de los hijos. Existe así un vacío respecto de la vivienda que es arrendada o que se utiliza por presta-

⁴⁴ La cuestión también se ha planteado respecto de las uniones de hecho, donde la solución dependerá de la relevancia patrimonial que se dé a estas formas de convivencia. Cfr. RAMOS (1986), p. 16; HALABI/SAFFIRIO (1996), pp. 77-78 y ATRIA (2005), pp. 40-41. Respecto del régimen de bienes que existe en ellas, véase BARRIENTOS (2008), pp. 57-86.

⁴⁵ Por eso, la SCS 31 de marzo de 2014 (MJJ-37272) estimó que no correspondía declarar como bien familiar el inmueble donde sólo vivía la mujer demandante, si los cónyuges estaban separados de hecho y no existían hijos.

⁴⁶ El tercer punto de prueba de la sentencia de 9 de febrero de 2016 dictada en dichos autos dice: "Efectividad de encontrarse los cónyuges separados de hecho. Fecha y circunstancias".

mo o por ignorancia o mera tolerancia de su dueño⁴⁷.

Ahora bien, cuando la permanencia es puramente fáctica, cabe preguntarse, ¿cuál es la situación del cónyuge ocupante respecto del bien⁴⁸? No parece que la sola permanencia física en el inmueble, que sirvió de residencia principal a la familia, sea razón suficiente para considerar que existe un título que legitime a uno de los cónyuges y a los hijos para permanecer en él. Desde luego, no hay posesión o, al menos, ella no es útil para prescribir en contra del cónyuge propietario por la suspensión que la afecta (art. 2509 IV del *CC*)⁴⁹. Ciertamente, el mentado título puede existir, pero para eso es necesario que sea formalizado de acuerdo con las reglas de protección de la parte débil en una relación de familia que establece el ordenamiento. De lo contrario, solo hay una situación de precariedad que coincide con el supuesto del art 2195 II del *CC*. Se trata de un caso de precario sobrevenido, porque quien detentaba la

cosa bajo un título reconocido continúa haciéndolo después de hecho cuando ese derecho se ha extinguido. De ahí que no exista fundamento suficiente para proteger a la demandada cuando ella, teniendo a su disposición un mecanismo idóneo para afectar el bien en resguardo de la familia como era la declaración de bien familiar (art. 142 de *CC*), no hizo uso de este, y tampoco demandó la separación de bienes, la separación judicial o el divorcio. Ellos habrían traído consigo la disolución de la sociedad conyugal (arts. 1764 N° 3° y 34 y 60 de la *LMC*) y alguna solución respecto del bien raíz (arts. 21 y 27 de la *LMC*), ya por vía del pago de la respectiva obligación alimenticia (art. 9° de la ley N° 14.908), ya por vía de una compensación económica (art. 65 N° 2 de la *LMC*).

El caso aquí reseñado difiere también de aquella jurisprudencia sobre precario entre cónyuges. En ella es uno de los cónyuges (por lo general el marido) quien demanda al otro (comúnmente la mujer) para que restituya el inmueble donde vive y que ha servido de residencia a la familia, oponiendo este último el matrimonio o la sociedad conyugal como título que legitima su tenencia. Una antigua sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (dejada después sin efecto por la Corte Suprema conociendo de un recurso de queja) estimó que mientras las partes estuviesen unidas por un matrimonio no disuelto, el cónyuge tiene título suficiente y eficaz para oponerse a la acción de precario⁵⁰. Un

⁴⁷ Véase, por ejemplo, CONTIJOCH (1999). Respecto del arrendamiento celebrado por el demandante con uno de los cónyuges, la SCS 4 de diciembre de 2012 (MJJ33797) excluye la procedencia de la acción de precario intentada contra el otro.

⁴⁸ Fue el caso de la SCS de 22 de mayo de 2014, (rol N° 7769-2014) analizada en ALCALDE (2014a) y BARCIA (2014), pp. 375-381. Ahí el demandante era el cónyuge de la demandada (estando ambos separados de hecho), respecto de quien reivindicaba el inmueble donde vivía. Contradiciendo el fallo de primera instancia, la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema concluyeron que el cambio de cerradura de la puerta principal era un acto posesorio de aquellos a los que da lugar el dominio, por lo que cabía acoger la demanda.

