

**La acción de precario y el alcance del vínculo jurídico previo:
análisis dogmático y jurisprudencial sobre títulos anteriores y
tratativas precontractuales como causales de justificación en la
tenencia del inmueble**

***The Chilean Action of Precario and the scope of the prior legal
relationship: a dogmatic and jurisprudential analysis of prior titles and
precontractual negotiations as grounds for justification in the
possession of real property***

*Francisco Robledo Neira**

RESUMEN

La acción de precario surge como una alternativa de origen jurisprudencial frente a los supuestos en que la tutela a través de las acciones de dominio resulta improcedente o insuficiente para el dueño. No obstante, la interpretación extensiva que la jurisprudencia ha realizado del denominado «vínculo jurídico previo» ha provocado un progresivo debilitamiento de su eficacia práctica. El presente trabajo se enmarca en una investigación dogmática de carácter analítico, sustentada en el examen de jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, a través del cual se busca revisar el alcance del vínculo jurídico previo como causal de justificación frente a la acción de precario, particularmente respecto a situaciones que involucran contratos anteriores entre las partes y tratativas preliminares. Asimismo, se analiza si la expansión de este criterio ha derivado en una desnaturalización del precario y en última instancia, en una afectación al derecho de propiedad.

Palabras clave: Acción de precario; vínculo jurídico previo; negociaciones precontractuales; acciones de dominio; derecho de propiedad.

ABSTRACT

The Chilean action of precario arises as a jurisprudential alternative to those instances where protection through proprietary actions proves to be either unsuitable or insufficient for the owner. Nevertheless, the expansive interpretation that jurisprudence has made of the so-called «prior legal relationship» has led to a progressive weakening of its practical effectiveness. The present work is framed within a dogmatic investigation of an analytical nature, based on the examination of recent jurisprudence from the Supreme Court, through which it seeks to review the scope of the prior legal relationship as a ground for justification against the action of precariousness, particularly with respect to situations involving prior contracts between the parties and preliminary negotiations.

* Abogado. Académico externo de Derecho Civil de la Universidad del Alba, La Serena. Correo electrónico: frobledoneira@gmail.com. ID ORCID: 0009-0007-2924-3400.

Fecha de recepción: 24/05/2025.

Fecha de aceptación: 27/10/2025.

Likewise, it analyzes whether the expansion of this criterion has resulted in a distortion of precariousness and, ultimately, in an infringement of property rights.

Keywords: Chilean action of precario; Prior legal relationship; Precontractual negotiations; Possessory actions; Property rights

1. La acción de precario como respuesta a un vacío normativo en la protección y tutela del dominio

La acción de precario ha sido reconocida por los tribunales de justicia y la doctrina nacional a partir del inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil¹. Su relevancia, cada vez más práctica, dice relación con el aumento progresivo de causas que resuelven acerca de la materia los tribunales, lo que se refleja en que solo la Excelentísima Corte Suprema falle cerca de veinte causas vinculadas a la acción de precario en promedio al año (Ruiz, 2021, p. 150) y que, en definitiva, ello se traduzca en que autores como Atria le atribuyan la calidad de ser la principal acción real utilizada por la práctica forense para dirimir la legitimidad de la tenencia de bienes inmuebles (Atria, 2017, p. 58).

Conforme ha señalado la doctrina nacional, su inserción dentro del marco técnico de acciones reales corresponde más bien a una evolución y reinterpretación jurisprudencial que apoyada en la práctica jurídica y que frente a la rigidez de los requisitos que presenta la acción reivindicatoria, vio en normas relativas al precario una opción tangible de hacer frente a los impedimentos que generalmente se presentaban para quienes -considerándose dueños- y encontrándose privados de la posesión de una cosa de su propiedad, no podían impetrar una acción que resultare idónea para que se obligare al tercero a la restitución del bien (Domínguez, 2005, p. 341). En este sentido, se ha señalado que la acción que se analiza surge en función del déficit de las acciones reales consecuentes del marcado legalismo de la teoría de la posesión inscrita².

De esta forma, es posible concordar con Atria en que la aceptación jurisprudencial sostenida respecto de la acción de precario se justifica en la necesaria compensación práctica a la laguna legislativa respecto de la imposibilidad utilizar una acción de dominio de que pudiera servirse un poseedor inscrito para recuperar la tenencia de una cosa al estar vedado de ejercer la acción reivindicatoria (ya que el tercero no podría ser considerado poseedor bajo el sistema de posesión inscrita del Código) y tampoco disponer de la querella de amparo si es que hubiere transcurrido más de un año desde que comenzó la detentación material del demandado en conformidad al artículo 920 del Código Civil (Atria, 2005, p. 48). En suma, tal como señala el mismo autor, la

¹ El artículo 2195 del Código Civil señala que «Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño».

