



FUNDACION FERNANDO FUEYO

Constituida por la Universidad Diego Portales - Escuela de Derecho - y la sucesión de don Fernando Fueyo L.

346.073  
H157a

# LA ACCION DE PRECARIO ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Fuad Marcos Halabí Riffo  
Carlos Alberto Saffirio Suárez

Registro 00068  
Codigo: 107

CLAYTON & WEAVER  
BIBLIOTECA



|| \$ 9.000 + IVA

Ed. CONOSUR 05-03-1996

01612  
A 17 5  
1996

Es propiedad de los Autores

Fuad Marcos Halabí Ríffo  
Carlos Alberto Saffrío Suárez

Registro de Propiedad Intelectual N° 95.314

ISBN 956 - 238 - 076 - 9

LA ACCION DE PRECARIO  
ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Esta obra se terminó de imprimir en enero de 1996

Impresa en los Talleres de Editorial Jurídica ConoSur Ltda.  
Fañor Velasco 16. Teléfono: 6955770. Fax: 6986610  
Santiago de Chile

## INDICE

	Página
INTRODUCCION .....	1

### CAPITULO I

#### CONTRATO DE COMODATO Y PRECARIO

1.- Nociones generales .....	3
2.- Conceptos, .....	10
3.- Paralelo, .....	12

### CAPITULO II

#### REQUISITOS DE LA ACCION DE PRECARIO

Generalidades .....	19
---------------------	----

#### Primer requisito: Derecho de dominio del demandante

1.- Nociones generales .....	21
2.- Restitución de una cosa singular y determinada .....	23
3.- La acción de precario no puede prosperar si el demandado desconoce el dominio del actor y esgrime antecedentes que hacen plausible su defensa .....	25

	Página
4.- La prueba de este requisito .....	27
5.- Quiénes pueden ejercitar la acción de precario .....	32
5.a) Propietario pleno .....	32
5.b) Nudo propietario .....	32
5.c) Propietario fiduciario .....	37
5.d) Comuneros .....	38
5.e) Usufructuario .....	44

**Segundo requisito: Tenencia de cosa ajena sin título**

1.- Aspectos generales. ....	51
2.- Naturaleza del título que debe exhibir el demandado para enervar la acción de precario .....	56
3.- Relación entre el título de tenedor y el dueño de la cosa .....	57
4.- El demandado invoca un contrato de arrendamiento para enervar la acción .....	63
5.- El demandado invoca como título de su tenencia un contrato de promesa de compraventa .....	71
6.- El demandado invoca como título el matrimonio que lo une con la demandante .....	75
7.- El demandado invoca el concubinato para enervar la demanda .....	77
8.- Tenencia en razón de servicios .....	78
9.- El demandado invoca como título un contrato de comodato: .....	79
10.- El demandado opone un título imperfecto .....	80
11.- Títulos no acreditados .....	83

**Tercer requisito: Ignorancia o mera tolerancia del dueño,**

1.- Conceptos y generalidades .....	85
2.- Relación entre la ausencia de título y la ignorancia o mera tolerancia .....	90

**CAPITULO III**

**ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCION DE PRECARIO**

1.- Razón de aplicársele el procedimiento sumario .....	95
2.- Disposición legal que hace aplicable el procedimiento sumario .....	96
3.- Medida prejudicial vinculada a la acción de precario .....	98
4.- La acción de precario y las medidas precautorias .....	99
5.- Procedencia de la citación de evicción en el juicio de precario .....	99
6.- Onus probandi en la acción de precario. ....	102
7.- Cumplimiento del fallo que acoge la demanda de precario .....	103
8.- La acción de precario y otras acciones .....	104
9.- Indemnizaciones entre dueño y precarista .....	107

BIBLIOGRAFIA .....	115
--------------------	-----

## ABREVIATURAS USADAS EN ESTA MEMORIA

C.	:	Corte
C. Supr.	:	Corte Suprema
cas.	:	Casación
F. del M.	:	Fallos del Mes
G. J.	:	Gaceta Jurídica
J.	:	Jurisprudencia
Nº	:	Número
ob. cit.	:	Obra Citada
pág.	:	Página
rec.	:	Recurso
RDJ.	:	Revista de Derecho y Jurisprudencia
sec.	:	Sección
T.	:	Tomo

**Nota:** Los artículos indicados sin expresar ley o Código, corresponden a nuestro Código Civil.

## INTRODUCCION

En nuestro Derecho Civil, la acción que por excelencia corresponde al propietario, para la protección de su derecho, es la reivindicatoria.

Sin embargo, debido a una fuerte discusión doctrinaria acerca del valor que corresponde asignarle a la inscripción de los inmuebles en el Conservador de Bienes Raíces, ha cobrado gran importancia la figura del precario no contractual contemplada en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil.

La acción que de dicho inciso se desprende, es empleada frecuentemente como un medio rápido y eficaz para obtener la restitución de los inmuebles inscritos, cuando el dueño se encuentra privado de su tenencia material y quien lo detenta, siguiendo una determinada doctrina formulada respecto a la posesión de esa clase de bienes, no puede ser considerado poseedor.

Su gran aplicación práctica justifica que, a partir del año 1930, hayan sido publicadas, en diversas revistas especializadas, más de ciento cincuenta sentencias que se refieren a ella. Su escueta reglamentación explica las profundas discrepancias que se observan en nuestra jurisprudencia.

