



## What Previous Contract?: The Promise Agreement and Its Ability to Challenge the ‘Precario’ Action

### ¿Qué contrato previo?:

### El contrato de promesa y su aptitud para enervar la acción de precario

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI\*

BORIS LOAYZA MOSQUEIRA\*\*

#### Resumen

A pesar de su modesta apariencia, el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil ha sido una infalible fuente de conflictos. El que nos interesa en este trabajo es la existencia de un contrato de promesa como defensa del ocupante frente a la acción de precario. El problema que se suscita es la presencia de dos líneas jurisprudenciales incompatibles. Nuestros objetivos consisten en mostrar dichas líneas y proponer una solución.

**Palabras clave:** *precario, contrato de promesa, tutela del dominio.*

#### Abstract

Despite its modest appearance, paragraph 2 of article 2195 of the Civil Code has been an infallible source of conflict. What interests us in this study is the existence of a promise agreement as a defense of the occupant in the face of a “precario” action. The problem is the existence of two incompatible ideas or theories in the case law. Our objective is to show these ideas and propose a solution.

**Keywords:** *precario, promise agreement, protection of property.*

## I. INTRODUCCIÓN

Se ha fallado que la existencia de cualquier contrato que justifique la detentación material de aquel que es demandado permite enervar la acción de precario en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil (en adelante, CC). También se ha resuelto que solo aquellos contratos que, según las normas generales, impongan al dueño la

---

\* Universidad Diego Portales, Santiago, Chile ([inigo.delamaza@udp.cl](mailto:inigo.delamaza@udp.cl)). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6239-2837>. Artículo recibido el 3 de Agosto de 2022, y aceptado para publicación el 2 de noviembre de 2022. Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N°1220844, titulado “Legitimación pasiva, sin previo contrato y por ignorancia y mera tolerancia del dueño: hacia la mejor versión de las sentencias de la Corte Suprema tratándose del precario”, del cual Iñigo de la Maza es investigador responsable.

\*\* Universidad Diego Portales, Santiago, Chile ([boris.loayza@mail.udp.cl](mailto:boris.loayza@mail.udp.cl)). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8903-3620>.

Cómo citar este artículo:

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo & LOAYZA MOSQUEIRA, Boris (2023). “What Previous Contract?: The Promise Agreement and its Ability to Challenge the ‘Precario’ action”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 11 N° 1, pp. 353-396.

obligación de tolerar la detentación material por parte del demandado, resultan aptos para enervar la acción de precario. Consideradas individualmente, ambas decisiones pueden ser correctas o incorrectas. Lo que no puede suceder es que ambas sean, simultáneamente, correctas.

De esta manera, si el caso es que la Corte falla en ambos sentidos al mismo tiempo, tiene un problema y, junto a ella, también lo tenemos todos.

El primer objetivo de este trabajo consiste en mostrar que esa es precisamente la situación. Muy probablemente, la práctica sostenida de sentencias contradictorias por parte de la Corte Suprema<sup>1</sup> ha determinado cierto cinismo al respecto, como si fuese una cosa trivial que, frente a ciertos casos, de modo consistente se falle de manera incompatible. No lo es; es una práctica que requiere ser modificada. El primer paso en esa empresa es demostrar el problema.

El segundo objetivo de este trabajo consiste en defender la corrección de una de esas dos líneas jurisprudenciales. Procuraremos, entonces, mostrar que, no obstante el hecho de que el precario constituya una creación jurisprudencial, dicha creación debe contenerse en dos sentidos diversos. El primero de ellos es una cierta coherencia con otras áreas del Derecho, específicamente en este caso, el derecho de contratos y el derecho de bienes. En segundo lugar, se debe evitar lo que, con cierta generosidad semántica, podría denominarse “contradicción performativa”, es decir, que su praxis contradiga la razón de su creación. De este modo, si se afirma que la acción de precario surge para tutelar el dominio respecto de los supuestos intersticiales que deja la teoría de la posesión inscrita parece contradictorio establecer límites que impidan eso, sin que, por lo demás, exista ninguna justificación.

El orden en que avanza este artículo es el siguiente. En primer lugar, se introduce el tema a través de su identificación por otro autor. En segundo lugar, se da cuenta de dos líneas jurisprudenciales que es posible detectar en los pronunciamientos de la Corte Suprema y se da noticia de los fallos que se consideran. En tercer lugar, se presentan sentencias que instancian la primera línea. A continuación, en cuarto, se presta atención a las decisiones que dan cuenta de la segunda línea. En quinto lugar, mostramos cuál es nuestra opinión respecto a cómo debería fallarse este tipo de casos.

## II. ¿NADA DE NADA DE NADA?

En un sugerente texto sobre el precario del inciso 2º del artículo 2195 CC, y refiriéndose a una sentencia de la Corte Suprema que resuelve un caso en el que el título que esgrimía el detentador de la cosa era un contrato de promesa,<sup>2</sup> Fernando Atria señala lo siguiente:

Quien detenta una cosa inmueble con un contrato de promesa de compraventa parece no tener nada de nada de nada: nada, porque la promesa de compraventa no es un contrato traslativo; de nada, porque no daría derecho a detentar el

---

<sup>1</sup> El precario, como se verá, es un ejemplo conspicuo; el momento en que se interrumpe la prescripción, otro. Sobre esto último, véase: *Pérez con Express de Santiago Uno S.A.* (2022), *Vargas con Marmolejo* (2016), *Postel y otro con Candía y otro* (2022), *Servicio Nacional del Consumidor con Distribuidora de Industrias Nacionales S.A.* (2022). Las dos primeras entienden que la prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda; las dos últimas, en cambio, con su notificación.

<sup>2</sup> *Araya con Salazar* (2004).

inmueble aunque fuera traslativo, mientras no hubiera inscripción; de nada, porque se trata de un contrato que en el mejor de los casos daría a las partes contratantes acciones recíprocas, pero no una acción en contra del sucesor del promitente vendedor, que regularmente compró y recibió la cosa en tradición.<sup>3</sup>

El primer “nada” es, sin duda, correcto; hasta donde llegan nuestras noticias, nadie ha sostenido aún que un contrato de promesa de compraventa de inmueble sea un título traslativo. Hay buenas razones para que nadie lo haya hecho; el tipo de obligación de hacer que involucra un contrato de promesa como el de este caso recae sobre un título traslativo (la compraventa), por lo mismo, reconocerle este carácter a la promesa produciría algo así como un pleonasma jurídicamente insoportable.

El segundo “nada” resulta más discutible. Como puede advertirse, Atria señala que aunque fuera traslativo no daría derecho a detentar el inmueble mientras no haya inscripción. Existe aquí una cierta ambigüedad determinada por la cuestión relativa a frente a quién no daría derecho a detentar. Aparentemente no es respecto de terceros, pues el tercer “nada” se refiere a ellos.<sup>4</sup> Si el argumento es que no da derecho a detentar respecto del dueño, es erróneo. Es cierto, naturalmente –en los términos del artículo 1444 CC– el contrato de promesa no lo hace, pero, accidentalmente, por supuesto puede hacerlo. Después de todo, en virtud de su autonomía privada las partes pueden acomodar los tipos contractuales añadiéndoles contenido no preconfigurado por el legislador.<sup>5</sup>

Lo que no tendrá el mero detentador mientras no hay inscripción es la posesión,<sup>6</sup> pero será el titular de créditos en contra del verdadero dueño en virtud de los cuales puede detentar el inmueble.

Finalmente, con respecto al tercer “nada”, este se explica porque quien demanda de precario no es el promitente vendedor, sino un tercero que lo sucedió en el dominio. En este caso, el contrato de promesa no alcanza con sus efectos a este tercero. Esto, como se verá, es correcto, aunque en muchas ocasiones la Corte Suprema lo haya entendido de otra manera.

Atria opina que, en este caso, la Corte Suprema llegó a una decisión apropiada al acoger la acción de precario (y, por lo mismo, rechazar el argumento del precarista que justificaba su detentación en el contrato de promesa), pero por un camino errado. El error, en opinión de Atria, es que el argumento sobre el cual reposa la sentencia de la Corte es que el demandante no era parte en el contrato de promesa, de manera que habrá que entender que si lo hubiera sido, la acción de precario se habría rechazado.<sup>7</sup> Para Atria, entonces, el argumento de la Corte carece de sentido, pues no basta con ser parte del contrato, sino que se requiere que este imponga una obligación, cual es, tolerar el uso de la cosa.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> ATRIA (2017), p. 80.

<sup>4</sup> Si es frente a terceros, podría tener razón, pero solo en un escenario en el que el título fuera traslativo, y no lo es.

<sup>5</sup> La manifestación más clara de esto se encuentra en el artículo 1887 CC.