⁴⁹ Tal es la opinión mayoritaria. Por todos: PEÑAILILLO (2006), N° 209, pp. 419-420.

⁵⁰ SCA Santiago 30 de junio de 1983 (*RDJ*, N° 80, Santiago, 1983, 2ª parte, sección 2ª, pp. 47-50), con voto en contra del ministro Ricardo Gálvez Blanco (recogido después como

fallo más reciente, por el contrario, resolvió que ni la relación matrimonial ni la filial son un título válido para ocupar el inmueble cuya restitución se demanda por precario⁵¹. Esta última solución es razonable porque asigna al matrimonio, haya o no sociedad conyugal, su justa naturaleza, sin conferirle efectos reales que no tiene. Cabe tener en cuenta que la separación, sea de hecho o judicial, conlleva un cese de convivencia por haberse tornado intolerable la vida en común (art. 26 de la LMC) y, con ello, se suspenden los deberes de los cónyuges relativos a ella (arts. 140 del CC y 33 de la LMC), entre los que se cuenta el de habitar en un hogar común (art. 133 del CC).

En suma, por su propia razón de ser no cabe sostener que la sociedad conyugal sea un título suficiente para justificar la tenencia de un bien y menos que ella pueda oponerse a un tercero con el fin de enervar una acción de precario. En este punto yerran las sentencias de la Corte de Apelaciones de San Miguel y de la Corte Suprema, y acierta el 1^{er} Juzgado de Letras de Puente Alto, pero sin que eso signifique que la decisión final dada al caso no haya sido justa. Lo era, pero por otros motivos.

3. La legitimación activa de la acción de precario y la protección del usufructuario

Hasta aquí se ha considerado el asunto exclusivamente desde el punto de

fundamento del recurso de queja acogido por la Corte Suprema). Se trata de la sentencia que comentan críticamente HARASIC (1983), pp. 30-31 y ROZAS (1985).

⁵¹ SCS 14 de julio de 1993 (*Fallos del Mes* N° 416, Santiago, 1993, pp. 454-457).

vista de la demandada, para determinar si tenía o no derecho a ocupar el inmueble en virtud de un título con legitimidad suficiente para enervar la acción de precario. Contrario a lo resuelto por la Corte de Apelaciones de San Miguel y la Corte Suprema, la conclusión que surge de los argumentos precedentemente expuestos es que la sociedad conyugal no es un título del que derive naturalmente la tenencia de un inmueble y que sea oponible a un tercero. En esto, por tanto, resolvió de manera correcta el tribunal de primera instancia, aunque sin más fundamentos que los relativos a la nulidad del contrato de compraventa celebrado por el marido de la demandada haciéndose pasar por soltero (considerando 12°).

Ahora cabe ocuparse de un asunto diverso, como es la legitimación del demandante para accionar de precario. Este aspecto del caso solo fue considerado por la sentencia de primera instancia, la cual estimó que dicha acción podía ser ejercida tanto por el dueño como por el usufructuario, porque su objetivo era siempre recuperar una cosa con el fin de gozar de ella (considerando 10°)⁵². Cita en su apoyo la SCS de 2 de enero de 2006 (y no de 2004)⁵³, y podría haber invocado también otras⁵⁴, pero tal argumento

⁵² Tal es la opinión mayoritaria. Véase, entre otros, RAMOS (1986), p. 11; HALABI/SAFFIRIO (1996), pp. 44-50; LARROUCAU/ROSTIÓ (2013), pp. 53-54 y ORREGO (2015), pp. 203-206.

⁵³ Véase la n. 2.

⁵⁴ Por ejemplo: SCS 1 de junio de 1983 (*Fallos del Mes*, N° 295, Santiago, 1983, pp. 249-250) y 29 de noviembre de 1988 (MJJ4028), y SCA Santiago 24 de mayo de 1999 (*RDJ*, vol. XCVI, Santiago, 1999, 2ª parte, sección 1ª, pp. 36-38). Existe también jurisprudencia que niega la acción al nudo propietario: SCS 27 de abril

de autoridad no resulta concluyente ni convincente.