² En este sentido, según DOMÍNGUEZ, se advierte que frente a un tercero ocupante que no puede ser reputado como poseedor -por no tener título inscrito a su favor- resulta imposible incoar la acción reivindicatoria, estando por ello la demanda condenada al más absoluto fracaso. DOMÍNGUEZ (2005), p. 341. Adicionalmente, el autor citado alude en el mismo artículo que la sistematización de la acción reivindicatoria presenta el problema de una prueba excesivamente acuciosa y completa del dominio del demandante, lo que en distintas ocasiones se traduce en una tarea compleja si es que la propiedad ha sido adquirida en forma derivativa, debiéndose por tanto optar de todos modos por considerar a la prescripción adquisitiva como medio probatorio que permita al demandante probar su dominio.

acción de precario surge como el corolario a la ausencia de protección en las acciones de dominio respecto del poseedor inscrito y que se traduce en último término -en palabras de Rostián y Larroucau- en que su figura venga a subsanar «una situación incómoda del propietario» en donde una cosa de su patrimonio es usada por otro sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia suya (Larroucau y Rostián, 2013, p. 42).

En cuanto a su naturaleza jurídica, el precario corresponde a una situación de hecho sosteniéndose que «el comodato precario o préstamo de uso es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades que liga jurídicamente a las partes, en la forma establecida en el artículo 1438 del Código Civil. En cambio, lo que para la ley constituye también precario, conforme al artículo 2195 inciso 2° del mismo código, es como esta Corte lo ha declarado una simple situación de hecho, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante»³. En cuanto acción, se ha sostenido que le corresponde un carácter real, lo cual es explicable por distintos motivos que se analizarán a continuación someramente. En primer lugar, según se ha señalado, tendría este carácter en cuanto emana del derecho de dominio (principal derecho real), y en especial de la facultad de uso y goce en la ocupación de un tercero extraño que impide ejercer la propiedad de forma plena (Lucaveche y Rojas, 2019, p. 13). En segundo lugar, y a nuestro juicio más importante, la acción de precario es real en tanto se dirige contra un tenedor (no mero tenedor), tenedor simple, ajeno a la propiedad de la cosa, quien en principio no mantiene ningún derecho real respecto de la misma y contra quien se puede impetrar el derecho de persecución que emana de los derechos reales (Ramos, 1986, p. 9). En definitiva, tal como señala Atria, para determinar qué tipo de acción corresponde al precario, es menester centrar la atención del sujeto pasivo de la demanda -contra quien se dirige- más que al tenor literal del artículo de donde deriva la facultad (Atria, 2017, p. 65).

Analizada la naturaleza de la acción de precario y sus principales fundamentos dentro del ordenamiento jurídico chileno, es menester revisar su configuración interna; esto es, sus requisitos y las causales de excusa o justificación que puede alegar el demandado para intentar enervar la acción. Como veremos a continuación, precisamente sobre este punto ahondaremos en aquellas defensas que tengan como fuente el vínculo contractual a efecto de comparar el sustento normativo en cada una de ellas en relación con las denominadas «tratativas preliminares» con la finalidad de verificar si estas resultan un motivo suficiente que justifique la tenencia de cosa ajena.

2. Análisis de la acción de precario. Requisitos, prueba y causales de justificación de la tenencia con origen convencional

Tal como se hizo referencia previamente, la acción de precario deriva del artículo 2195 del Código Civil que señala -en la parte que es atingente- que «constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por mera ignorancia o tolerancia del dueño». La misma, tiene un

³ Sentencia de fecha 31 de julio de 1986. En Gaceta Jurídica N° 73, p. 63. En este mismo sentido, la Corte Suprema ha recalcado esta interpretación señalando que «para la ley constituye precario una simple situación de hecho, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor de la cosa. Se trata de una simple tenencia, el legislador ha considerado una situación material y de hecho, ajeno al consentimiento expreso de las partes, que puede llegar al extremo de importar una simple ignorancia del propietario de la cosa ocupada» Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 6.752-2021.

origen intrínsecamente jurisprudencial, en tanto como se ha indicado por la doctrina, en el artículo aludido no se presenta acción procesal alguna, ni tampoco podría extraerse una misma según la terminología ocupada por el legislador, siendo entonces ésta el resultado de la ausencia de acción con características más simples que las que solicita el juicio reivindicatorio y una prueba más llevadera para el demandante (Peñailillo, 2022, p. 327).