<sup>6</sup> PEÑAILILLO (2019), pp. 1010-1016.

<sup>7</sup> ATRIA (2017), p. 80.

<sup>8</sup> ATRIA (2017), p. 81. Sostiene que “El argumento, como se ve, carece enteramente de sentido. La exigencia del artículo 2195 (respecto de precario) no es que el demandado no tenga ningún contrato con alguna persona con relación a la cosa, sino que no esté vinculado con el demandante mediante un contrato que le imponga a

Lo anterior resulta ser perfectamente consistente con nuestro sistema. Desde la lógica del derecho de contratos (no es necesario acudir a la de los derechos reales), en este caso, el contrato de promesa justifica perfectamente la detentación de la cosa por parte del mero tenedor frente al dueño que celebró el contrato de promesa, mas no frente al nuevo propietario (sucesor en el dominio del promitente vendedor) que, como hemos visto, no se ve alcanzado por sus efectos.

Para sustentar esta conclusión resulta necesario volver a la cuestión del segundo “nada” y recordar que, naturalmente, el contrato de promesa no obliga a hacer entrega de la cosa. Sin embargo, las partes pueden pactar su entrega, una en virtud de la cual la tenencia del promitente comprador queda protegida frente al dueño promitente vendedor bajo la forma de los efectos de los contratos.<sup>9</sup> Sin embargo, tal situación no atañe al nuevo propietario, tercero respecto del contrato de promesa.

En virtud del contrato de promesa –y mientras este se mantenga– el promitente comprador no ocupa la cosa sin previo contrato, sino, precisamente, en virtud de uno que suscribió con el dueño; contrato que, con todo, no alcanza con sus efectos al tercero que sucede en el dominio.

De este modo, el “previo contrato” al que se refiere el inciso 2º del artículo 2195 es uno que debe imponerle al dueño tolerar el uso de la cosa.<sup>10</sup>

### III. LAS DOS SENTENCIAS (Y LAS DEMÁS)

En el trabajo que se ha citado de Fernando Atria, y respecto de la cuestión que da cuenta el apartado anterior, se citan dos sentencias. En la primera de ellas, de 8 de marzo de 2005,<sup>11</sup> se rechaza la acción de precario estimándose que el antecesor en el dominio del dueño había vendido a sus hijos la casa, por lo mismo, no concurriría el requisito de que la tenencia sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

En la segunda sentencia, de 18 de mayo de 2004,<sup>12</sup> en cambio, la razón que tuvo la Corte Suprema para acoger la acción de precario es que, si bien existía un contrato de promesa, el demandante no era parte en él.

En nuestra opinión, estas dos sentencias son instancias de dos líneas jurisprudenciales a través de las cuales la Corte Suprema se ha manifestado de manera incompatible acerca del precario.

Según la primera línea, basta que haya existido cualquier contrato que sirva, en abstracto –esto es, no necesariamente respecto del dueño, según las normas generales– para justificar la tenencia. De acuerdo con la segunda línea, no basta que exista un contrato en

---

él la obligación de tolerar el uso de la cosa. El hecho de que el demandado tenga un contrato con un tercero que es inoponible al dueño actual no puede, obviamente, justificar el rechazo de la acción de precario”.

<sup>9</sup> Véase las sentencias: *Bustamante con Soto* (2013), *Inostroza con Meyer* (2013), *Leiva con Hernández* (2020), *Rentas e Inversiones Ainoha Limitada con Sociedad Maderera Forestal e Industrial Curanco Limitada* (2016), *Osses Díaz con Zúñiga Ávila* (2015), *Vergara con General* (2016). En similar sentido, RAMOS (1997), p. 12; LARROUCAU y ROSTIÓN (2013), p. 74.

<sup>10</sup> ATRIA (2017), p. 81.

<sup>11</sup> *Zúñiga Godoy y otros con Villavicencio Mondaca* (2005).

<sup>12</sup> *Araya con Salazar* (2004).

abstracto, sino que es necesario que, en concreto, ese contrato limite, según las normas generales, el derecho de dominio de quien ejerce la acción imponiéndole la tolerancia de la detentación material por parte del demandado.

Antes de presentar y examinar ambas líneas jurisprudenciales, parecen convenientes algunos comentarios.

En primer lugar, como ha sugerido la doctrina, la acción de precario del artículo 2195 inciso 2° es una creación jurisprudencial,<sup>13</sup> por lo mismo, para considerar su situación parece indispensable prestar atención a las sentencias de la Corte Suprema. El detalle, sin embargo, es que, como se verá, al prestar atención a esas sentencias se descubre que ellas no solo llegan a conclusiones distintas, sino que irreconciliables.

De esta manera, aunque resulta necesario considerar los fallos de la Corte Suprema, al hacerlo se descubre que estos establecen dos sentidos incompatibles para el inciso 2° del artículo 2195 cuando el antecedente jurídico que invoca el ocupante es un contrato de promesa. Es por esta razón que también debe añadirse un intento de racionalización de la figura que permita evaluar la corrección o incorrección de las sentencias.

En segundo lugar, este trabajo se refiere a uno de los argumentos a través de los cuales, con cierta frecuencia, se intenta enervar la acción de precario: la existencia de un contrato que justifica la detentación material por parte del demandado. No es el único argumento, aunque sí uno muy frecuente.<sup>14</sup>

En tercer lugar, teniendo en cuenta que uno de los dos objetivos de este trabajo consiste en mostrar la existencia de dos líneas jurisprudenciales en lo que respecta al precario, resulta importante dar alguna noticia acerca de las sentencias a las que se ha puesto atención.

Se trata de un conjunto de 437 fallos de la Corte Suprema que, entre los años 2005 a 2022, resolvieron acciones de precario.<sup>15</sup> De estas, 344 resuelven el problema de la legitimidad del demandado para detentar el bien, esto es, acerca del requisito de que la tenencia del ocupante sea “sin previo contrato” y “por ignorancia o mera tolerancia”.

De la lectura de dichas sentencias, es posible apreciar dos grandes grupos de justificaciones mediante las que el demandado busca legitimar su ocupación de la cosa: extrapatrimoniales y patrimoniales. Dentro de las primeras, destacan el matrimonio, las relaciones de hecho y los vínculos de parentesco.

---

<sup>13</sup> SELMAN (2018), p. 342; ROSTIÓN (2013), p. 193; DOMÍNGUEZ (1992), pp. 211.

<sup>14</sup> Un examen de las sentencias dictadas con ocasión del precario muestra que el problema de la legitimidad es, al menos cuantitativamente, el más importante. Así, de un grupo de 437 sentencias dictadas por la Corte Suprema, en 344 se discutió sobre la legitimidad del demandado. En el mismo sentido, ORREGO (2016), p. 334.

<sup>15</sup> Si bien entre los años 2005 y 2022 se pueden encontrar 1203 fallos cuyo conflicto central es el precario del inciso 2° del artículo 2195, no todos ellos resuelven temas de fondo, la gran mayoría se limita a cuestiones procesales, como, por ejemplo, la manifiesta falta de fundamento del recurso o la improcedencia para modificar los hechos asentados por los tribunales de instancia. Tales sentencias no fueron consideradas para efectos de este trabajo. De este modo, la metodología de búsqueda se realizó en la página web del Poder Judicial, corroborada posteriormente con el “Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema”, disponible en: <https://juris.pjud.cl/busqueda>.

Respecto del segundo grupo, encontramos casos en que el demandado aduce la existencia de un determinado derecho real sobre la cosa (usufructo, uso o habitación o servidumbre) o, bien, la existencia de un determinado contrato.

Esta última situación –la argumentación mediante la existencia de un contrato– es la más numerosa, encontrándose 189 sentencias. Los contratos más utilizados fueron: arrendamiento (57 sentencias), la promesa (47 sentencias), la compraventa (38 sentencias), el comodato (24 sentencias), la cesión de derechos (11 sentencias). Sin embargo, también se invocó el contrato de trabajo, el mandato, la permuta, la donación, la transacción, la mediería y el contrato de suministro.

En fin, en este trabajo, ya lo hemos señalado, nos enfocaremos en el contrato de promesa, pues además de ser uno de los contratos que con mayor frecuencia se invoca por los demandados, es donde, en nuestra opinión, se puede apreciar con mayor claridad las dos líneas jurisprudenciales ya mencionadas. El arrendamiento y la compraventa presentan otras aristas que serán objeto de un trabajo posterior.

#### **IV. LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES**

Como se señaló, el problema más relevante –al menos cuantitativamente– que presenta el precario del inciso 2º del artículo 2195 CC es respecto a la legitimidad del demandado. En otras palabras, lo que busca resolver la Corte Suprema es una cuestión semántica: ¿qué significan las expresiones “sin previo contrato” y “por ignorancia o mera tolerancia del dueño”?