Por otra parte, la circunstancia de que el legislador describa el precario no contractual en un solo inciso, no debe llevar a pensar que estamos en presencia de una figura aislada, pues, por el contrario, ella se relaciona con variadas materias de primera importancia en nuestro Derecho Civil, tales como la posesión, los efectos de los contratos, la responsabilidad, etc.

Esas son, en breves palabras, las razones que han despertado nuestro interés por el estudio de esta acción. Para el desarrollo del tema utilizaremos principalmente la abundante jurisprudencia que existe al respecto, pero, sin olvidar, naturalmente, la doctrina, aunque ella sea escasa sobre la materia a que se refiere esta monografía.

## CAPITULO I

### CONTRATO DE COMODATO PRECARIO

#### Sumario:

1.- Nociones generales. 2.- Conceptos. 3.- Paralelo

#### 1.- NOCIONES GENERALES

En el libro IV del Título XXX del Código Civil, que contiene las normas que reglamentan el contrato de comodato, se encuentra un precepto que contempla una figura que dada su particular naturaleza jurídica —no contractual— aparentemente no correspondería que fuera tratada en aquel lugar.

Para demostrar la efectividad de la afirmación anterior, basta revisar las principales disposiciones que se relacionan con esta materia.

El artículo 2174 define al comodato o préstamo de uso como un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

El artículo 2194, por su parte, señala que el comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo.

Luego, el artículo 2195 agrega que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Y, finalmente, el inciso 2º del mismo artículo, expresa que "constituye también precario la tenencia de una cosa, ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

De la lectura de los preceptos citados aparece de manifiesto que este último inciso se está refiriendo a una situación no contractual, lo cual, en apariencia, es una grave deficiencia legislativa, por cuanto ese Libro del Código está destinado a regir un contrato, el de comodato.

De allí, entonces, que se haya criticado la ubicación de la norma que describe esta figura jurídica de hecho, que consiste en tener una cosa ajena sin previo contrato y por la ignorancia o mera tolerancia de su dueño. Se ha opinado que "el Código Civil, en esta parte, no ha sido explícito, ha empleado mal el lenguaje e incurre en el error técnico de referirse en una misma disposición a situaciones absolutamente distintas, a las que quiere relacionar con el adverbio "también". Pero, resulta obvio para nosotros que la situación contemplada en el inciso 2º del artículo 2195, es totalmente ajena al contrato de comodato. No hay en ella comodato de ningún tipo, no hay en ella contrato de ninguna clase. Se trata únicamente de una situación de hecho que probablemente pudo el Código haber establecido en el Libro II, a propósito de los bienes" (1).

Es de interés, por lo tanto, poder determinar cuales fueron las razones del autor del Código Civil para situar en aquel lugar este precepto que contempla la figura no contractual del precario. Para ese objeto, es necesario recurrir a los antecedentes que reconoce dicha norma.

En el Proyecto Inédito, al pie del artículo 2336, que corresponde al actual 2194, existe una nota de don Andrés Bello, en los siguientes términos: "Troplong, Du prêt, n.28".

(1) RAMOS PASCUAL, GRACIELA: "Comodato precario y precario", Memoria de prueba, Concepción, 1982, pág.5.-

Pues bien, Troplong allí sostiene que "el contrato con el cual el préstamo de uso tiene más similitud es el de precario. No queremos hablar aquí de aquella especie de precario considerada por el derecho canónico y que transfiere, aun irrevocablemente, la posesión de una cosa en la cual el propietario conserva un derecho superior. Nosotros nos limitaremos a tratar el precario en el sentido restringido del derecho romano, y como un préstamo revocable a voluntad del comodante...".

"Las relaciones del precario y del préstamo de uso son apreciables; y puede decirse que, en nuestro derecho francés, el primero es una variedad del segundo; difiere de él sólo en que, en el préstamo de uso, el comodante no puede reclamar su cosa sino después de la expiración del tiempo convenido o que se presume necesario para que el comodatario use de esta cosa, mientras que, en el precario, el comodante puede recobrar su cosa a su voluntad".

"En el derecho romano, el precario se distingue del comodato por diferencias más tajantes. El comodato era un contrato nominado; el precario no lo era. Aquel que había dado en comodato su cosa precariamente, no tenía para recuperarla sino remedios pretorianos, tales como el llamado 'interdictum de precarium' o la acción 'proescriptis verbis', cuyo fundamento se encontraba en la equidad y la jurisdicción del pretor". (2)

Por otra parte, en el artículo 2337 del Proyecto Inédito, correspondiente al actual artículo 2195, hay otra nota del autor del Código Civil: "C. Bávaro, libro IV, c.2, art. 11". Este Código allí disponía, "respecto al préstamo de tolerancia, o sea, a título precario (precarium), se observarán las mismas reglas (las del préstamo propiamente dicho o comodato), excepto en cuanto el prestador puede pedir la cosa prestada cuando le acomode" (3)

(2) TROPLONG: "Commentaire du prêt, du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires", Bruxelles, Molino, Cans et Compagnie, 1845, pág. 84, N° 28. Cita extraída del repertorio del Código Civil, tomo IX, Arts. 2192-2194, nota 7, pág. 7.

(3) Cita extraída del repertorio del Código Civil, art. 2195, nota 11, pág. 8.

De dichas notas se desprende que don Andrés Bello se apartó del derecho francés para redactar los artículos 2194 y 2195, y se inspiró, para regular la materia sobre la cual ellos tratan, en el precario que conocieron los romanos.