Jurisprudencialmente, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que constituye precario el goce gratuito de una cosa ajena, no amparado en un título que le sirva de fundamento y explicable solo a consecuencia de la ignorancia o mera tolerancia de quien se reputa dueño. En tal situación, podrá el propietario de la cosa tenida por un tercero recuperarla en cualquier momento, ejerciendo la acción correspondiente.⁴ Conforme lo señalado, para que exista precario es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos que se estiman como copulativos y que consisten en: i) que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución se solicita; ii) que el demandado ocupe ese bien; y iii) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Por su parte, tal como se deriva de los presupuestos señalados, las causales de justificación de tenencia por parte de quien resulte demandado de la acción de precario se sustentarán principalmente en defender la tenencia de la cosa, la que puede atender a un contrato previo celebrado entre las partes o a la falta de ignorancia o mera tolerancia de quien deduce la acción. Sobre este último punto, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en señalar que corresponde a la parte demandada la carga de la prueba de acreditar la existencia de un título que habilite para ocupar el bien⁵. Por su parte, la carga de probar el dominio de la cosa cuya ocupación ilegítima se reclama y que el demandado sea quien ocupa ese bien corresponderá al actor⁶.

Según mi parecer, es posible reunir los principales argumentos de justificación de tenencia de los demandados -con origen en un vínculo contractual- en tres grandes grupos; a saber: i) aquellos que mantengan un vínculo contractual vigente con el demandante que hacen improcedente la acción de precario de plano; ii) aquellos que alegan haber mantenido antecedentes contractuales con el demandante -quien se reputa dueño- o con algún tercero que justifique la tenencia sobre la cosa y, iii) aquellos que se defienden alegando que el demandante no es el verdadero dueño, cuestionando, por tanto, su legitimación activa. Pasaremos a revisar la primera y tercera causal brevemente. Posteriormente, profundizaremos respecto de la segunda causal, particularmente en lo relativo a las tratativas preliminares respecto al bien objeto del juicio de precario y si éstas tienen la facultad de enervar la acción deducida.

La primera causal de justificación en la tenencia que tendría fuerza suficiente para enervar la acción del precario es la existencia de un contrato previo entre el demandante -quien se reputa dueño- y el demandado quien tiene la cosa en su poder. Los escenarios pueden ser prácticamente infinitos, pero el resultado el mismo; habiéndose probado por la parte demandada que su ocupación respecto del bien se encontraba amparada en un vínculo contractual previo, la demanda está destinada, por regla general, al fracaso. Los casos más recurrentes en la materia dicen relación con dos contratos principales; a saber: i) contrato de compraventa existente entre las partes; y, ii) el contrato de

⁴ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 2570-2020.

⁵ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 2570-2020.

⁶ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 4.624-2020.

arrendamiento celebrado entre las partes⁷. Desde ya, conviene adelantar que los tribunales superiores han mantenido un criterio más bien uniforme y extensivo en las causales de justificación que se alegan afirmándose que en último término basta que asista al tenedor cualquier clase de justificación jurídica en la ocupación que sostiene para desvanecer la acción de precario (Ruiz, 2021, p. 153) provocando la excepcionalidad en la procedencia de la acción. Sobre el primer caso, por ejemplo, se ha señalado por el máximo tribunal que «es trascendente para desestimar la acción de precario, la acreditación por el ocupante de una causa aparentemente seria o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa que retiene, y que no permanece en ella por ignorancia o mera tolerancia del supuesto dueño, tal como acontece en la especie, según se desprende del análisis precedente y de los hechos establecidos en la instancia, que dan cuenta de la celebración entre las partes de un contrato de compraventa, en que el vendedor, aduciendo determinadas razones, aparece renuente a entregar el bien transferido, que asimismo es ocupado por extraños que no concurrieron al acuerdo de voluntades, incumpliendo el deber de saneamiento (...)»⁸. Tal como es posible desprender del fallo citado, la causal de justificación más idónea desde el ámbito de la defensa del demandado será la existencia de un contrato o vínculo personal que una a los litigantes. Resulta menester hacer notar, tal como lo ha señalado Ruiz, que en el caso del contrato de compraventa, la falta de inscripción respectiva del título en el Conservador de Bienes Raíces respectivo no obsta que la situación sea considerada como previo contrato (Ruiz, 2021, p. 152) y -mal podría serlo- atendido a que lo que se exige por la norma es una causal de justificación en la tenencia y no la demostración por parte del tenedor ocupante de derechos reales sobre el bien inmueble que se pretende recuperar; ello, sin perjuicio de que -como veremos más adelante- en último término la discusión acerca del precario deviene en un problema de prueba del derecho de dominio para parte de la doctrina (Larroucau y Rostión, 2013, p. 39).