Es en este contexto que se presentan las dos líneas jurisprudenciales a las que hemos hecho mención, pues, en cierto modo, ambas buscan dotar de significado a las expresiones “sin previo contrato” y “por ignorancia o mera tolerancia del dueño”, aunque de manera incompatible.

##### **4.1 Cualquier contrato: la primera línea jurisprudencial**

A esta primera línea jurisprudencial la denominaremos, “inmanente” o “abstracta”.

La razón se debe a que la forma mediante la cual se busca dotar de significado a las expresiones “sin previo contrato” y “por ignorancia o mera tolerancia del dueño” del inciso 2º del artículo 2195 proviene de los mismos conceptos; como si los términos tuvieran un significado propio, el cual está descontextualizado de las reglas generales, tanto del derecho de contratos, como del derecho de bienes, es decir, funcionaría haciendo abstracción de ellas.

En efecto, si se presta atención a las sentencias, se descubre que, para esta línea jurisprudencial, basta que haya existido cualquier contrato que sirva, en abstracto –esto es, no necesariamente respecto del dueño, según las reglas generales– para justificar la tenencia de la cosa. En otras palabras, bastaría con que el demandado invocara la existencia de un contrato, aun cuando quien busque recuperar la cosa no sea alcanzado por sus efectos ni haya participado en él, para descartar la acción de precario. Existiría así un significado inmanente de las expresiones que, como se ha dicho, funciona haciendo abstracción de las reglas generales.

Pues bien, respecto de esta línea, encontramos 18 sentencias. Los casos que ellas resuelven presentan semejanza estructural. En todos ellos la situación puede describirse en

los siguientes términos: el demandante es el poseedor inscrito (sino dueño) quien no detenta materialmente el bien. El demandado, por su parte, está ocupando la cosa, y no controvierte el derecho real de dominio del demandante, sino que alega la existencia de un contrato de promesa para justificar su ocupación.

El primer caso de esta línea jurisprudencial lo encontramos en la sentencia de 9 de septiembre de 2009.<sup>16</sup> En ella, el demandante que es dueño del bien acciona de precario contra el demandado, quien aduce la existencia de un contrato de promesa de compraventa suscrito con el anterior propietario.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto en contra la sentencia de apelaciones que confirmó la de instancia, la cual rechazó la demanda de precario, sostuvo lo siguiente:

5°.- Que en la sentencia cuestionada, los jueces del grado han concluido que se encuentra acreditado que el demandante es dueño del inmueble, el que se encuentra ocupado materialmente por el demandado. Asimismo, éste último ha demostrado la existencia de un título, consistente en un contrato de promesa de compraventa suscrito con el anterior dueño de la propiedad, que justifica su tenencia y que es lo suficientemente apto para liberar al demandado de hallarse en la situación de precario;

6°.- Que de conformidad con lo reseñado en el motivo que precede, se observa que los sentenciadores al rechazar la demanda de precario, han hecho una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, por cuanto el precario supone una total desvinculación del demandado con el bien que ocupa, lo que no ocurre en la especie, por haber celebrado éste un contrato de promesa con el anterior dueño.

Un segundo ejemplo se puede rastrear en la sentencia de 1 de junio de 2016.<sup>17</sup> Sintéticamente, los hechos son los siguientes: con fecha 17 de diciembre de 1984, el demandante, dueño del inmueble, celebró un contrato de promesa compraventa con la tía del demandado quien pagó la totalidad del precio pactado. Luego, la promitente compradora fallece y es su sobrino quien, debido a su parentesco y con su consentimiento, continuó ocupando el bien inmueble objeto del juicio.

En instancia, los sentenciadores rechazaron la demanda de precario, toda vez que el demandado no ocupa el inmueble solo por la ignorancia o mera tolerancia del dueño, pues este último conocía de la existencia del contrato de promesa de compraventa, dado que lo celebró con una tercera persona.

A su respecto, la Corte Suprema sostuvo:

Quinto: Que el artículo 2195 del Código Civil, en su inciso segundo, señala que el precario se configura sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, lo que implica la concurrencia copulativa de la ausencia de título por un

<sup>16</sup> *Pizarro con Ale* (2009). En el mismo sentido: *Reyes con Espinoza* (2015), *Rentas e Inversiones Ainoha Limitada con Sociedad Maderera Forestal e Industrial Curanco Limitada* (2016), *Bustos con Quiroz* (2020), *Navarro con Barrera* (2020), *Oria con Guajardo* (2017).

<sup>17</sup> *Bezemer con Paisil* (2016). En similar sentido: *Espinoza con Jorquera* (2020). Para ORREGO (2016), p. 350, en cambio, en una hipótesis como esta, “el contrato de promesa sí es oponible al demandante, pues fue parte en el mismo, aun cuando el demandado y actual tenedor del inmueble, a su vez, no haya sido parte en él”.

lado, y de la tolerancia o ignorancia por el otro. A su vez, el título habilitado para enervar la acción de precario debe referir a la tenencia de la cosa, lo que ocurre en el caso de autos, pues el contrato suscrito por el demandante con doña (...), vinculada al demandado, justifica la tenencia del inmueble, concluyendo la existencia de un justo título.

Un tercer ejemplo respecto a esta tendencia nos lo entrega la sentencia de 3 de marzo de 2020.<sup>18</sup> En ella, el demandante, dueño del inmueble en virtud de un contrato de compraventa celebrado con la anterior propietaria del bien con fecha 5 de abril de 2018, interpone acción de precario contra el demandado, quien, a su vez, celebró un contrato de promesa de compraventa con la antecesora del dominio, con fecha 29 de noviembre de 2000.

La Corte Suprema señaló:

Cuarto: Que, en el mismo orden de ideas, debe recordarse, como esta Corte lo ha señalado reiteradamente, que la figura jurídica del precario obedece estrictamente a una cuestión de hecho, y que la consecuencia jurídica que la ley prevé para ello, se enerva en caso que el tenedor acredite que obra a su favor alguna justificación para ocupar la cosa objeto del litigio, aparentemente sería o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea de lo aparentemente ajeno. En virtud de aquello es que es posible sostener que el título al que se refiere el inciso 2° del artículo 2195 ya mencionado, corresponde a uno que permita constatar la presencia de una determinada situación jurídica que descarte que la ocupación de la cosa es simplemente sufrida o soportada por su actual dueño, y no a que emane de aquél ni que se trate de uno que cumpla con la ritualidad que le sea aplicable, por ende, es suficiente que permita desvirtuar que el origen de la ocupación de la cosa se sustenta en una situación de hecho exclusivamente soportada por el dueño que exige recuperarla (así se sostiene en las sentencias dictadas en los procesos número 8.054-17, 11.720-17, 34.172-17, 37.898-17 y 10.323-17 de esta Corte).

En consecuencia, habiéndose acreditado que el demandado ocupa el inmueble en virtud de un contrato de promesa celebrado con quien vendió el mismo bien al actor y que comenzó la tenencia autorizado por el propio contrato, necesariamente se debe concluir que la tenencia del bien materia del juicio no obedece a su mera tolerancia, sino que está provista de justificación en razón de dichos actos que, conforme lo antes reflexionado, resultan suficientes para concluir que no se está en presencia de un precario.

Un cuarto ejemplo lo encontramos en la sentencia de 4 de septiembre de 2014,<sup>19</sup> en donde el contrato de promesa invocado fue suscrito, en el año 2002, por el anterior propietario del inmueble y no, en cambio, por el demandante. La Corte Suprema señaló lo que sigue:

Tercero: Que del tenor del libelo por el que se interpone el recurso de casación en estudio se puede comprobar que la recurrente considera que los jueces de la instancia contravinieron el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, según el cual, el precario consiste en la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Sin embargo, la actora no se hace cargo

<sup>18</sup> *Rivera con Soto* (2020). En similar sentido: *Ventana Urbana Limitada con Cabrera Riffó* (2019), *Torres con Lagos* (2020), *Gutiérrez y otros con Zurita* (2017).

<sup>19</sup> *Moreira con Jara* (2014). En similar sentido: *Fiedler con Vea* (2009), *Vergara con General* (2016).

en el recurso que en la presente causa quedó establecido por los tribunales del fondo que, no obstante haberse acreditado el dominio de la actora y la ocupación de la demandada, se comprobó la existencia de un título oponible a la demandante –la existencia del contrato de promesa de compraventa suscrito entre su predecesor y la demandada–, conforme al cual, ésta dio inicio a la ocupación de la propiedad cuya restitución se solicita. En razón de lo anterior, resulta evidente que en este caso no se satisfacen las exigencias de la norma decisoria de la litis que se denuncia infringida, ya que la tenencia de la demandada no tiene su origen en la simple ignorancia o mera tolerancia de la actora, sino más bien, en un vínculo de naturaleza contractual que, independiente de sus alcances jurídicos, le permitió comenzar a ocupar la propiedad objeto del juicio, lo que resulta incompatible con la situación de hecho en la que consiste el precario. En este contexto, carece también de fundamento la pretendida infracción a las otras normas legales denunciadas, ya que las supuestas contravenciones legales descansan sobre un mismo hecho que se ha tenido por establecido, esto es, que la ocupación de la demandada está legitimada por un vínculo contractual previo.