Esto se debe a que una conclusión en este sentido pugna con el tenor literal del art. 2195 II del *CC* y también con el sentido de la acción ahí prevista. Se ha dicho antes que el mentado art. 2195 II del *CC* señala que hay también precario cuando se detenta una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. De esto se sigue que la persona que tiene derecho a reclamar la cosa, poniendo así fin a la ignorancia o mera tolerancia por la que ella se detenta, es el dueño y no otro. La razón es que la de precario es (o se ha convertido en) una acción restitutoria de carácter general y subsidiaria, que opera en todos aquellos casos en que no sea posible el ejercicio de otra pretensión con idéntico fin, pero siempre en relación con el ámbito tutelado del dominio⁵⁵. Esto no significa que en el juicio de precario, como en el de reivindicación, lo discutido sea la propiedad de una cosa. Precisamente por eso el mero tenedor es legítimo contradictor frente a una acción de precario (y de acuerdo con el art. 896 del *CC* no lo es en la reivindicación), porque la controversia versa sobre si el que detenta la cosa tiene un título que lo legitime para su uso⁵⁶. Siendo así, la acción de precario se endereza a “fijar los márgenes de ejercicio del dominio”⁵⁷, ya que la cosa pedida consiste en solicitar la tutela sumaria que le

permita recobrar el uso de un bien que pertenece al demandante. Cuestión distinta será el alcance u oponibilidad del título alegado por el demandado al dueño y el hecho de que este deba probar su titularidad como requisito de legitimación de la acción que ejerce.

Para lo que ahora interesa, el art. 765 del *CC* señala que el usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario, sin que uno subsuma al otro o lo sustituya más que en los casos especiales mencionados, donde se admite una legitimación alternativa. La demanda debió ser así rechazada, pero no porque existiese la posibilidad de enervarla mediante una situación de tenencia legítima derivada de la sociedad conyugal, como estimaron erróneamente ambas Cortes, sino porque el demandante carecía de legitimación activa para ocurrir de precario. Dicha acción viene dispuesta a favor del dueño y comporta el mecanismo de tutela que cierra los contornos de la protección dominical prevista por el *Código Civil*, que no se agota en el estrecho supuesto de la reivindicación (art. 889 del *CC*), ni siquiera bajo la hipótesis extensiva (pero no menos particular) del art. 915 del *CC*⁵⁸. Claro es, cuando el dueño es solo nudo propietario carece igualmente de legitimación por la falta de una situación que la justifique respecto de la tutela que reclama, porque esta se endereza a recuperar el uso y goce de la cosa (como señaló de manera acertada

de 1999 (*RDJ*, vol. XCVI, Santiago, año, 2ª parte, sección 1ª, pp. 66-68).

⁵⁵ ALCALDE (2015) p. 249. Las razones de que esto sea así vienen explicadas en DOMÍNGUEZ (2005), pp. 341-346.

⁵⁶ ATRIA (2005), p. 38.

⁵⁷ LARROUCAU (2015), p. 119.

⁵⁸ De esta última acción se ha tratado en ALCALDE (2015), pp. 250-253, respecto de la cual la jurisprudencia ha entendido que el supuesto de hecho es la sola detentación material. DOMÍNGUEZ (2005), p. 348.

la sentencia de primera instancia aquí comentada) y ella reside propiamente en el usufructuario⁵⁹.