Hasta ahora, como vemos, no existen grandes sorpresas en el análisis que desarrolla el máximo Tribunal acerca de la causal de justificación del previo contrato. Resulta interesante eso sí, el análisis de un caso en particular relacionado con el contrato de compraventa y citado por la doctrina en donde la Excelentísima Corte Suprema reiterando su interpretación extensiva acerca del previo vínculo jurídico (o contrato) ha estimado que incluso una convención defectuosa legalmente conferida, podría tener el vigor suficiente para enervar la acción de precario. La situación dice así: «la cónyuge del demandado compró 50% de los derechos sobre un inmueble, pero esta compraventa se llevó a cabo ante un Oficial del Registro Civil, quien actuó “en sus funciones de notario”»⁹. El documento, como es posible prever y señala la doctrina, no correspondía a una escritura pública y, por tanto, tampoco se inscribió en el registro conservatorio correspondiente (Ruiz, 2021, p. 155). El demandante, posteriormente adquirió el dominio del inmueble y demandó el precario respecto del cónyuge de la compradora quien detentaba materialmente el bien (Ruiz, 2021, p. 155). Con todo, la Corte estimó que existía un vínculo jurídico en tanto -aún cuando la compraventa no cumplía los requisitos legales de escritura pública- si bastaba para cumplir las exigencias legales del artículo 2195 inciso segundo del Código Civil. Resulta, como dijimos, de interés este caso en particular, en cuanto incluso la defensa basada en títulos derechamente defectuosos ha posibilitado la acreditación de una retención legítima del bien. No obstante, a nuestro parecer, la decisión en este caso, se apoya no solo en la amplitud jurisprudencial de la interpretación del vínculo jurídico previo sino también en las relaciones de familia y/o convivencia

⁷ Por ejemplo, un contrato de promesa.

⁸ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N°6.752 -2021.

⁹ Puga con Contreras, 12256-2013, 7°, CL/JUR/150/2014. Citado por RUIZ (2021), p. 155.

que existió entre las partes y que ha sido motivo suficiente para que los tribunales acepten dicha causal de justificación¹⁰.

En cuanto al contrato de arrendamiento como causal de justificación de tenencia que enerva la acción de precario, éste se justifica atendido a que precisamente da cuenta de un vínculo contractual previo entre el sujeto activo y pasivo de la demanda. Es relevante en esta sede señalar, que la Corte ha estimado que resulta título suficiente para justificar la ocupación el contrato de arrendamiento que había celebrado el anterior dueño del inmueble cuando no constara que se le hubiere puesto término al mismo. En este sentido, la Corte Suprema ha indicado que «en las condiciones antes anotadas, la situación descrita no se conforma con la hipótesis de ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa la cosa y su dueño. Muy por el contrario, la tenencia del inmueble se justifica en el contrato ya referido (contrato de arrendamiento¹¹) -que no ha sido expresamente desconocido ni negado- mismo que da cuenta de un vínculo jurídico entre el ocupante y la cosa objeto de la ocupación, lo cual se contrapone a una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada y denota una situación que debe ser solucionada a través de las acciones específicas para ello, no por medio de precario, que no resulta ser la vía idónea para resolver el conflicto (...)»¹². De esta manera, el máximo tribunal confirmando la interpretación ha señalado que «el título que justifica la tenencia no necesariamente deberá provenir del propietario, sino que lo relevante radicará en que el derecho que emana del referido título o contrato y que legitima esa tenencia de la cosa, para los efectos que aquí se analizan, pueda ejercerse respecto del propietario, sea porque él o sus antecesores contrajeron la obligación de respetarla, si el derecho del tenedor u ocupante es de naturaleza personal, bien sea porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona, si se trata de un derecho real»¹³.