En consecuencia, para buscar el sentido del inciso 2º del artículo 2195, especialmente la razón que pueda justificar su incorporación dentro de las normas que reglamentan un contrato, no obstante describir una figura no contractual, es pertinente referirse, aunque brevemente, a las características del precario según fue concebido en el derecho romano.

Los tratadistas están de acuerdo en que el precario surge vinculado a las relaciones entre patrono y cliente. Entre ambos existen deberes recíprocos de índole moral, que consisten, básicamente, por parte del primero, en otorgar protección, apoyo, consejo y asistencia en los juicios, mientras que el segundo le debe fidelidad y prestación de determinados servicios a su favor.

En el orden de los derechos privados, el cliente no puede adquirir bienes raíces ni participar del disfrute de los pastos públicos. En tales circunstancias su patrono le concede el goce pleno de terrenos cultivables, pero con la facultad de revocarlo a su entero arbitrio.

La relación de dependencia y sujeción a que se encuentran sometidos los clientes respecto al patrono explican que aquella concesión no genere obligaciones en sentido estricto y que este último pueda revocarla a voluntad. Es la sola liberalidad la causa de dicha concesión y por eso se justifica que en cualquier momento pueda cesar si cambia la voluntad del concedente.

En esta época la propiedad no concebía limitaciones al goce, de manera que cualquier gravamen sobre ella extinguía el dominio. Sólo admite el disfrute por otro en los términos en que lo hace el precarista, pleno, pero sujeto a la potestad revocatoria del concedente.

Esa potestad del concedente sumada al goce limitado del precarista arrojan como resultado el dominio pleno y por tal razón se habla que entre ambos existía una especie de "copesión".

En esta etapa, el precario está desprovisto de defensas de orden procesal, inexistentes entonces, sobre todo por el poder autónomo del jefe de la colectividad para hacer cumplir sus decisiones, ya que en él coincide la persona del juez y del concedente.

Posteriormente cuando el precario irradia a las relaciones meramente privadas, en las cuales el concedente carece del poder legítimo para hacer efectiva la revocación, es el pretor quien le proporciona la defensa judicial, mediante el denominado interdicto de precario.

Por este interdicto se debe restituir lo recibido a su primer estado, y el no hacerlo, trae como consecuencia que se deban los frutos desde el momento en que dicho interdicto se propuso; antes de ello, el precarista sólo responde de los daños causados con dolo o culpa lata.

El precarista es considerado un verdadero poseedor y de allí que se le reconozca el derecho a entablar los interdictos "Uti possidetis", "Unde vi" y el de "Vi armata". Pero, como su posesión es viciosa frente al precario dans, no puede oponer en su contra los dos primeros interdictos, sino que únicamente le sirven de defensa frente a terceras personas que lo perturban o despojen de la posesión. Asimismo, siendo viciosa su posesión, aunque sólo sea relativamente (frente al precario dans), no lo habilita para usucapir.

En el Derecho Romano Clásico, la figura del precario conserva su rasgo fundamental: la singular posesión que supone, manifestada en el disfrute pleno del precarista, limitada únicamente por la potestad revocatoria que le asiste al concedente.

Miguel Moreno Mocholi, señala que "el contenido propio de la figura atípica de la posesión "sui generis" que la constituye y, a base de ella, para

explicarla y como causa que se obtiene por inducción principalmente, se supone la concesión, que lo mismo puede ser expresa que tácita, estrictamente real, como presunta; como tácita y presunta es a su vez aquella nota de ruego o súplica que antecede a la posesión. Emplece por la concesión expresa para originarse la situación, o fijémonos en ésta para inducir aquella y a su vez el ruego o "preces", esos elementos de súplica y concesión expresas no integran la esencia y médula de la institución, donde no hay contrato, lo que no quiere decir que por contrato no pueda constituirse..." (4).

El mismo autor, más adelante, agrega "pero en definitiva, si el ruego no requería solemnidad alguna y en tantos casos no es preciso -lo que acusa su falta de esencialidad- ¿Qué resta de interés y contenido en la "rogatio"?; algo que simplemente se infiere, aunque naturalmente la idea del precarista que pide y el "rogatus" que concede, constituyen la causa o explicación de la situación que el precario presenta, causa que va implícita desde el momento en que nos encontramos con una posesión en la que el poseedor no puede invocar derecho de otra clase que la justifique, y que en su virtud se obtiene por exclusión, una vez agotados los supuestos del sistema posesorio ordinario, aunque a su vez, por obra del interdicto (de precario), con su sentido provisional e interino, se produzca una inversión de términos y en vez de analizar primeramente el derecho del poseedor para llegar a la exclusión dicha, ésta se produzca automáticamente, de momento, por la simple circunstancia de no alegar el supuesto precarista otro título, o alegando no justificarlo 'prima facie'" (5).

Avanzada esta época, surgió como una variante de la figura referida, el denominado precario de tenencia; el cual, al igual que el anterior, podía originarse en la voluntad expresa del concedente, quien, de ese modo, limitaba el beneficio del precarista a la sola tenencia, o bien en el cambio de causa de la tenencia, vale decir, cuando la causa de origen, que se

(4) MORENO MOCHOLI, MIGUEL: "El Precario", 2ª Edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1976, pág. 107.