Por el contrario, la protección del usufructuario se consigue en principio a través de la acción de usufructo. Ella viene mencionada en el art. 577 del *CC*, según el cual de los derechos reales nacen las acciones reales, correspondiendo así a cada uno su respectiva acción, que será mueble o inmueble dependiendo de la cosa sobre la que recaiga el derecho (art. 580 del *CC*). Precisamente por su carácter real, una tal acción se ejerce contra cualquier persona que de alguna forma entorpezca o vulnere el derecho del usufructuario, consistente en gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia (art. 764 del *CC*), pues ella persigue actuar el contenido del derecho⁶⁰. Desde luego, ella puede dirigirse contra el nudo propietario que hace alguna cosa que perjudique al usufructuario en el ejercicio de su derecho, salvo que cuente con su consenti-

miento formal (art. 779 del *CC*)⁶¹, pero también contra cualquiera que afecte la cosa fructuaria impidiendo su goce y respecto del cual el usufructuario no esté obligado a tolerarlo (arts. 792 y 793 del *CC*). La protección real del usufructuario se completa, tratándose de inmuebles, con la posibilidad de ejercer una acción posesoria (art. 922 del *CC*). Asimismo, el usufructuario puede reclamar la indemnización de los perjuicios que alguien cause en su derecho sobre el goce de una cosa, con independencia de la acción que compete al dueño por su titularidad dominical (art. 2315 del *CC*). Incluso, esta acción puede dirigirse contra el nudo propietario (art. 774 del *CC*).

En suma, la acción que el demandante debió de haber ejercido era la de usufructo, porque buscaba amparar su derecho a gozar de un inmueble que no estaba en su poder, y no la de precario. Ella resultaba improcedente, porque no existía causa de pedir, ya que el fundamento inmediato de la tutela reclamada (la restitución de un inmueble ocupado por un tercero) era la vulneración de su derecho de usufructo consistente en no poder gozar del inmueble sobre el que recaía, el que no cuadra con el supuesto previsto en el art. 2195 II del *CC*. De donde se sigue que, aunque fundadas erróneamente, las Cortes sí fallaron en justicia, porque correspondía que la demanda fuese rechazada.

⁵⁹ HALABÍ/SAFFIRIO (1996), pp. 33-37.

⁶⁰ En Derecho Romano, el amparo del usufructuario se lograba por diversos medios. El principal de ellos era la *vindicatio usufructus* (*Digesto* 7, 6), equivalente a la reivindicación, por la que la que se pretendía el reconocimiento o declaración de la existencia del derecho de goce (*uti frui*) sobre una cosa. Aunque originalmente se dirigía contra el propietario que impedía el ejercicio del derecho, desde Juliano parece haber prevalecido su procedencia también contra otros poseedores (*Digesto* 7, 6, 5, 1). Desde el Derecho posclásico, esta acción fue denominada *confessoria* (*Digesto* 7, 6, 5, 6) y desde ahí generalizada como la pretensión destinada a que se declare a favor del demandante la existencia de un derecho real limitado (a veces solo la servidumbre) sobre una cosa de propiedad del demandado (por ejemplo, art. 1460 del *Código Civil* boliviano).

⁶¹ No corresponde así que el usufructuario intente contra el nudo propietario la acción de precario, como ha sostenido la jurisprudencia española. Cfr. BELLO (1999), p. 58.

III. CONCLUSIONES

La sentencia comentada fue destacada por haber reconocido la sociedad conyugal como un título suficiente para amparar a la mujer en la tenencia de un inmueble. Como se espera haber demostrado, dicha calificación es errada porque desnaturaliza un régimen patrimonial pensado para unos concretos fines dentro de la vida en común que supone el matrimonio y, a la vez, le asigna el carácter de un título de mera tenencia con eficacia frente a terceros.

En esto hay un evidente riesgo de vulgarismo. Si bien la expresión fue acuñada por Ernst Levy (1881-1968) como un rasgo característico del Derecho Romano occidental posterior a la cesación del impulso creador del Derecho Imperial, ella denota ciertas constantes extrapolables al Derecho actual: rechazo de construcciones técnicas, primacía de valoraciones afectivas, simplificación y confusión de conceptos⁶². Si el Derecho comporta un orden normativo institucional⁶³ dotado de un método propio que es, a la vez, dogmático, histórico y exegético⁶⁴, de ahí se sigue que su aplicación exige identificar correctamente el problema y usar en su resolución los criterios ciertos que componen el sistema conforme a sus particulares reglas técnicas. En el caso aquí reseñado, ni la acción de precario admite la legitimación extensiva que pretendió el tribunal de primera instancia y que las Cortes no

parecieron cuestionar, ni la sociedad conyugal implica un título suficiente para enervar esa acción, porque entraña un régimen de bienes pensado con otros fines.