Un último ejemplo se encuentra en sentencia de 28 de noviembre de 2019.<sup>20</sup> Los hechos son los siguientes: los demandantes son poseedores inscritos del bien raíz, el cual adquirieron por tradición, en virtud de una compraventa suscrita en 2016 con el anterior propietario. Este último, con fecha 26 de mayo de 1982, celebró un contrato de promesa con el padre del demandado, por el cual prometió vender el inmueble, pactándose un precio de \$500.000, el cual se pagó en su totalidad. Luego, el promitente comprador pasó a ocupar el inmueble, autorizando a su hijo a que también lo ocupara.

Ante esta situación, la Corte Suprema sostuvo:

Quinto: Que debe recordarse, como esta Corte lo ha señalado reiteradamente, que la figura jurídica del precario obedece estrictamente a una cuestión de hecho, y que la consecuencia jurídica que la ley prevé, se enerva en caso que el tenedor acredite que milita a su favor alguna justificación para ocupar la cosa objeto del litigio, aparentemente seria o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea de lo aparentemente ajeno. En virtud de aquello, es posible sostener que el título al que se refiere el inciso 2° del artículo 2195 del código ya mencionado, corresponde a uno que permita constatar la presencia de una determinada situación jurídica que descarte que la ocupación de la cosa sea simplemente sufrida o soportada por su actual dueño, y no que emane de éste ni que se trate de uno que cumpla con la ritualidad que le sea aplicable, por ende, es suficiente que permita desvirtuar que el origen de la ocupación de la cosa se sustenta en una situación de hecho exclusivamente soportada por el dueño que exige recuperarla (así se sostiene en las sentencias dictadas en los procesos número 8.054-17, 11.720-17, 34.172-17 , 37.898-17 y 42.625-2017).

(...)

Séptimo: Que, en consecuencia, se hace necesario dilucidar el sentido y alcance de la expresión ‘sin previo contrato’, y al respecto es dable señalar que si bien la ley define lo que es contrato en el artículo 1438 del Código Civil como el ‘acto

<sup>20</sup> *Pino y otra con Parada* (2019). En similar sentido: *Bravo con Manzo* (2017), *Olivares y otros con Lagos* (2018).

por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa’, en la especie debe dársele un sentido más amplio, y debe entenderse como ‘título’, esto es, un antecedente jurídico al que la ley reconozca la virtud de justificar la ocupación.

Octavo: Que, en concordancia con lo reflexionado, cabe concluir que el título referido en la motivación sexta de esta sentencia, es suficiente para rechazar el precario, en cuanto es una institución destinada a regular situaciones puramente de hecho y, en consecuencia, no es la vía para obtener la restitución del inmueble.

Los casos citados a propósito de esta primera línea jurisprudencial muestran que, en opinión de la Corte, bastaría un contrato de promesa, aunque quien ejerce la acción de precario no haya participado en él ni, según las reglas generales, resulte alcanzado por sus efectos,<sup>21</sup> para enervar la acción de precario, dejando sin defensa al dueño.

#### 4.2 No cualquier contrato: la segunda línea jurisprudencial

A la segunda línea la denominaremos, “refleja” o “concreta”, dado que, a diferencia de la calificada como “inmanente”, el sentido de las expresiones “sin previo contrato” y “por ignorancia o mera tolerancia del dueño” no debe buscarse en los mismos conceptos, sino que fuera de ellos. En otras palabras, el sentido de los términos se busca en otro lugar: reflejamente, en las reglas generales del derecho de contratos y el derecho de bienes. Por este motivo es que el análisis debe examinar, a la luz de las normas sobre el dominio y los contratos, las particularidades del antecedente que esgrime el detentador; de allí su carácter concreto.

De este modo, esta línea jurisprudencial busca otorgarle significado a las expresiones del inciso 2° del 2195 CC mediante una interpretación contextualizada de las reglas generales, reflejando el sentido de estas. Así, para esta línea, no basta la existencia de un contrato en abstracto, sino que es necesario que, en concreto, dicho contrato limite, según las normas generales, el derecho de dominio –*ex* artículo 582 CC– de quien ejercer la acción de precario, imponiéndole la obligación de tolerar el uso que el demandado hace de su cosa.

Tratándose de esta línea jurisprudencial, encontramos 25 casos.

Nuevamente, cabe tener presente la misma prevención hecha más arriba, esto es, que la estructura de todos los casos es muy similar.

Un primer ejemplo se puede rastrear en la sentencia de 12 de noviembre de 2009.<sup>22</sup> La demandante acreditó su dominio respecto del inmueble, en cambio, la demandada no logró probar que su tenencia estuviera amparada por un contrato, pues la promesa invocada por ella –celebrada con el hermano del cónyuge de la demandante, por la que se pagó \$1.000.000– fue declarada resuelta en un juicio diverso. En consecuencia, la Corte Suprema señaló:

Sexto: (...) Que de lo anterior se desprende que un elemento inherente del precario constituye una simple situación de hecho, la absoluta y total ausencia de

<sup>21</sup> Una excepción podría ser la sentencia de 1 de junio de 2016 ya citada en la que el demandado es el sobrino de la persona que había celebrado el contrato de promesa sobre su inmueble, sin embargo, la sentencia no indica que se trate de un heredero.

<sup>22</sup> *Lavoz con Lara* (2009). En similar sentido: *Estay con Becerra* (2009), *Illanes con Arellano* (2014).

todo vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor de la cosa, esto es, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante. En consecuencia, la cosa pedida en la acción de precario, esto es, la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su justificación en la carencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma;

Septimo: Que el título esgrimido por los demandados para justificar su ocupación corresponde a un contrato privado de promesa de compraventa celebrado con fecha 20 de febrero de 2007, entre doña Romina Elisabett Llanquimán Lara y don Emilio Ortiz Muñoz, quien actúa como ‘agente oficioso y por impedimento de su hermano’ Arturo Ortiz Muñoz, contrato que se declaró resuelto por sentencia de veintinueve de julio de 2008 y que se inició por una demanda deducida por don Ricardo Morales Guarda, abogado, en representación de doña Romina Elisabett Llanquimán Lara, lo que en definitiva, determinó a los sentenciadores concluir que la demandante, dueña inscrita del inmueble, no se encontraban en el imperativo de tolerar dicha ocupación. Luego, resulta indiscutible la ausencia de vinculación entre la demandante y los demandados.

Un segundo caso se encuentra en sentencia de 17 de marzo de 2011.<sup>23</sup> Los hechos son los siguientes: el demandante es dueño del bien raíz objeto del juicio, que es ocupado por el demandado. Ambos suscribieron, con fecha 23 de junio de 1994, un contrato de promesa de compraventa, estipulándose que la entrega material del inmueble se efectuaría el día en que se cursara el crédito hipotecario respectivo y se pagara el 75% del valor de la propiedad. Finalmente, el contrato definitivo no se celebró.

Por su parte, la Corte Suprema señaló:

Noveno: Que sobre la base de los hechos descritos en el motivo segundo, los jueces de segundo grado confirmaron la sentencia de primera instancia, que resolvió acoger la demanda de precario, fundada en que, por una parte se probó el dominio del demandante sobre el terreno materia del litigio, como asimismo, la ocupación de aquel por parte del demandado.

Finalmente, tuvo por acreditado que el demandado ocupa la propiedad por mera tolerancia del actor, ya que si bien invocó como título que lo habilitaría para la ocupación del inmueble, un contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes el 23 de junio de 1994, la sentenciadora de primer grado dio por establecido que si se produjo la entrega al promitente comprador de la cosa objeto del contrato prometido, ello quedó sujeto al evento de celebrarse el contrato prometido una vez verificada la condición o llegado el plazo pactado, lo que no configura un título permanente de tenencia y no autoriza a aquel para mantenerse en ella para siempre, puesto que no se cumplieron las modalidades del contrato de promesa celebrada entre las partes.

---

<sup>23</sup> *Thompson con Melo* (2011). En similar sentido: *Inmobiliaria Geosal S.A con Valenzuela Vallejos* (2015), *Inmobiliaria Valle La Dehesa S.A. con Moreno Pizarro* (2015), *Mejía con Servicios de Hotelería* (2016), *Rojas con Muñoz* (2016), *Del Transito con Carrion* (2017).