(5) MORENO MOCHOLI, MIGUEL: Ob. cit., pág. 114.

extinguló absolutamente, otorgaba la simple detentación. La singularidad de esta clase de precario, que por lo demás fue excepcional en el derecho clásico, radica en que el tenedor precarista tiene una limitada defensa frente a los terceros que lo perturban en su goce, pues, en tal evento debe recurrir al "precario dans", al carecer él del interdicto "uti possidētis".

Con posterioridad, en el derecho justiniano, el precario de tenencia desplaza al de posesión. El precarista, entonces, deja de ser un verdadero poseedor de la cosa y se transforma en un simple tenedor, equivalente, por ejemplo, al arrendatario.

Asimismo, el precario ahora se entiende como un contrato, similar al de comodato, aunque innominado.

Como puede apreciarse, si bien existen claras diferencias entre el precario de nuestro código y aquel que se desarrolló en el derecho romano, no es menos cierto que también hay aspectos que los asemejan y que, en lo que nos interesa, permiten entender por qué se encuentra esta figura no contractual confundida dentro de las normas del contrato de comodato.

No parece aventurado sostener que, tal como en el Derecho Romano, en que se concebía el precario en virtud de una concesión que no sólo podía ser expresa sino también tácita, produciéndose esta última cuando quien gozaba de la cosa en forma pública y pacífica no podía invocar algún derecho que justificara ese disfrute, nuestro Código siguió igual criterio al establecer la norma del inciso segundo del artículo 2195, suponiendo una especie de préstamo cuando el tenedor de un bien ajeno no tiene título para gozar de él, entendiéndose que la permanencia de esta situación es resultado de la ignorancia o tolerancia del dueño.

En síntesis, y fundados en los anteriores antecedentes, creemos que don Andrés Bello tomó, con naturales adaptaciones, el precario de tenencia del Derecho Romano, el cual en la última fase tendió a ser absorbido por el contrato de comodato. De allí entonces que esta situación de hecho que consiste en tener una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera

tolerancia del dueño, esté contemplada en una disposición que se encuentra inmersa en un Libro que regula un contrato.

El punto de contacto que presenta esta figura no contractual con el contrato de comodato precario radica en que, en ambos casos, el término del uso y goce del tercero depende de la sola voluntad de quien los ha otorgado en forma expresa o del dueño del bien que se infiere los proporcionó.

En ambas situaciones, la permanencia del tercero en el goce tendría como causa la liberalidad, tomada ésta en un sentido muy amplio, significando que el titular del derecho, para obtener su restablecimiento, sólo debe accionar para conseguirlo y que, al no hacerlo, por una actitud de desprendimiento, permite que se prolongue ese disfrute ajeno.

Cabe destacar que el autor de nuestro Código se preocupó de hacer notar la naturaleza jurídica singular de la figura que describe el inciso segundo del artículo 2195, consignando que en este caso la tenencia es "sin previo contrato". De ese modo resalta la principal diferencia que hay entre ella y el precario nacido de un contrato.

Para evitar confusiones, en lo sucesivo nos referiremos a la situación que contempla el inciso 2º del artículo 2195, lisa y llanamente, como precario, reservando la denominación de comodato precario a aquellas contenidas en los artículos 2194 y 2195 inciso 1º.

## 2.- CONCEPTOS

### 2.A.- Comodato.

El comodato o préstamo de uso en un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso (artículo 2195).

Nuestra jurisprudencia, por su parte, ha proporcionado la siguiente definición: "El comodato que es el préstamo gratuito de una cosa, por un tiempo determinado, o para un servicio especial que se señale, constituye un título de mera tenencia; y adopta el carácter de contrato real desde que -según los términos del artículo 2174 del Código Civil- una de las partes entrega a la otra una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso". (6).

### 2.B.- Comodato Precario.

Según el artículo 2194, el comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo; y el inciso 2º del artículo 2195 agrega que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

Relacionando esos dos preceptos con el artículo 2174, se podría extraer la siguiente definición del comodato precario: es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie en el momento en que lo exija el comodante, ya sea, porque éste se reservó la facultad de pedir su devolución en cualquier tiempo, o bien, debido a que la cosa no fue prestada para un servicio particular ni se fijó un plazo para la restitución.

### 2.C.- Precario.

Es una situación de hecho en que una persona, denominada precarista, goza de una cosa singular y determinada, mueble o raíz, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

(6) C. Supr., RDJ., 1971, T.68, sec.1, pág.264 y F. del M., N°154, pág. 202. Idéntica doctrina se sostiene por la misma Corte en RDJ., 1973, T.70, sec.1, pág.1 y RDJ. mismo año, N° y sec., pág.47.

Ramón Meza Bárros, define el precario como "el goce gratuito de una cosa ajena, sin ningún título que lo legitime, tolerado por el dueño o que se verifica por ignorancia suya" (7).

### 3.- PARALELO

#### 3.A.- Comodato Propiamente Tal y Comodato Precario.

a) El comodato precario constituye una simple modalidad del contrato de comodato (que llamaremos "propiamente tal" para diferenciarlos). Entonces, como lógica consecuencia, participa de las mismas características de este último, vale decir, es un contrato real, pues se perfecciona por la entrega de la cosa; unilateral (en doctrina, sinalagmático imperfecto, debido a que al momento de perfeccionarse el comodato, mediante la entrega de la cosa prestada, únicamente se obliga al comodatario, pero con posterioridad pueden surgir determinadas obligaciones para el comodante); esencialmente gratuito (sólo el comodante sufre el gravamen) (8); principal (subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención); intuitu personae; es válido si recae sobre cosa ajena; y, finalmente, constituye un título de mera tenencia, porque el comodatario tiene la cosa reconociendo dominio ajeno.

b) En el comodato propiamente tal, el préstamo es por un tiempo determinado o para un servicio especial que se designa; en este último caso, la duración del contrato está determinada por la naturaleza del servicio para el cual fue prestada la cosa.