Con todo, la decisión final del caso fue justa, porque correspondía que la demanda de restitución del inmueble fuese rechazada. Claro que la razón no era la tenencia legítima de la demandada, que sí era precaria de acuerdo con el art. 2195 II del CC, sino por la falta de legitimación activa del demandante, que solo era usufructuario. Este debió de haber ejercido la acción de usufructo, sin forzar el supuesto de una acción que tiene otros presupuestos, para merced a ella conseguir que se respetase su derecho a gozar del bien raíz cuya restitución reclamaba. La tutela que el demandante solicitó no podía concederse, porque la acción ejercida era inepta en su caso para ese fin.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR RUIZ, Leonor (2010). “Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009 (RJ 2009, 2895)”. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*. N° 24. Madrid.

ALCALDE SILVA, Jaime (2010). “La rescisión en el Código Civil chileno”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho civil v. Santiago: AbeledoPerrot/LegalPublishing*. Publicado también en Hernán CORRAL TALCIANI *et al.*

⁶² CARRASCO (1988), p. 84. Véase asimismo BARROS (2011).

⁶³ MACCORMICK (2011), p. 27.

⁶⁴ GUZMÁN (2006).

- (coord.). *Estudios de Derecho civil*. Santiago: AbeledoPerrot/LegalPublishing, 2011, vol. I.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2014a). “Acción reivindicatoria. Su procedencia respecto del poseedor material de un bien raíz inscrito. Prueba de la posesión de un inmueble por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio. Corte Suprema, sentencia de 22 de mayo de 2014, rol núm. 7769-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 23. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2014b). “Notas sobre la reserva de dominio”, en Susan TURNER SAEZ, S./Juan Andrés VARAS BRAUN (eds.). *Estudios de Derecho civil IX*. Santiago: ThomsonReuters.
- 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.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1935). *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2005). “Derechos reales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*. N° 2. Santiago.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando/ Constanza SALGADO MUÑOZ (2015). *La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile*. Santiago: ThomsonReuters.
- BACHELET JERIA, M. (2013). *Chile de todos. Programa de gobierno. 2014-2018*. Santiago: Edición electrónica.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2012). *La nulidad de los actos jurídicos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Ibáñez.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2014). “Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 22. Santiago.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2008). *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: LexisNexis.
- BARROS BOURIE, Enrique (2011). “Conceptualismo y vulgarismo en el Derecho civil patrimonial”, en Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, Enrique BARROS BOURIE, Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ (coords.). *Estudios de Derecho civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot/LegalPublishing.
- BELLO JANEIRO, Domingo (1999). *El precario. Estudio teórico práctico*. 2ª ed. Granada: Comares.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1955). *Código Civil de República de Chile*, II. Caracas: Ediciones del Ministerio de Educación.
- CARRASCO PERERA, Ángel (1988). *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*. Madrid: Civitas.