En cuanto a la tercera causal de justificación que se ha señalado consistente en construir la defensa del demandado en la ausencia del derecho de dominio por parte del demandante, es menester tener en cuenta que su fundamento descansa en los presupuestos principales de la acción de precario. En este sentido, tal como se señaló previamente, resulta carga de la demandante probar el dominio de la cosa cuya ocupación ilegítima y el incumplimiento de esta carga o derechamente la ausencia de propiedad del bien en su patrimonio llevará ostensiblemente a un rechazo en la demanda. El asunto, aunque simple parece, esconde a nuestro juicio una discusión profunda: la acción de precario se corresponde -por vía consecuencial- en un juicio en que se debate la prueba del derecho de dominio. La cuestión toma mayor relevancia cuando se tiene presente el procedimiento en que se ventila la acción -actual procedimiento monitorio conforme ley 21.461¹⁴- y anteriormente procedimiento sumario en razón de una interpretación amplia que hacía la práctica forense y que resultaba aceptada por la jurisprudencia del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil. El problema aquí, siguiendo a Larroucau y Rostián, es que el dominio por su propia naturaleza y una discusión acerca de su existencia o no, requiere un juicio de lato conocimiento, cuestión que -por lo demás- ha sido confirmado por antiguos fallos de la Corte Suprema (Larroucau y Rostián, 2013, pp. 84-85). Bajo este entendido, sin querer explayarnos más que lo necesario sobre este asunto, la realidad

¹⁰ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 5.926 -2023.

¹¹ Lo entre paréntesis es nuestro.

¹² Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 29.357-2019.

¹³ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 4.624-2020.

¹⁴ Artículo 18-K. «Las normas de este Título serán aplicables, en lo pertinente, a las acciones de comodato precario que persigan la restitución del inmueble y a la acción de precario establecida en el artículo 2.195 del Código Civil».

de las cosas es que el precario en tanto juicio en que se discuta el derecho de dominio bajo un procedimiento sumario ya resultaba una situación abiertamente criticada por parte de la doctrina - y puesto en tela de juicio por la Corte Suprema- hace bastante tiempo; baste decir al respecto, que las modificaciones legales promovidas por el legislador en la materia no han cambiado sustancialmente el foco del problema.

3. Tratativas precontractuales como justificación de la tenencia de la cosa: su valor con otros antecedentes jurídicos

Según hemos podido observar, las causales de justificación con base en un contrato previo (sea entre el demandante y el demandado o un tercero y el demandado) han resultado motivo suficiente para enervar las acciones de precario y excluir consecuentemente su eficacia práctica.

Resulta, ahora pertinente, revisar si es que este criterio -ya extensivamente interpretado- puede abarcar incluso aún más, a las denominadas tratativas preliminares de un contrato; esto es, ponderar aquellas situaciones en que si bien, no existe un contrato formal vigente, sí existieron negociaciones o acuerdos preliminares anteriores que pudieren justificar la tenencia de la cosa.

Las tratativas preliminares consisten en las negociaciones o discusiones previas a la celebración de un contrato o acuerdo definitivo. Durante esta etapa, las partes pueden intercambiar propuestas, términos y condiciones, pero aún no han llegado a un acuerdo final. En este proceso las partes desarrollarán las estrategias, los ofrecimientos respectivos y la entrega de información suficiente que permita discernir la posibilidad de comprometerse o no con el cocontratante. La finalidad de ambos es una sola individualmente considerada consistente en generar una proyección de antecedentes suficientes que permitan sustentar una dosis de probables beneficios que superen los costos marginales en que pudieran incurrir con la celebración del acuerdo. Se corresponde entonces a lo que se denomina por Domínguez como «negocios progresivos», esto es aquellos que requieren una mayor por importancia por la complejidad de sus acuerdos, la extensión de las discusiones y que muchas veces vienen acompañados de acuerdos parciales que encaminan a los partícipes hasta un negocio completo¹⁵.

A primera vista, según lo que he señalado, las tratativas preliminares no podrían ser consideradas en absoluto como un título suficiente para enervar la acción de precario en tanto el precario se refiere a una situación de hecho en la que una persona ocupa un inmueble sin tener un derecho legal o contractual (o situación de familia) para hacerlo y las tratativas preliminares no otorgan derechos de posesión, propiedad o generan una relación de familia respecto de las partes que se debaten respecto del inmueble. A priori, no se visualiza, un título legal que respalde la tenencia según lo observado precedentemente.

No obstante lo anterior, un reciente fallo de la Corte Suprema ofrece una perspectiva relevante sobre el tema en comento, al considerar a las negociaciones precontractuales como parte integrante del vínculo jurídico previo que habilita la tenencia del bien en disputa. Si bien esta postura podría sugerir una nueva ampliación de la causal de justificación aludida, al examinar el caso concreto, se

¹⁵ DOMÍNGUEZ (2020), p. 76. Siguiendo al mismo autor, en estos casos estaremos frente a negociaciones largas donde hay una formación sucesiva del negocio jurídico en que las partes asistirán a reuniones continuas en el tiempo con la finalidad de adoptar acuerdos hasta la conclusión final.

observará que realmente las negociaciones precontractuales estuvieron unidas a otros fundamentos jurídicos concretos que motivaron la decisión del tribunal.