(7) Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, Tomo II, colección manuales jurídicos N° 40, 5ª edición, año 1975, Editorial Jurídica de Chile.

(8) El pacto de algún tipo de retribución hace que el comodato degenera en otro contrato diferente, que podrá ser un arrendamiento de cosa o uno inominado, dependiendo de la naturaleza de la contraprestación. Sobre la gratuidad del contrato de comodato puede verse C. Supr., 12 de abril de 1956, RDJ., T.53, sec.1, pág.67.

c) En el comodato precario contemplado en el artículo 2194, el comodante hace expresa reserva de su derecho al pedir la restitución en cualquier momento, agregando de ese modo en el contrato una cláusula accidental que importa una condición resolutoria meramente potestativa del acreedor (Arts. 1479 y 1477, respectivamente), ya que la extinción del derecho del comodatario a usar de la cosa depende de la sola voluntad del comodante (9).

d) Tratándose del comodato precario establecido en el artículo 2195 inciso 1º, la particularidad consiste en que la cosa no es prestada para un servicio especial y tampoco se fija un plazo de restitución; y, como no es lógico que sea indefinido un préstamo gratuito, recibe aplicación una cláusula de la naturaleza, en virtud de la cual el legislador subentende que la intención de los contratantes ha sido que el comodante puede pedir la devolución de la cosa en cualquier momento, sin que sea necesaria una estipulación especial en tal sentido (10).

e) Vinculada con la materia precedente se encuentra la determinación del momento en que el comodante debe restituir la cosa que le ha sido prestada. En el comodato propiamente tal, es preciso distinguir si se pactó o no un plazo; si se estipuló, la devolución debe efectuarse una vez que él expire, y a falta de esa estipulación, tendrá que hacerlo después del uso para la cual fue prestada la cosa (artículo 2180). Sin embargo, aquel precepto sólo consagra la regla general, pues los artículos 2177 inciso 2º y 2180 inciso 2º contemplan diversos casos en que, por excepción, el comodante puede exigir la restitución antes del tiempo estipulado. En el

(9) Don Pablo Saavedra Bolmar, opina que dicha reserva es una condición resolutoria meramente potestativa del acreedor. "El contrato de comodato", memoria de prueba, Concepción, año 1954, pág.68.

(10) "Existe (comodato) precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución en cualquier tiempo; facultad que se entiende le asiste al acreedor, aunque no se la ha reservado, cuando la duración del contrato no está determinada por la naturaleza del uso a que se destina la cosa o cuando no haya plazo para la restitución". DOMINGUEZ BENAVENTE, RAMON: "El Precario", artículo publicado en Revista de Derecho Español y Americano, Tomo VI, N° 25, año 1971, pág.748.

comodato precario, en cambio, la cosa debe ser restituida cuando el comodante la reclame (11).

d) Difieren también en cuanto a las normas de procedimiento que rigen la acción encaminada a obtener la restitución de la cosa prestada. En el comodato propiamente tal, aplicando las reglas generales, debería tramitarse de acuerdo al juicio ordinario (12). No obstante, un autor sostiene que sería pertinente el procedimiento sumario, en virtud del inciso 1° del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, estimando que dicha acción requiere, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz (13). No parece tan clara la validez de esta opinión, debido a que si el legislador en el artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, indicó expresamente que el procedimiento sumario se aplica a los juicios de comodato precario, al guardar silencio respecto al comodato propiamente tal, implícitamente manifiesta su voluntad en orden a que no sea sustanciado en este procedimiento, sino que con arreglo al ordinario, por remisión a la norma del artículo 3° de este mismo código.

(11) "En el verdadero contrato de préstamo de uso, la cosa se presta por un cierto uso determinado, o por un cierto tiempo; y la restitución no puede demandarse antes de la expiración del tiempo convenido, o necesario para que el comodatario pueda emplear la cosa en el uso para el cual ha sido prestada; en tanto que en la convención de precario, el que recibe la cosa precariamente lo hace para servirse de ella indistintamente, y con cargo de restituirla al comodante en cuanto él la reclame". Pothier, Oeuvres de Pothier, Tomo V, Imprenta J.L. Chanson, pág. 371, citado por Pablo Saavedra Belmar, ob. cit., pág. 68.

(12) El problema del procedimiento con arreglo al cual debe tramitarse la acción de restitución que nace del comodato propiamente dicho, fue planteado mediante un recurso de casación en la forma, interpuesto para ante la Corte Suprema. El recurrente sostuvo que se había incurrido en el vicio de casación formal contemplado en el N° 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, configurándose según él - por el hecho de haberse sometido la acción a los trámites del juicio sumario que la ley señala para el comodato precario, no obstante que correspondía aplicar el procedimiento ordinario, por tratarse la demanda de un comodato propiamente tal (puro y simple lo denominó). La Corte no dió lugar al recurso sin referirse al asunto de fondo, porque la demandada había promovido en primera instancia incidente de sustitución del procedimiento y, siendo éste rechazado por extemporáneo, la resolución que así lo declaró quedó a firme al no ser objeto de recursos. C.J. Supr., RDJ. 1970, T. 67, sec. 1, pág. 225.