- CHAPARRO SOLÍS, Andrea (2015). “Los fallos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que marcaron este 2015”. *El Mercurio Legal*, N° 10. Santiago.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2015). “Compra, adquisición, venta y enajenación de un inmueble bajo el amparo del artículo 41 de la Ley núm. 18.196. Nulidad absoluta y relativa y omisión de formalidades habilitantes en la venta y enajenación. Corte Suprema, Primera Sala (civil), 9 de diciembre de 2014, rol N° 179-2014, cita Legal Publishing: CL/JUR/9356/2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 24. Santiago.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón (1999). “Precario-comodato. Atribución de uso de vivienda conyugal”. *Revista Jurídica de Catalunya*. Vol. 98. N° 1. Cataluña.
- 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 (coord.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación*. Santiago: LexisNexis.
- FOXLEY DETMER, Verónica (2013). *Cinco gotas de sangre. La historia íntima de Antares de la Luz y la secta de Colliguay*. Santiago: Catalonia.
- GATICA RODRÍGUEZ, María Paz (2011). “El destino de la sociedad conyugal”. *Anuario de Derechos Humanos*. N° 7. Santiago.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2006). “Exegesis, dogmática e historia en la ciencia jurídica”. Trabajo inédito (12 pp.) leído como conferencia inaugural en el acto de constitución de la *Schola Serviana Iurs Romani* (15 de junio de 2006) y cuya consulta ha sido posible gracias a la gentileza de su autor.
- HALABÍ RIFFO, Faud/ Carlos Alberto SAFFIRIO SUÁREZ (1996). *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago: Cono Sur.
- HARASIC YAKSIC, Davor (1983). “Juicio de precario entre cónyuges”. *Gaceta Jurídica* N° 42. Santiago.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1969). *La función social de la posesión*. Madrid: Alianza.
- HORNERO MÉNDEZ, César (2000). “Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)”. *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*. N° 5. Madrid.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2015). “Acciones reales y estándares de prueba”. *Ius et Praxis*. N° 25. Vol. 2. Talca.
- LARROUCAU, Jorge/ Ignacio ROSTIÓN (2013). “Del juicio de precario!, en Rodrigo BARCIA LEHMANN (ed.). *Fundamento de derechos reales en el derecho chileno*. Santiago: ThomsonReuters.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (2008). “Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia”. *Revista Ars Boni et Aequi*, N° 4. Santiago.
- MACCORMICK, Neil (2011). *Instituciones del Derecho*. (Trad.) Fernando Atria y Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2015). *Los contratos reales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- POTHIER, Robert Joseph (1821). *Traité du prêt à usage et du précaire*, in *Œuvres complètes*. Nouvelle édition. Paris: Thomine & Fortic, VIII.
- RAMOS PAZOS, René (1986). “Del precario”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. N° 180. Concepción.
- RAMOS Pazos, René (2007). *Derecho de familia*, 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROZAS VIAL, Fernando (1985). “Comentario a las sentencias recaídas en demanda de precario en contra del cónyuge”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 12. N° 2. Santiago.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2015). “La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 42. N° 3. Santiago.
- SCA, Valdivia, 15 de octubre de 2009 (MJJ22241).
- SCA, Coyhaique, 21 de enero de 2011 (MJJ26066).
- SCA, Antofagasta, 27 de agosto de 2014 (MJJ38769).
- SCA, San Miguel, 4 de noviembre de 2015 (MJJ42978).
- SCA Copiapó 19 de febrero de 2016 (rol núm. 5-2016).
- SCS 31 de agosto de 1928 (*RDJ*, vol. 26, Santiago, 1928, 2ª parte, sección 1ª).
- SCS 1 de junio de 1983 (*Fallos del Mes* N° 295, Santiago, 1983).
- SCS 29 de noviembre de 1988 (MJJ4028).
- SCS 14 de julio de 1993 (*Fallos del Mes* N° 416, Santiago, 1993).
- SCS de 27 de abril de 1999 (*RDJ*, vol. xcvi, Santiago, 1999, 2ª parte, sección 1ª).
- SCS de 16 de marzo de 2000 (MJJ150).
- SCS de 2 de enero de 2006 (MJJ10309).
- SCS de 23 de julio de 2007 (MJJ11075).
- SCS de 25 de mayo de 2012 (MJJ32356).
- SCS de 4 de diciembre de 2012 (MJJ-33797).
- SCS de 9 de enero de 2013 (MJJ34310).
- SCS de 31 de marzo de 2014 (MJJ37272).
- SCS de 22 de mayo de 2014 (rol N° 7769-2014).

Jurisprudencia citada

- SCA, Santiago 30 de mayo de 1983 (*RDJ*, N° 80, Santiago, año, 2ª parte, sección 2ª).
- SCA Santiago 24 de mayo de 1999 (*RDJ*, vol. xcvi, Santiago, año, 2ª parte, sección 2ª, pp. 36-38).
- SCA, Concepción, 26 de agosto de 2008 (MJJ18270).