A fin de comprender las particularidades de este fallo y su relevancia para la discusión en torno al vínculo jurídico previo como causal de justificación, a continuación, se expondrán los antecedentes del caso resuelto por la Corte Suprema.

3.1.El fallo Rol N° 76.495-2020 de la Excelentísima Corte Suprema. Antecedentes del caso

Conforme sentencia singularizada bajo Rol N° 76.495 del año 2020 de la Corte Suprema, se deduce acción de precario por la demandante contra su hermano, su suegra y tía política sosteniendo una ocupación ilegítima de un bien de su propiedad. El libelo, es contestado señalando que no corresponde a la primera acción que se deduce respecto de los demandados y que, por el contrario, antes se ventiló una demanda de terminación de contrato de arrendamiento y desahucio entre las mismas rechazada en primera instancia. Suman como defensa, además, que no existe la presunta mera tolerancia de la parte demandante, sino que habría un acuerdo o pacto entre las partes del juicio alegando también la existencia de negociaciones para la compra del inmueble objeto del juicio, aduciendo que la tenencia del mismo obedece a un acuerdo derivado de dichas negociaciones.

3.2.Ratio Decidendi y resolución del tribunal

En lo que importa para el análisis, el máximo tribunal concordó en que no existe controversia acerca de la concurrencia de los presupuestos principales en la acción intentada; esto es, se comprobó efectivamente que: i) la demandante era dueña del inmueble cuya restitución solicita; y, ii) que los demandados se encuentran haciendo ocupación del referido bien, centrándose la *ratio decidendi* en si la tenencia tenía por razón una por mera tolerancia de la actora o, por el contrario, se encontraba fundada en un acuerdo o pacto entre las partes. A este respecto, resulta relevante hacer presente que como señala en el aludido fallo, se demostró en sede de tribunal de instancia, que la actora extendió una declaración jurada a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en donde indica ser cierto que existió una propuesta (a su hermano y demandado) para que adquiriera el inmueble y que bajo sentencia seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Concepción se desestimó la demanda de terminación de contrato de arrendamiento por no pago de rentas intentada por la misma actora en contra de dos de los demandados en el proceso, por no haberse acreditado la existencia de contrato de arrendamiento, decisión confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción. De esta manera, aduce el máximo tribunal, citando lo ya establecido por la Corte de Apelaciones de Concepción que de dichos antecedentes es posible concluir que entre la demandante y los demandados existieron negociaciones para la celebración de un contrato distinto al de arrendamiento, estando en presencia de un «contrato atípico o innominado», y que es en virtud de éste y no por mera tolerancia de la actora que los demandados ocupan el inmueble cuyo dominio se encuentra inscrito a nombre de la actora. Tomando dichos antecedentes, el máximo tribunal termina por concluir que se ha establecido con claridad que entre la actora y uno de los demandados (su hermano) existe un acuerdo que habilita la ocupación de inmueble, convención que se configuró sobre la base de negociaciones que sostuvieron para que adquiriera el inmueble cuya ocupación se reclama; acuerdo, que como reseña la Corte, para los efectos que se analizan, no requería ser solemnizado. En suma, la Corte sostiene que las condiciones señaladas hacen imposible encuadrar

lo denunciado en la hipótesis de precario, en tanto no existe «ausencia absoluta»¹⁶ del vínculo jurídico entre quien ocupa y su dueño y que, por el contrario, dicha tenencia se justifica en el acuerdo referido reconocido por la actora, en virtud del cual el (uno) de los demandados aparece como autorizado para ocupar el inmueble por la propia actora.

3.3. Análisis crítico e implicaciones dogmáticas

La solución que plantea la Corte en este caso concreto merece distintos comentarios. En primer lugar, es menester tener presente que el criterio que utiliza el máximo tribunal rechazar el recurso de casación en el fondo y confirmar -por vía consecuencial- la sentencia de primera instancia que rechaza la acción de precario es aquel que sostiene que para la procedencia de la acción de precario es menester que exista una absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el propietario y el ocupante de la cosa, lo que se ha denominado por la Corte Suprema como una tenencia «meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante»¹⁷. Esta interpretación también se ha complementado con aquella proveniente de otros fallos del máximo tribunal que sostiene que la expresión contrato a la que alude el legislador y definida por el Código Civil en el artículo 1438, consiste en todo acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer algo. Es decir, nuevamente nos encontramos, con una interpretación extensiva del vínculo jurídico previo.