(13) RAMOS PAZOS, RENE: "Del precario", artículo publicado en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año LIV, julio-diciembre 1986, N° 180, pág. 8.

En tanto que si se ejercita la acción de restitución emanada del comodato precario debe someterse al juicio sumario, ya que así lo ordena expresamente el artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, ni siquiera es procedente que se decrete su continuación conforme al procedimiento ordinario, según lo dispone el artículo 681 de ese mismo cuerpo legal.

### 3.B.- Comodato (Propiamente Tal y Comodato Precario) y Precario. (13 bis)

a) El comodato propiamente tal y el comodato precario, al ser una simple modalidad del primero, constituyen un contrato. Entre las partes media un acuerdo de voluntad destinado a crear obligaciones, o, en otros términos, "un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones" (14). Este acuerdo consiste fundamentalmente en la entrega de una cosa determinada por el comodante al comodatario, con la intención de que éste la use y posteriormente se la restituya, y, por parte de este último, la voluntad de recibir dicha cosa para usarla, y, más tarde, restituirla.

El precario, en cambio, constituye una simple situación de hecho, en donde no existe un vínculo contractual entre el tenedor de la cosa y el dueño de la misma. La detentación material que lo configura está, frente al dueño, desprovista de un título jurídico, justificándose únicamente por la ignorancia o mera tolerancia de éste. La naturaleza jurídica no contractual del precario se desprende en forma manifiesta de la redacción del inciso 2° del artículo 2195, cuando señala que la tenencia es "sin previo contrato" por "ignorancia o mera tolerancia del dueño". Además al indicar el código que la tenencia puede ser ignorada por el dueño, implícita-

(13 bis) En esta parte hemos seguido de cerca el desarrollo que sobre el tema efectúa don René Ramos Pazos, en su artículo citado.

(14) LOPEZ SANTA MARIA, JORGE: "Los contratos" (parte general), Editorial Jurídica de Chile, 1986, pág. 3.

mente, reafirma la ausencia de contrato característica de esta figura (15), (16), (16 bis).

b) El contrato de comodato es válido si recae sobre una cosa ajena, según se desprende de los artículos 2183, 2185 y 2188, sin perjuicio, naturalmente, del derecho del verdadero dueño de la cosa prestada. Por consiguiente, es perfectamente posible que el comodante, no obstante no ser dueño de la cosa que entregó en comodato, acreditada que sea la existencia del contrato y su calidad de tal, obtenga sentencia favorable en el juicio en que intente la respectiva acción restitutoria en contra del comodatario. Ejercitada dicha acción por el comodante, únicamente podrá plantearse discusión sobre el derecho de dominio de la cosa prestada en los casos de los artículos 2183 (en que el comodatario está facultado para suspender la restitución, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante y ella ha sido perdida, hurtada o robada a su dueño) y 2185 (cuando el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada y el comodante le disputa el dominio, siempre que se halle en estado de probar breve y sumariamente que dicha cosa le pertenece).

- (15) "...el comodato precario es el convenio, contrato o acuerdo de las partes en que el comodante entrega la cosa al comodatario, reservándose en el primer caso la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo, y en el segundo, cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución. Pero en todos estos casos tiene que haber un convenio entre las partes; el comodante entrega la cosa y el comodatario la recibe y se obliga a restituírsela; que es materia totalmente diversa a lo que queda expresado, la que establece el inciso 2° del artículo 2195, que dispone que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, *sin previo contrato*, con la concurrencia disyuntiva de dos circunstancias enteramente diversas una de otra; a saber: o bien el dueño ignora la ocupación de la cosa que le pertenece; o bien aunque la conoce, "la tolera" (C. Supr. F. del M., 1976, N° 217, pág. 297).
- (16) En el precario existe "una simple situación de hecho, 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 jurídicamente relevante; se trata entonces de una situación radicalmente opuesta al comodato, desde el momento que supone, como requisito esencial, la ausencia de contrato" (C. Pedro Aguirre C. 27 de noviembre de 1986, RDJ., T. 83, sec. 2, pág. 101).
- (16 bis) Con todo, don Arturo Alessandri Rodríguez, en su artículo titulado "El valor del silencio", publicado en RDJ. N° 28, 1ª parte, pág. 133, sostiene: "El silencio de una de las partes puede importar voluntad suficiente para generar un contrato como en el caso de los artículos 2125 y 2195, inciso 2° del Código Civil".

En el precario, el actor debe tener la calidad de dueño de la cosa cuya restitución reclama, siendo esta circunstancia uno de los elementos constitutivos de la acción respectiva, de manera que si no logra acreditar su dominio, la demanda indefectiblemente tendrá que ser rechazada (17), (18).

c) La CAUSA DE PEDIR de la acción restitutoria propia del comodato (propiamente tal o comodato precario), es precisamente ese contrato y la consiguiente obligación de restituir la cosa prestada que le impone al comodatario (19), (20).

