Boletín N° 14.254-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Aravena y señores Castro y Chahuán, que precisa la acción de precario.

Antecedentes

En nuestro país, quienes son propietarios de un bien cuyo uso está en manos de un tercero que no es poseedor, ni en el que medio despojo violento, están desprotegidos ante la ley, pues no existe acción para la recuperación del bien. La acción reivindicatoria (art. 889 del Código Civil, en adelante CC) sólo habilita al dueño para recuperar el bien de manos de un poseedor, y la acción de restablecimiento requiere que haya habido un despojo violento del bien en cuestión (art. 928 CC).

Es así que la única alternativa que encuentran los dueños de una cosa cuya tenencia está en manos ajenas y que quieren recuperar, es la de ejercer la "acción de precario" que plantea el artículo 2195 CC, el cual señala:

"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".

Sin embargo, nuestra jurisprudencia — en lugar de hacer procedente la acción por tratarse del único medio jurídico disponible para el dueño— ha ido cada vez ampliando más el concepto de "sin contrato previo" y restringiendo lo que se entiende por "mera tolerancia del dueño". Así, ya no basta con que efectivamente no exista un contrato, sino que tampoco puede existir título alguno que explique la tenencia cómo podría ser un matrimonio separado de hecho, una resolución administrativa, un decreto, etc. Con ello, se dificulta más el ejercicio de la acción, ya que se ha entendido que cualquiera sea el título, si lo hay, no concurre el requisito de "mera tolerancia del dueño".

Es lo que ha ocurrido en la causa rol Nº 2570-2020, cuando la Corte Suprema señala:

"Sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, la expresión que se destaca está aludiendo a la ausencia de un título que justifique la tenencia, no a la existencia de una convención celebrada entre las partes. Entonces, si es un hecho pacífico que la demandada ocupa el inmueble en virtud de su relación de convivencia con el demandante, la situación descrita, se opone a la mera tolerancia pasiva a la entrada de la demandada en ese inmueble".

En causa rol 9199-2017, la argumentación fue similar al señalar la Corte:

"Así, el simple precario consiste en una situación de hecho puramente concebida, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título de relevancia jurídica, siendo esta última circunstancia la que caracteriza al precario y lo distingue de otras instituciones de derecho. De esta manera, sin el ánimo estrictamente permisivo del propietario de la cosa que ocupa el demandado o, su falta de conocimiento acerca de la tenencia del bien, queda descartada la presencia del precario y, por ende, se ve neutralizada la viabilidad de la acción correspondiente. Es por ello que la acción de precario ha sido definida como aquella que tiene el dueño de una cosa determinada para exigir de quien la ocupa, sin título que lo justifique, la restitución, por existir mera tolerancia de su parte"**.**

En esta misma causa, en cambio, los votos en contra señalaron: "Que para enervar la acción de precario es determinante que el dueño se encuentre en la obligación de soportar el uso del bien por quien la tiene en su poder, porque sólo así el que la detenta materialmente puede quedar protegido cuando el dueño pide la restitución del bien que le pertenece".

Creemos que es de toda justicia, que haya una alternativa legal para que el dueño del bien pueda recuperarlo, no bastando una justificación de hecho o un simple título que no diga relación con la tenencia del inmueble, para dar por desacreditados los supuestos de la acción. De otro modo, se deja al propietario completamente indefenso jurídicamente.

Consideramos que la acción de precario efectivamente fue incluida en nuestra legislación con el fin de defender a los propietarios de bienes cuya tenencia no tienen y en el que no se cumplen los requisitos exigidos para el ejercicio de otras acciones cuando intentan recuperarlos.

En razón de lo anterior, proponemos definir en el mismo artículo 2195 CC qué se entiende por las expresiones "mera tolerancia del dueño" y "sin contrato previo",

con el objeto de que la judicatura no tenga la acción de precario como excepcionalísima, sino como medio de defensa de los propietarios que no tienen otras alternativas legales para recuperar sus bienes.

De este modo, si hay un contrato previo se excluye necesariamente que la tenencia se deba a ignorancia o mera tolerancia del dueño, procediendo la acción reivindicatoria. Si no lo hay, entonces la tenencia hace presumir, admitiendo prueba en contrario, la ignorancia o mera tolerancia del dueño, siendo procedente la acción de precario.

ES POR LO ANTERIOR, QUE SOMETEMOS A ESTE HONORABLE SENADO EL SIGUIENTE:

PROYECTO DE LEY

"Artículo único.- Agréganse, en el artículo 2195 del Código Civil, los siguientes incisos tercero y cuarto, nuevos:

"Se entiende que existe contrato previo, cuando el título en cuestión ha asignado expresamente la tenencia a quien está en uso del bien.

La falta de contrato previo hace presumir legalmente la ignorancia o mera tolerancia del dueño.″.″