En segundo lugar, con todo lo dicho, es menester a nuestro juicio aclarar que-si bien la Corte- en este caso en concreto, alude a las tratativas preliminares como causal de justificación de la tenencia, no son las negociaciones propiamente tal o -por sí solas- el motivo fundante que provoca el rechazo de la acción. En este sentido, de una mejor revisión de la historia de la causa se desprende que existía entre las partes un acuerdo innominado celebrado en el año 2013, en virtud del cual la demandante y su marido solicitaron dinero al demandado (hermano de la demandante) para invertirlo en un negocio inmobiliario. En atención a que el préstamo no fue restituido en la época acordada, convinieron que el mencionado demandado se quedara con la tenencia de la casa, pagara sus dividendos y contribuciones para luego transferirle la propiedad. De este modo, no solo no existe la carencia absoluta de vínculo entre ambas partes, sino que por el contrario e incluso más, hubo un acuerdo expreso entre las partes del litigio hasta que llegasen a un pacto definitivo en la compraventa del inmueble y que tenía como antecedente previo el mutuo que el demandado había concedido a la demandante y su cónyuge. Es decir, a través de esta tenencia que recaía sobre la propiedad se «compensaría» en parte la deuda que mantenían respecto del mutuante.

En nuestro entender entonces, el caso presenta dos características imposibles de eludir que no lo hacen homologable ni extensible hacia una interpretación abierta a generalidad; a saber: i) existió un contrato previo donde se entrega el uso y goce del inmueble al demandado; y, ii) se trata también de un conflicto que se suscita en el ámbito del derecho de familia, pues las partes son hermanos extrapolando al máximo el requisito del legislador en tanto la ausencia de vínculo jurídico solamente sería susceptible de encontrarse entre dos personas que son total y absolutamente ajenas.

En suma, y a nuestro entender las negociaciones precontractuales, por sí mismas o consideradas individualmente, no corresponden a un motivo suficiente que hagan enervar la acción de precario,

¹⁶ Las comillas son nuestras.

¹⁷ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 11.143-2020.

en tanto implican -en la mayoría de los casos- conversaciones y acuerdos preliminares entre las partes que están considerando celebrar un contrato, pero que aun no han llegado a un acuerdo definitivo. Existe, en esta etapa precontractual, una fragilidad del vínculo jurídico que a nuestro juicio no serviría para destruir la acción del precarista; fragilidad, que es observable aún más si aceptáramos la tesis que considera que las partes cuentan con el derecho cierto a retirarse unilateralmente de la negociación, advirtiendo Barros que «mientras no haya consentimiento, no nacen obligaciones contractuales entre las partes, pues estas tienen por antecedente necesario la voluntad de obligarse»¹⁸¹⁹; ello, sin perjuicio de eventuales indemnizaciones que pudieren resultar procedentes.

No conviene, por tanto, a nuestro entender, extrapolar el resultado particular de este fallo judicial a otras situaciones en que se aduzcan por las partes negociaciones precontractuales respecto de la tenencia del inmueble²⁰. La situación analizada en este caso, tiene ribetes particulares que posibilitaron que las negociaciones precontractuales en conjunción con otros antecedentes de relevancia jurídica (otros contratos celebrados entre las partes), permitieran la aceptación de la defensa jurídica de la parte demandada. Un razonamiento contrario a lo señalado, no solo avanzaría en reducir la eficacia práctica de la acción de precario, lo que importa, según se ha revisado, en definitiva, en una afectación final al dueño de la cosa privado de su tenencia legítima.

4. Conclusiones

La acción de precario ha sufrido un decaimiento en sus resultados proporcionalmente relacionado a la interpretación extensiva que realizan los tribunales superiores de justicia de la causal de justificación de tenencia consistente en el vínculo jurídico previo. El mismo motivo ha trascendido al concepto de título propiamente tal, dejando de importar el contrato como institución jurídica estricta para dar paso al concepto amplio de vínculo jurídico en el cual no solo se incluyen las convenciones sino también las relaciones que previamente pudieron haber tenido las partes. El objeto del presente trabajo fue analizar la justificación de la institución del precario en nuestro ordenamiento jurídico y el estado de sus principales causales de justificación a la luz de la desfragmentación de la institución a consecuencia de una extensión más que amplia de las defensas que podría esbozar la parte demandada.

¹⁸ BARROS (2004), pp. 1003-1004. Ello, sin perjuicio de la eventual admisibilidad de demandas de indemnización de perjuicios que se puedan suscitar entre las partes por retiro intempestivo de negociaciones.