En tanto que, tratándose de la acción de precario la causa de pedir es el dominio que el actor invoca para obtener la restitución de la cosa que el demandado ocupa, sin título y por mera tolerancia o ignorancia (21).

d) En el comodato (propiamente tal y comodato precario), la acción de restitución tiene el carácter de personal debido a que, conforme a la clasificación del artículo 578, ella nace de un derecho personal. Concretamente, surge del derecho personal del comodante a que la cosa

- (17) Este punto se analiza en detalle en las págs. 22 y siguientes.
- (18) Sobre demandas de precario rechazadas por no haber probado el actor su dominio sobre la cosa reclamada, puede verse: RDJ. 1949, T. 46, sec. 1, pág. 499; RDJ. 1971, T. 68, sec. 1, pág. 164 y F. del M., N° 151, pág. 108; RDJ. 1981, T. 78, sec. 1, pág. 5 y F. del M., N° 266, pág. 480.
- (19) Se ha fallado que la causa de pedir de la acción de comodato precario es "la ocupación de una cosa en forma gratuita y sin fijación de plazo" (RDJ., 1959, T. 56, sec. 1, pág. 126). Esta sentencia no asienta claramente si se refiere al comodato precario o al precario. En cualquier caso, nos parece criticable la definición que allí se formula respecto a la causa de pedir.
- (20) "Para tener por establecida la existencia del contrato de comodato es necesario probar: a) La entrega de la cosa; b) Que la entrega fue gratuita; y c) Que la entrega se hizo para que la cosa fuera usada por el que la recibió, y al respecto debe probarse que hubo concurso de voluntades para ese uso, pues el comodato es un contrato" (C. Supr., RDJ., 1972, T. 69, sec. 4, pág. 287).
- (21) Véase C. Stgo., RDJ., 1950, T. 47, sec. 2, pág. 57 y especialmente C. Supr., RDJ., 1971, T. 68, sec. 1, pág. 164 y F. del M., N° 151, pág. 108. En esta última sentencia el Tribunal de Casación declara expresamente que el dominio es la causa de pedir de la acción de precario.

prestada le sea restituida por el comodatario, quien contrajo la obligación correlativa.

En el precario, la acción del dueño para obtener la restitución de la cosa que otro detenta sin título y por su ignorancia o mera tolerancia, tiene el carácter de acción real porque nace del derecho real de dominio y tiene por finalidad que al dueño se le reintegre en el ejercicio del uso y goce de ella (22).

e) La acción de restitución que nace del contrato de comodato, al tener el carácter de personal, prescribe en conformidad al artículo 2515, o sea, en el plazo de tres años, en el caso de la ejecutiva, y en cinco años, tratándose de la ordinaria; ambos términos contados desde que la obligación se haya hecho exigible, según lo dispone el artículo 2514 inciso 2°.

Como la acción de precario es real, prescribirá con arreglo al artículo 2517. De tal manera que se extingue para el dueño cuando su derecho prescriba y esto sucederá en el momento en que otra persona lo gane por la prescripción adquisitiva. Por lo tanto, no existe un plazo único de prescripción de esta acción, pudiendo ser de dos, cinco o diez años, dependiendo si el bien es mueble o inmueble y si la prescripción adquisitiva es ordinaria o extraordinaria (artículo 2506, 2508 y 2511 del Código Civil) (23), (24).

(22) Véase la jurisprudencia citada en la nota anterior.

(23) En un impreciso fallo de la Corte Suprema, publicado en RDJ., 1938, T.35, sec.1, pág. 153, se desechó la excepción de prescripción de la acción de precario opuesta por el demandado, fundada en que había adquirido el inmueble reclamado por prescripción adquisitiva extraordinaria. La sentencia, sin establecer si existía precario o comodato precario rechazó la excepción, porque el demandado carecía de título a su favor, mientras que la actora tenía inscripción vigente respecto de dicho inmueble, agregando que además, la tenencia del demandado sólo importaba "ejecutar actos de mera tolerancia de que no resulta gravamen ni confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna, en conformidad al artículo 2499".

(24) Sin embargo, la Corte Suprema en una sentencia, asimilando la acción de precario a la de comodato precario, sostuvo que la primera prescribe igual que la segunda (RDJ. 1981, T.78, sec.1, pág.5 y F. del M. N°266, pág.480).

## CAPITULO II

### REQUISITOS DE LA ACCIÓN DE PRECARIO

#### Sumario:

1.- Derecho de dominio del demandante. 2.- Tenencia de cosa ajena sin previo contrato. 3.- Ignorancia o mera tolerancia del dueño de la cosa.

Nuestros tribunales han mostrado gran uniformidad al enunciar los requisitos de la acción de precario, salvo algunas pequeñas diferencias de orden formal. Sin embargo, las discrepancias de fondo emergen al momento de determinar el verdadero alcance de aquellos requisitos formalmente indicados.

Se ha declarado que para que prospere la acción de precario es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que el que deduce la acción sea dueño de la especie cuya restitución reclama; b) Que la persona contra la cual se deduce, sea simple tenedora y por lo tanto carezca de título de dominio y aun de mera tenencia; y c) Que tenga la cosa por mera tolerancia o ignorancia del dueño (25).

Algunos fallos formulán una pequeña adición al primer requisito y expresan que el actor debe ser dueño absoluto de la cosa reclamada (26). La propiedad absoluta se contrapone a la fiduciaria, pero entendemos que

(25) C. Chillán, RDJ., 1947, T.44, sec.2, pág. 49 y C. Supr., RDJ. 1963, T. 60, sec.1, pág.345.

(26) C. Supr., RDJ. 1967, T.64, sec.1, pág.54 y F. del M. N° 101, pág. 42; y C. Supr., RDJ. 1970; T. 67, sec.1, pág. 358 y F. del M. N° 141, pág. 187.

el término "dueño absoluto" es usado en un sentido más amplio, aludiendo al titular que le corresponden todas las facultades propias del derecho de dominio, más concretamente al propietario exclusivo y pleno (27).