Un tercer ejemplo se desprende de la sentencia de 25 de marzo de 2013.<sup>24</sup> En el caso, los demandantes son dueños del inmueble materia del juicio; la demandada lo ocupa, previa celebración el 7 de diciembre de 2006, de contrato de promesa con el anterior propietario del bien raíz, quien los autorizó a ocupar el inmueble. Finalmente, entre las partes del litigio no existió contrato de ninguna especie.

La Corte Suprema sostuvo:

Décimo: Que en lo que respecta al contrato de promesa de compraventa, cuya calificación concita justamente el reparo de nulidad por parte del recurrente, no cabe duda que se tratará de un título idóneo y con la fuerza necesaria para enervar la acción de precario cuando emane del actual dueño y demandante, quien en su calidad de promitente vendedor y, consecencialmente, en virtud de un 'contrato previo', entregó voluntariamente la cosa al promitente comprador y actual ocupante.

Ahora bien, diversa es la situación cuando la promesa de compraventa emana del anterior dueño de la cosa, puesto que en este caso, este instrumento, considerado como tal, no constituye título suficiente que pueda esgrimirse respecto del actual propietario del bien, precisamente por el efecto relativo de los contratos, que impide oponerlos a los terceros que no son parte en los mismos, puesto que lo que por él se trata produce efecto obligatorio pleno para las partes y no alcanza a terceros, es res inter alios acta para el adquirente. Dicho de otro modo, este título per se, no resulta oponible al demandante dueño inscrito del inmueble, esto es, no le empece, no porque no emane de él, sino porque no obliga al propietario, de forma tal que no se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación y, por ello, la ley lo ampara en su derecho a rescatar la tenencia de la propiedad, a fin de ejercer en forma plena los atributos que reconoce al dominio. En efecto, tal contrato por su naturaleza, no es idóneo para conferir al promitente comprador la tenencia material de la cosa prometida, desde que únicamente impone a las partes contratantes la obligación de otorgar el contrato prometido, es decir, permite enderezar acciones sólo respecto de quienes concurrieron con su voluntad a su suscripción, lo que evidentemente resulta ajeno al actor y, por ello, no acredita relación contractual alguna entre las partes de un litigio como el de autos;

Undécimo: Que distinta es la situación que se produce cuando el promitente vendedor, aunque se trate de un antecesor del actual propietario, ha procedido o autorizado la entrega provisoria, sea verbalmente o mediante cláusula contractual contemplada en el respectivo contrato preparatorio, para que el promitente comprador tenga la cosa prometida, en cuyo caso la promesa de compraventa no constituye el verdadero fundamento de la tenencia, sino que esa autorización o entrega voluntaria dada por el promitente vendedor, que confiere el título de mera tenencia del ocupante. Ante la hipótesis descrita, corresponderá el rechazo de la acción de precario.

---

<sup>24</sup> *Bustamante con Soto* (2013). En similar sentido: *Alfaro con Nahuelcura* (2007), *Inostroza con Meyer* (2013), *Readerch con Umaña* (2009), *Banco de Chile con Garrido Araya* (2009), *Inmobiliaria Guayquirai S.A. con Tacchini Villalobos* (2010), *Díaz con Ferrada* (2013).

Un cuarto caso se encuentra en la sentencia de 16 de abril de 2015.<sup>25</sup> Acá, el demandado invocó un contrato de promesa celebrado con fecha 12 de julio de 1993 con el antecesor en el dominio de la propiedad, mediante el cual el bien fue entregado a la demandada, quien, a su vez, pagó una importante parte del precio. Por su parte, se acreditó que la demandante es poseedora inscrita del inmueble, el que adquirió por compraventa celebrada el año 2013 con un tercero quien, a su vez, lo adquirió del promitente vendedor.

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda, indicó lo siguiente:

Noveno: Que, en concordancia con lo reflexionado, cabe concluir que el título consistente en un contrato de promesa de compraventa suscrito entre uno los antecesores en el dominio de la propiedad y la actual ocupante resulta oponible a la dueña del bien raíz, desde que si bien puede considerarse que sólo genera derechos personales entre el promitente vendedor y la promitente compradora, en este caso específico, medió la entrega del inmueble y el aludido contrato de promesa se inscribió en el registro pertinente con anterioridad al de compraventa suscrito por la demandante. En ese contexto, la actora se encuentra en la posición jurídica de respetar la tenencia que deriva del título que se invoca, no sólo porque un antecesor en el dominio contribuyó a la generación del título, sino también porque la ocupación de la demandada le era conocida, lo que hace inconcurrente la necesaria condición que debe ir unida a la ausencia de título, cual es, la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Finalmente, un quinto ejemplo se encuentra en sentencia de 3 de enero de 2020.<sup>26</sup> Los hechos son, sintéticamente, los que siguen: la demandante es poseedora inscrita del bien inmueble objeto del juicio, el cual adquirió por tradición, en virtud de una adjudicación, el 29 de noviembre de 1998. La demandada, por su parte, lo ocupa actualmente. Con fecha 25 de febrero de 2002, ambas celebraron un contrato de promesa de compraventa, estipulando, en dicha ocasión, que el inmueble sería entregado a la promitente compradora con fecha 15 de marzo de 2002.

La Corte Suprema indicó:

Sexto: Que, como se dijo, se tuvo por establecido como hecho que la demandada ocupa el inmueble reclamado desde el 15 de marzo de 2002, en virtud de un contrato de promesa de compraventa celebrado con la demandante respecto del bien raíz objeto de juicio, de modo que su introducción en el inmueble, fue consecuencia del vínculo jurídico con su dueña.

Séptimo: Que, de esta manera, se puede concluir que la tenencia u ocupación de la propiedad por parte de la demandada no deriva de ‘una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia’ de la actora, sino que de una relación contractual previa, título que, en opinión de esta Corte, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que

<sup>25</sup> *Osses Díaz con Zúñiga Ávila* (2015). En similar sentido: *Sanguinetti con Van Dyck* (2015), *Toledo con Cortés* (2016), *Macaya con Valeria* (2016), *Ramírez con Arangua* (2017), *Inversiones Herbage Clan SpA con Muñoz Romero* (2017), *Comejo con Moya* (2015), *Velarde y Tobar con Neculhueque y Urzúa* (2022).

<sup>26</sup> *Leiva con Hernández* (2020).

lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, ocupa el bien raíz no por ignorancia ni por mera tolerancia de la actual dueña, sino por una causa jurídicamente relevante, de manera que no se configuran los presupuestos del referido artículo 2195 del Código Civil, de tal manera, que la acción de precario no es la idónea para reclamar la restitución del inmueble.

Pues bien, las sentencias presentadas enseñan que, en ocasiones, la Corte ha entendido que no basta cualquier contrato, sino que se requiere uno que, según las reglas generales, le imponga al dueño un deber de tolerar la detentación que realiza el demandado.

## V. DE LA MERA FACTICIDAD A LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA ARMÓNICA

Una mirada a las sentencias consideradas y a aquellas simplemente mencionadas en este trabajo muestra que, con frecuencia, los tribunales caracterizan el precario del inciso 2° del artículo 2195 como una cuestión estrictamente de hecho<sup>27</sup> o una situación estrictamente de hecho.<sup>28</sup> En nuestra opinión, se trata de una forma desafortunada de caracterizarlo.

Es desafortunada pues pareciera indicar que cualquier antecedente que pueda calificarse como jurídico resulta suficiente para enervar la acción de precario. Creemos que no es así, ya que aún si lo que hay es algo más que mera facticidad, es decir, aún si existe o existió algún antecedente jurídico que, en algún momento, justificó la detentación material del ocupante al tiempo en que el tribunal conoce de la acción de precario, este debe exigir ciertas cualificaciones a dicho antecedente.

En primer lugar, su vigencia.<sup>29</sup> Tratándose de otras defensas –señaladamente el matrimonio– la caracterización del precario como una situación estrictamente de hecho ha llevado en ocasiones a la Corte Suprema a considerar que un matrimonio ya disuelto por sentencia firme de divorcio o por muerte de uno de los cónyuges es suficiente para enervar la acción de precario.<sup>30</sup> Nuestra búsqueda relativa al contrato de promesa no arrojó sentencias en este sentido. Por el contrario, en todas las ocasiones que el contrato de promesa ha perdido eficacia, la Corte ha considerado que su invocación no es suficiente para enervar la acción de precario.