¹⁹ Excelentísima Corte Suprema. Fallo Rol N° 29.962-2018. Desde un punto de vista económico, no es posible ocultar que la etapa de negociación preliminar tiene por finalidad la determinación en la conveniencia de celebrar o no un contrato. Bajo este punto, las partes desarrollarán las estrategias, los ofrecimientos respectivos y la entrega de información suficiente que permita discernir la posibilidad de comprometerse o no con el cocontratante. La finalidad de ambos es una sola individualmente considerada consistente en generar una proyección de antecedentes suficientes que permitan sustentar una dosis de probables beneficios que superen los costos marginales en que pudieran incurrir con la celebración del acuerdo. Tal conclusión, por lo demás, ha sido ratificada por la jurisprudencia nacional que ha señalado que durante el periodo precontractual «no hay intención de obligarse, sino que existe libertad para negociar, debatir distintas posturas, y así explorar si es o no bueno contratar, intercambiando información»

²⁰ Ello, sin perjuicio de que se pudieran aunar otros antecedentes que permitan solventar la defensa en base negociaciones contractuales.

El análisis final del presente trabajo se centró en las negociaciones precontractuales y más precisamente, en el fallo Rol Corte 76.495-2020 en donde una primera lectura del mismo, daría cuenta de la aceptación de tratativas precontractuales como fundamento jurídico admisible para la tenencia de bien inmueble. No obstante lo anterior, según se ha podido revisar, si bien las tratativas contractuales son un antecedente importante a considerar en la defensa de quien ocupa un bien inmueble ajeno, es posible concluir, en el fallo aludido, que por sí sola no debería tener la fuerza para poder enervar la acción de precario cuando no se encuentre acompañada de otros motivos fundantes que habiliten al demandado a mantener la ocupación de la cosa y que demuestren que efectivamente no existía un escenario de mera ignorancia o tolerancia de quien se reclama dueño. En suma, sostenemos, que la revisión de las causales de justificación de tenencia del bien inmueble en estos escenarios que son más bien difusos o complejos (por relaciones contractuales o precontractuales previas) ameritan una revisión exhaustiva de los antecedentes, a fin de revisar correctamente los presupuestos de justificación cuando estos escapen a los típicos que se puedan subsumir en el vínculo contractual existente, por cuanto, en definitiva, en muchas ocasiones, la discusión respecto del precario se entrelaza con una disputa que pudiese erosionar el derecho de dominio.

Bibliografía

ATRIA LEMAITRE, FERNANDO (2017). «El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario». *Revista de Derecho*, vol. XXX, N° 2, pp. 57-86. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200003>.

ATRIA LEMAITRE, FERNANDO (2005). *Derechos reales*. Citado en «El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario», *Revista de Derecho*, vol. XXX, N° 2, pp. 57-86.

BARROS BOURIE, ENRIQUE (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN (2005). «Instituciones en el Código Civil chileno». En Martinic y Tapia (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*. Santiago: LexisNexis.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN (2020). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Santiago: Editorial Prolibros.

LARROUCAU TORRES, JORGE Y ROSTIÓN CASAS, IGNACIO (2013). «Del juicio de precario». En Barcia Lehmann, Rodrigo (coord.), *Fundamentos de Derechos Reales en el Derecho Chileno*. Santiago: Thomson Reuters.

LUCAVECHE MARTÍNEZ, JOSELINE CAMILA Y ROJAS ENDRESS, CATALINA MACARENA (2019). «Análisis jurisprudencial de los títulos que los tribunales superiores de justicia han reconocido al precarista». Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/170323> [fecha de visita: 5 de junio de 2023].

RAMOS PAZOS, RAMÓN (1986). «El precario». *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 180, pp. 7-19.

RUIZ ASTETE, FERNANDO (2021). «La disolución jurisprudencial del requisito legal «sin previo contrato» de la acción de precario, primera parte». *Revista de Pensamiento Académico de la Universidad UNIACC*, pp. 150-164. <https://doi.org/10.33264/rpa.202101-10>

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL (2022). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Thomson Reuters.

VIAL DEL RÍO, VÍCTOR (2003). *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia

Corte Suprema, Rol N° 29.962-2018.

Corte Suprema, Rol N° 29.357-2019.

Corte Suprema, Rol N° 2.570-2020.

Corte Suprema, Rol N° 4.624-2020.

Corte Suprema, Rol N° 76.495-2020.

Corte Suprema, Rol N° 11.143-2020.

Corte Suprema, Rol N° 6.752-2021.

Corte Suprema, Rol N° 5.926-2023.