Así, por ejemplo, la sentencia de 9 de julio de 2015.<sup>31</sup> En este caso, se acreditó que el demandante es dueño del inmueble cuya restitución se reclama, el cual está siendo ocupado por la demandada en virtud de una promesa de compraventa suscrita con el anterior propietario. Sin embargo, en un juicio arbitral se declaró la imposibilidad de cumplir con la

<sup>27</sup> *Reyes con Espinoza* (2015), *Rentas e Inversiones Ainoha Limitada con Sociedad Maderera Forestal e Industrial Curanco Limitada* (2016), *Bravo con Manzo* (2017), *Gutiérrez y otros con Zurita* (2017).

<sup>28</sup> *Inmobiliaria Geosal S.A con Valenzuela Vallejos* (2015), *Lavoz con Lara* (2009), *Illanes con Arellano* (2014), *Vergara con General* (2016).

<sup>29</sup> RAMOS (1987), pp. 14-15. Citando un caso en que se invoca un contrato de mandato, *ROSTIÓN* (2013), p. 63.

<sup>30</sup> Tratándose del divorcio puede consultarse la sentencia *Lincopi con Reyes* (2017). Respecto de la muerte de uno de los cónyuges, *García con Sepúlveda* (2017).

<sup>31</sup> *Inversiones El proyecto ltda. con Bosco Masjuan* (2016). En similar sentido: *Thompson con Melo* (2011), *Lavoz con Lara* (2009).

promesa, por lo que se tuvo dicho contrato por ineficaz. Ante esta situación, la Corte Suprema señaló:

4°.- Con esos antecedentes de hecho, los jueces del fondo estimaron que el título invocado había perdido eficacia, dejando de ser oponible al demandante, lo que los llevó a acoger la acción;

5°.- La infracción de ley que se viene denunciando gira en torno a la eficacia del título alegado para justificar la ocupación del bien, que según el impugnante descarta la mera tolerancia en que se apoya la pretensión, cuanto más si se tiene en cuenta que la presencia del perseguido era conocida por el demandante;

6°.- El inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil exige en el precario la ausencia de justificación jurídica de la ocupación, de manera que ésta responda únicamente a la ignorancia o mera tolerancia del dueño, lo que implica la concurrencia copulativa de la ausencia de título, por un lado, y la tolerancia o ignorancia, por el otro.

Ello requiere de un título habilitado para enervar la acción, lo que en la especie no ocurre, habida cuenta el mérito de la comentada sentencia firme.

He aquí una primera cualificación. No es necesario que la situación sea estrictamente de hecho; puede ser que el ocupante, originalmente, haya ocupado el inmueble en virtud de un antecedente jurídico que lo legitimaba y cuya eficacia, sin embargo, se ha perdido. La razón debería resultar perfectamente obvia: una vez que el antecedente pierde eficacia, la ocupación únicamente se explica por la ignorancia o tolerancia del dueño.

La segunda cualificación asume que, al momento en que se ejerce la acción de precario existe un antecedente jurídico (el contrato de promesa), que no ha perdido su eficacia. Pero eso no basta. Es necesario que, según las reglas generales, en virtud de ese antecedente, el dueño deba tolerar la ocupación.<sup>32</sup>

Para desarrollar esta idea, habrá que tener presente que la diferencia entre las dos líneas jurisprudenciales que se han identificado consiste en la razón por la cual el dueño debe tolerar la ocupación o, al menos, no dispone de la acción de precario para ponerle fin.

En alguna ocasión esa discusión se ha planteado en términos de si el contrato (en este caso, la promesa) resulta o no oponible al dueño.<sup>33</sup> Probablemente, no sea la forma más correcta de plantearla.

Entendiendo la oponibilidad como la aptitud –en este caso, de un contrato de promesa– de hacerse valer ante terceros,<sup>34</sup> por definición, cada sentencia de la Corte Suprema que considera el contrato de promesa como un antecedente suficiente para enervar la acción de precario, lo hace porque estima que es oponible al verdadero dueño. Sería una contradicción en los términos afirmar que el contrato de promesa no se puede hacer valer en contra del dueño y, a la vez, fallar, que es suficiente para enervar la acción de precario. De

<sup>32</sup> ATRIA (2017), 81.

<sup>33</sup> HALABI y SAFFIRIO (1996), pp. 71-75; ROSTIÓN (2013), pp. 36-44; RAMOS (1987), pp. 12-13; LARROUCAU y ROSTIÓN (2013), pp. 78-79; ORREGO (2016), pp. 342-345; DE LA MAZA (2010), pp. 179-182; ALCALDE (2016), p. 305.

<sup>34</sup> VIDAL (2006), pp. 63-65; DOMÍNGUEZ (2020), pp. 415-418.

hecho, como ya se ha visto, la Corte ha fallado que el contrato debe ser oponible al dueño y fallado que un contrato celebrado con un antecesor en el dominio del dueño lo es.<sup>35</sup>

De esta manera, lo que divide a las dos líneas jurisprudenciales no es que una (la refleja) exija que el contrato de promesa sea oponible al actual dueño y la otra (la inmanente) estime lo contrario; la división se genera en torno a qué determina esa oponibilidad.

Nuestra hipótesis es la siguiente: para la línea que hemos denominado “inmanente” o “abstracta”, dicha oponibilidad se justifica exclusivamente en una interpretación descontextualizada del texto del inciso 2º del artículo 2195. Para la línea calificada como “refleja” o “concreta”, en cambio, se justifica en una interpretación del precepto armónica con las normas del derecho de contratos y del derecho de bienes.

En efecto, por lo que toca a la primera, ¿por qué podría entenderse que un contrato de promesa se puede hacer valer frente a un tercero –en este caso, el dueño– en su detrimento?

Para responder a esta pregunta, resulta útil considerar una opinión que manifiestan López y Elorriaga quienes, siguiendo a Domínguez, señalan que los contratos son oponibles a terceros en la medida en que: “(...) nadie puede desconocer el contrato convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir, ni privar, ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato”.<sup>36</sup> Es cierto, hay un “radio de repercusión”<sup>37</sup> que alcanza a los terceros en términos que no pueden desconocer el contrato. Con el dueño, sin embargo, no es una cuestión de oponibilidad, sino de efectos relativos del contrato. Es en virtud del contrato –del artículo 1545 CC– que el dueño debe respetar la ocupación del inmueble. La cuestión que se suscita en el tipo de casos que interesa a este trabajo es que la calidad de contratante y dueño, que en un momento se reunían en una misma persona, se disocian. Quien interpone la acción de precario no participó del contrato; es, a la vez, dueño de la cosa y un tercero respecto del contrato. Pues bien, como se ve, la peculiaridad de estos casos es que el contrato intenta hacerse valer contra el dueño.

¿Qué es lo que permite hacerlo de esta manera? Desde luego, no una norma que explícitamente permita hacerlo como el artículo 1.124 del Código Civil francés.<sup>38</sup> Tampoco, al menos en ninguna de las sentencias que se han tenido a la vista, se justifica la oponibilidad del contrato de promesa en un supuesto de fraude civil.<sup>39</sup> ¿Y entonces? Entonces, en aquellos casos en que se sigue lo que aquí se ha denominado, la “línea inmanente”, la Corte desprende la oponibilidad de la figura del precario del propio inciso 2º del artículo 2195.

En nuestra opinión, esto es un error. En otro lugar, uno de nosotros se ha ocupado de explicar por qué esa interpretación no es correcta.<sup>40</sup> Aquí nos interesa recordar un argumento

<sup>35</sup> *Moreira con Jara* (2014).

<sup>36</sup> LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 393.

<sup>37</sup> LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 393.

<sup>38</sup> El artículo 1.124 inc. 3º del Código Civil francés dispone: “El contrato celebrado en incumplimiento de la promesa unilateral con un tercero que conociere su existencia será nulo”. Traducción disponible en: [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Projet\\_reforme\\_contrats\\_2015\\_ESPAGNOL.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Projet_reforme_contrats_2015_ESPAGNOL.pdf)

<sup>39</sup> Si bien no fue posible encontrar sentencias respecto al fraude civil a propósito del contrato de promesa, sí fue posible encontrar sentencias a propósito del matrimonio, particularmente los votos de minoría de los fallos *Roa con Daille* (2020) y *Sáez con Oñate* (2019).

<sup>40</sup> DE LA MAZA (2022).

de carácter general y añadir uno más relativo a la situación particular del contrato de promesa.

Por lo que toca al argumento de carácter general, lo que con cierta frecuencia estima la doctrina, es que la acción de precario es una de carácter real cuyo objetivo consiste en cubrir un vacío dejado en la tutela del dominio en virtud de la teoría de la posesión inscrita.<sup>41</sup> Si se acepta una cierta lectura del artículo 915 que ha ganado aceptación entre los autores,<sup>42</sup> el caso es que uno de los supuestos más frecuentes es la presencia de un contrato en el que el dueño no ha participado. Si las cosas se interpretan de acuerdo con la línea inmanente, entonces la creación jurisprudencial resulta más bien impotente para cumplir el objetivo que justifica su creación. Hay, por consiguiente, lo que, con cierta generosidad podría denominarse una “contradicción performativa”.

En lo que concierne al argumento más específico del contrato de promesa, el atractivo de la línea inmanente es que tutela la posición del promitente comprador, cuestión que aparece especialmente atractiva cuando ha pagado el precio. Sin embargo, como la mayoría de los beneficios, tiene un costo, el costo lo paga el dueño que, en este caso, carece de acción para solicitar la restitución de la cosa. Tratándose de un inmueble inscrito, no dispone de la acción reivindicatoria,<sup>43</sup> tampoco, según lo entiende la doctrina mayoritaria, de la acción del artículo 915.<sup>44</sup> La pregunta, entonces es: ¿por qué proteger al contratante en desmedro del dueño? Desde luego, puede plantearse la pregunta inversa, pero en ese caso, la respuesta proviene del hecho que el dueño tiene un derecho sobre la cosa, sin respecto a determinada persona; es la forma de los derechos reales lo que responde a la pregunta acerca de por qué proteger al dueño.<sup>45</sup>

En aquellos casos agrupados bajo la denominación “inmanente”, se aprecia una lectura descontextualizada de las reglas generales, particularmente, en este punto, del derecho de bienes. Entender que basta cualquier contrato –de promesa– para justificar la tenencia del demandado vulneraría el derecho de dominio del dueño *ex* artículo 582 CC, pues es su posición jurídica la que debería prevalecer, salvo que exista una justificación suficientemente poderosa. Y dicha justificación no se encuentra acudiendo a los mismos términos del inciso 2º del 2195, es decir, no se encuentra en la mera existencia de un contrato de promesa, sino en un contrato que genere una obligación para el dueño: la de tolerar el uso que el demandado hace de su cosa.

---

<sup>41</sup> ATRIA (2017), p. 59; HALABI y SAFFIRIO (1996), p. 1; SELMAN (2018), p. 342; LARROUCAU y ROSTIÓN (2013), p. 43; DOMÍNGUEZ (2005), p. 345.

<sup>42</sup> BARRIENTOS (2005), pp. 221-249; SELMAN (2011), pp. 63-65.

<sup>43</sup> PEÑAILILLO (2019), pp. 1455-1456; MEJÍAS (2018), p. 51.

<sup>44</sup> SELMAN (2011), pp. 60-62; TAPIA (2015), pp. 406-412.

<sup>45</sup> La misma idea se extrae de la sentencia *Núñez con Soto* (2016) a propósito de la disolución de la sociedad conyugal entre los cónyuges: “La situación que busca regular el precario es una en que, como sucede en este caso, se contraponen el derecho de dominio por una parte y la mera tenencia por otra; y la pregunta que busca responder el inciso segundo del mencionado artículo es ¿cuál ha de prevalecer? La respuesta que arroja la correcta inteligencia del precepto es que ha de predominar la del dueño, salvo que la tenencia se encuentre justificada. Pero no justificada en abstracto, pues esto limitaría la protección del dominio en términos que no resultan consistentes con el ordenamiento jurídico nacional, sino en términos concretos, es decir, respecto del titular del derecho de dominio. De esta manera, resulta totalmente evidente que el antecedente jurídico que se señala como justificante de la mera tenencia debe resultar oponible al verdadero dueño, pues, cuando así sucede, se comprende perfectamente porque su derecho de dominio se encuentra limitado”.

Esto, por supuesto, no significa que siempre se deba proteger al dueño. Para advertir por qué, resultará útil volver a los artículos 1.124 del Código Civil francés y al fraude civil.

Por lo que toca al artículo 1.124, su inciso tercero dispone que el contrato celebrado en violación del contrato promesa con un tercero que conocía su existencia, es nulo. En lo que se refiere al fraude civil, Domínguez Águila considera como un supuesto frecuente el que para incumplir un contrato de promesa vende la cosa a un tercero,<sup>46</sup> considera, además, que tratándose de una adquisición fraudulenta (en la que el comprador haya sido cómplice del promitente vendedor) dicha adquisición debe resultar inoponible al promitente comprador.<sup>47</sup>

Lo que entonces enseñan estos materiales, es que la protección del dominio no implica necesariamente desatender la tutela del promitente comprador, pero, a diferencia de cómo lo entiende la línea inmanente, debe hacerse manera cualificada, en términos que conviva, de forma armónica con las normas sobre derecho de contratos y derecho de bienes. Esa convivencia armónica, que es la que podría subyacer como justificación de la línea refleja, exige tomarse en serio tanto los límites del contrato como los límites del derecho de dominio.

De esta manera, por regla general, el contrato de promesa en el que no ha participado quien ejerce la acción de precario no debería obstaculizar la restitución que se pretende a través de dicha acción. El dueño tiene un derecho sobre la cosa, a ese derecho no le empecen derechos personales en cuya creación no ha participado ni ha aceptado de otra manera. Sin embargo, y aun a falta de norma expresa, esta especie de inoponibilidad del contrato celebrado en fraude parece ampliamente aceptada.<sup>48</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Como lo adelantamos en la introducción, los objetivos de este trabajo son dos. El primero de ellos consistía en mostrar la existencia de dos líneas jurisprudenciales contradictorias entre sí respecto del contrato de promesa como antecedente jurídico para justificar la ocupación tratándose de acciones de precario.

Según creemos, hemos demostrado la existencia de, por una parte, un conjunto de sentencias que estiman que la presencia de un contrato de promesa, aun cuando, según las reglas generales, no imponga al dueño la obligación de tolerar el uso de la cosa por parte del demandado, esto es, no le sea oponible, ha sido considerado como un antecedente suficiente para enervar la acción de precario. De otra parte, existe otro conjunto de sentencias que limita la promesa como antecedente que justifica la ocupación a aquellas que, según las normas generales, impongan al dueño la obligación de tolerancia respecto de la detentación material por parte del demandado, es decir, le son oponibles.

El segundo objetivo consistía en proponer una cierta racionalización que ordene este estado de cosas. Lo que propusimos es que debe abandonarse la idea de que el precario únicamente procede en virtud de una situación meramente fáctica. Y que, en lo que refiere a las situaciones en que se justifica la ocupación en virtud de un contrato de promesa, deben formularse dos cualificaciones. La primera es que el contrato debe permanecer vigente. La segunda, es que ese contrato debe imponerle al dueño la obligación de tolerar la ocupación

---

<sup>46</sup> DOMÍNGUEZ (1991), p. 18.

<sup>47</sup> DOMÍNGUEZ (1991), p. 32; DE LA MAZA (2019).

<sup>48</sup> LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 400.

que hace el demandado, esto es, debe ser oponible al dueño según las reglas generales. La línea jurisprudencial que hemos denominado “inmanente” se equivoca al considerar que esa oponibilidad puede extraerse del inciso 2° del artículo 2195. No hay ningún antecedente que permita estimarlo así y, en cambio, existen poderosas razones de coherencia para no estimarlo de esa manera.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE, Jaime (2016). “Los supuestos de tenencia reconocidos por el Derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslativo de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oponibilidad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 26, pp. 285-310.
- ATRIA, Fernando (2017). “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario”, *Revista Ius et Praxis*, N° 2, vol. 30, pp. 57-86.
- BARRIENTOS, Javier (2005). “Acción reivindicatoria. Contra quién se puede reivindicar. Actual poseedor. Mero tenedor. Poseedor a nombre ajeno. ‘Posesión material’. Reivindicación de inmueble inscrito. Interpretación del artículo 915. Acción de precario”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4, pp. 221-249.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010). “Contrato de promesa como título frente a demanda de precario”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, pp. 179-185.
- DE LA MAZA, Iñigo (2019). “*Fraus Omnia corrumpit*”, *El Mercurio legal*. Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907789&Path=/0D/D/A/> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022].
- DE LA MAZA, Iñigo (2022). “El matrimonio como límite a la acción de precario”, en prensa.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (1991). “*Fraus Omnia Corrumpit*. Notas sobre el fraude civil”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 189, pp. 7-34.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (1992). “Precario. Comodato precario. Convivencia. Prueba del dominio”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 192, pp. 211-213.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2005). “Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno”, en MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación* (Thomson Reuters), pp. 331-357.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2020). *Teoría general del negocio jurídico* (3° edición, Prolibros), pp. 454.
- HALABI, Fuad y SAFFIRIO, Carlos (1996). *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia* (Editorial Jurídica ConoSur), pp. 117.
- LARROUCAU, Jorge y ROSTIÓN, Ignacio (2013). “Del juicio de precario”, en BARCIA, Rodrigo (coordinador), *Fundamentos de Derechos reales en el Derecho chileno* (Thomson Reuters), pp. 37-105.

- LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián (2017). *Los contratos. Parte general* (Thomson Reuters), pp. 743.
- MEJÍAS, Claudia (2018). *Derecho real de dominio y acción reivindicatoria. Posesión y acciones posesorias* (DER Ediciones), pp. 166.
- ORREGO, Juan Andrés (2016). “La relación entre el precario y un contrato de arrendamiento o un contrato de promesa de compraventa que invoque el tenedor del inmueble: necesidad de uniformar los criterios jurisprudenciales”, en BARRÍA, Manuel (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015* (Thomson Reuters), pp. 333-352.
- PEÑAILLO, Daniel (2019). *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales* (2º edición, Thomson Reuters), pp. 1667.
- RAMOS, René (1987). “Del precario”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 180, año LIV (Jul-Dic, 1986), pp. 7-19.
- ROSTIÓN, Ignacio (2013). *El precario en la jurisprudencia chilena* (Thomson Reuters), pp. 203.
- SELMAN, Arturo (2011). “Artículo 915 del Código Civil: una solución jurisprudencial a la limitación de las acciones tradicionales”, *Revista Ius et Praxis*, N° 1, pp. 57-80.
- SELMAN, Arturo (2018). “Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista”, *Revista Ius et Praxis*, N°, pp. 341-392.
- TAPIA, Mauricio (2015). “Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil”, en M. Barría (Edits.), AA.VV., *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila* (Thomson Reuters), pp. 405-420.
- VIDAL, Álvaro (2006). “El efecto absoluto de los contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 6, pp. 51-85.

**JURISPRUDENCIA CITADA****Chile:**

- Alfaro con Nahuelcura* (2007). Corte Suprema, 1 de agosto de 2007, Rol N° 6191-2005.
- Araya con Salazar* (2004). Corte Suprema, 18 de mayo de 2004, Rol N° 4732-2002.
- Banco de Chile con Garrido Araya* (2009). Corte Suprema, 15 de noviembre de 2009, Rol N° 5802-2008.
- Bezemer con Paisil* (2016). Corte Suprema, 1 de junio de 2016, Rol N° 17110-2016.
- Bravo con Manzo* (2017). Corte Suprema, 25 de mayo de 2017, Rol N° 7094-2017.
- Bustamante con Soto* (2013). Corte Suprema, 25 de marzo de 2013, Rol N° 2489-2012.
- Bustos con Quiroz* (2020). Corte Suprema, 17 de febrero de 2020, Rol N° 2719-2019.
- Cornejo con Moya* (2015). Corte Suprema, 24 de noviembre de 2015, Rol N° 29549-2014.
- Del Transito con Carrion* (2017). Corte Suprema, 29 de mayo de 2017, Rol N° 19606-2016.
- Díaz con Ferrada* (2013). Corte Suprema, 14 de noviembre de 2013, Rol N° 9116-2013.
- Espinoza con Jorquera* (2020). Corte Suprema, 8 de enero de 2020, Rol N° 24631-2018.
- Estay con Becerra* (2009). Corte Suprema, 23 de mayo de 2009, Rol N° 2074-2008.
- Fiedler con Vea* (2009). Corte Suprema, 19 de noviembre de 2009, Rol N° 6520-2009.
- García con Sepúlveda* (2017). Corte Suprema, 10 de abril de 2017, Rol N° 13798-2016.
- Gutiérrez y otros con Zurita* (2017). Corte Suprema, 3 de agosto de 2017, Rol N° 11720-2017.
- Illanes con Arellano* (2014). Corte Suprema, 20 de enero de 2014, Rol N° 11457-2013.
- Inmobiliaria Geosal S.A con Valenzuela Vallejos* (2015). Corte Suprema, 1 de julio de 2015, Rol N° 23118-2014.
- Inmobiliaria Guayquirai S.A. con Tacchini Villalobos* (2010). Corte Suprema, 31 de agosto de 2010, Rol N° 5728-2010.
- Inmobiliaria Valle La Dehesa S.A. con Moreno Pizarro* (2015). Corte Suprema, 6 de mayo de 2015, Rol N° 31723-2014.
- Inostroza con Meyer* (2013). Corte Suprema, 26 de septiembre de 2013, Rol N° 2620-2013.
- Inversiones El proyecto ltda. con Bosco Masjuan* (2016). Corte Suprema, 9 de julio de 2016, Rol N° 3599-2015.
- Inversiones Herbage Clan SpA con Muñoz Romero* (2017). Corte Suprema, 20 de diciembre de 2017, Rol N° 37898-2017.
- Lavoz con Lara* (2009). Corte Suprema, 12 de noviembre de 2009, Rol N° 5907-2008.
- Leiva con Hernández* (2020). Corte Suprema, 3 de enero de 2020, Rol N° 3202-2019.
- Lincopi con Reyes* (2017). Corte Suprema, 9 de marzo de 2017. Rol N° 2870-2017.
- Macaya con Valeria* (2016). Corte Suprema, 28 de marzo de 2016, Rol N° 9978-2011.
- Mejía con Servicios de Hotelería* (2016). Corte Suprema, 14 de marzo de 2016, Rol N° 36764-2015.
- Moreira con Jara* (2014). Corte Suprema, 4 de septiembre de 2014, Rol N° 21323-2014.
- Navarro con Barrera* (2020). Corte Suprema, 5 de febrero de 2020, Rol N° 12853-2019.
- Núñez con Soto* (2016). Corte Suprema, 15 de marzo de 2016, Rol N° 1497-2015.
- Olivares y otros con Lagos* (2018). Corte Suprema, 25 de septiembre de 2018, Rol N° 5505-2018.
- Oria con Guajardo* (2017). Corte Suprema, 29 de noviembre de 2017, Rol N° 248-2017.
- Osses Díaz con Zúñiga Ávila* (2015). Corte Suprema, 16 de abril de 2015, Rol N° 32485-2014.
- Pérez con Express de Santiago Uno S.A.* (2022). Corte Suprema, 8 de junio de 2022, Rol N° 13194-2018.
- Pino y otra con Parada* (2019). Corte Suprema, 28 de noviembre de 2019, Rol N° 18682-2018.
- Pizarro con Ale* (2009). Corte Suprema, 9 de septiembre de 2009, Rol N° 4687-2009.

- Postel y otro con Candia y otro* (2022). Corte Suprema, 27 de mayo de 2022, Rol N° 47320-2021.
- Ramírez con Arangua* (2017). Corte Suprema, 19 de julio de 2017, Rol N° 38353-2016.
- Readerch con Umaña* (2009). Corte Suprema, 10 de noviembre de 2009, Rol N° 6747-2008.
- Rentas e Inversiones Ainoha Limitada con Sociedad Maderera Forestal e Industrial Curanco Limitada* (2016). Corte Suprema, 2 de noviembre de 2016, Rol N° 9088-2015.
- Reyes con Espinoza* (2015). Corte Suprema, 5 de agosto de 2015, Rol N° 11823-2014.
- Rivera con Soto* (2020). Corte Suprema, 3 de marzo de 2020, Rol N° 17024-2019.
- Roa con Daille* (2020). Corte Suprema, 31 de enero de 2020, Rol N° 20918-2018.
- Rojas con Muñoz* (2016). Corte Suprema, 4 de octubre de 2016, Rol N° 43458-2016.
- Sáez con Oñate* (2019). Corte Suprema, 29 de noviembre de 2019, Rol N° 15033-2018.
- Sanguinetti con Van Dyck* (2015). Corte Suprema, 19 de noviembre de 2015, Rol N° 27970-2014.
- Servicio Nacional del Consumidor con Distribuidora de Industrias Nacionales S.A.* (2022). Corte Suprema, 5 de julio de 2022, Rol N° 26548-2021.
- Thompson con Melo* (2011). Corte Suprema, 17 de marzo de 2011, Rol N° 5611-2009.
- Toledo con Cortés* (2016). Corte Suprema, 12 de enero de 2016, Rol N° 920-2015.
- Torres con Lagos* (2020). Corte Suprema, 13 de mayo de 2020, Rol N° 16527-2018.
- Vargas con Marmolejo* (2016). Corte Suprema, 31 de mayo de 2016, Rol N° 6900-2015.
- Velarde y Tobar con Neculhueque y Urzúa* (2022). Corte Suprema, 7 de marzo de 2022, Rol N° 22253-2021.
- Ventana Urbana Limitada con Cabrera Riffó* (2019). Corte Suprema, 17 de octubre de 2019, Rol N° 45309-2017.
- Vergara con General* (2016). Corte Suprema, 17 de octubre de 2016, Rol N° 55152-2016.
- Zúñiga Godoy y otros con Villavicencio Mondaca* (2005). Corte Suprema, 8 de marzo de 2005, Rol N° 4164-2003.