Otras sentencias se refieren al segundo requisito, afirmando que "entre las partes no debe existir vínculo contractual que legitime dicha tenencia" (28). Esta doctrina adolece del error de exigir que el vínculo jurídico medie entre el tenedor y el actual dueño, lo que es incorrecto tratándose, por ejemplo, de aquel que tiene la cosa en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con el dueño anterior y que consta por instrumento privado.

En resumen, para que la acción de precario pueda prosperar, deben concurrir los siguientes elementos:

- a) El demandante debe ser dueño de la cosa cuya restitución pretende.
- b) Falta de un título que sirva de fundamento jurídico a la tenencia que ejerce el demandado.
- c) La tenencia del tercero debe ser ignorada o tolerada por el dueño.

### PRIMER REQUISITO: DERECHO DE DOMINIO DEL DEMANDANTE

#### Sumario:

1.- Nociones generales. 2.- Restitución de una cosa singular y determinada. 3.- La acción de precario no puede prosperar si el demandado desconoce el dominio del actor y esgrime antecedentes que hacen plausible su defensa. 4.- La prueba de este requisito. 5.- Quiénes pueden

- (27) Últimamente se ha resuelto que el usufructuario puede ejercitar la acción de precario, incluso contra el nudo propietario de la cosa fructuaria, pues él se encuentra en relación con el uso y goce de la cosa en que recae el usufructo en la misma situación jurídica que el propietario pleno. Véase pág. 40 y siguientes.
- (28) C. Supr., RDJ., 1971, T. 68, sec. 1, pág. 264 y F. del M., N° 154, pág. 202; C. Supr., RDJ., 1973, T. 70, sec. 1, pág. 47, C. Supr., F. del M., 1980, N° 261, pág. 242.

ejercitar la acción de precario: 5.a) Propietario pleno; 5.b) Nudo propietario; 5.c) Propietario fiduciario; 5.d) Comuneros; 5.e) Usufructuario.

### NOCIONES GENERALES

El artículo 582 del Código Civil define el dominio o propiedad como "el derecho real en una cosa corporal para poder gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno". Por su parte, el artículo 583 del mismo Código complementa esa definición, señalando que "sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo".

La mayoría de la doctrina nacional, basada en dichos artículos, estima que nuestro Código no formula distinciones entre dominio y propiedad, sino que los trata como un mismo derecho.

Sin embargo, otros autores entienden que dominio y propiedad tienen alcances diferentes: el derecho de dominio sería aquel que recae sobre cosas corporales, mientras que el derecho de propiedad tendría un carácter más bien genérico y comprendería también a las cosas incorpóreas (29).

El dominio o propiedad, en cuanto derecho, constituye una cosa incorporal, al igual que todos los demás derechos reales (artículos 565, 576 y 577). Creemos que, en nuestro ordenamiento jurídico, su objeto puede referirse tanto a cosas corporales como incorpóreas.

El dominio se caracteriza por ser un derecho real, porque se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona; absoluto, por cuanto otorga al titular la totalidad de las facultades posibles sobre la cosa, teniendo como únicos límites la ley y el derecho ajeno; exclusivo, atendido que no pueden existir, al mismo tiempo, respecto a una cosa, dos derechos de propiedad.

- (29) En este sentido se pronuncia VICTORIO PESCIO VARGAS (Manual de Derecho Civil, de las Personas, de los Bienes y de la Propiedad, Tomo III; Colección Manuales Jurídicos N° 22, Editorial Jurídica, 1978, pág. 295).

Creemos que esta última posición es la correcta, pero discrepamos de aquellas razones extraídas de las normas que regulan el contrato de comodato, ya que, la naturaleza jurídica singular de la figura del precario, no permite una irrestricta aplicación de la mayoría de esos preceptos, que parten de la base de una relación contractual.

El argumento que nos parece concluyente, es el que consiste en que usufructuario se encuentra en relación con el uso y goce de la cosa sobre la cual recae el usufructo, en la misma situación jurídica que el propietario pleno, en cuanto a la acción a que se refiere la figura del artículo 2195, inciso 2°.

Para evitar repeticiones innecesarias nos remitimos a lo expuesto al tratar el caso del nudo propietario, pues se encuentra directamente relacionado con esta materia (65).

Tal vez, se podría agregar que si el usufructuario, conforme al artículo 2315, tiene acción de indemnización de perjuicio en contra de los terceros que, con culpa o dolo, causen daño a su derecho de usufructo, ¿no es también lógico pensar que cuando un detentador sin título le impide gozar de la cosa en que su usufructo recae y le ocasiona el perjuicio consiguiente, aquel se encuentra habilitado para hacerlo cesar mediante la acción de precario?

## SEGUNDO REQUISITO: TENENCIA DE COSA SIN TÍTULO

### Sumario:

1.- Aspectos generales. 2.- Naturaleza del título que debe exhibir el demandado para enervar la acción de precario. 3.- Relación entre el título del tenedor y el dueño de la cosa. 4.- El demandado invoca un contrato de arrendamiento para enervar la acción. 5.- El demandado invoca como título

(65) Véase páginas 31 y siguientes.

de su tenencia un contrato de promesa de compraventa. 6.- El demandado invoca como título el matrimonio que lo une con la demandada. 7.- El demandado invoca el concubinato para enervar la acción. 8.- Tenencia en razón de servicios. 9.- El demandado invoca como título un contrato de comodato. 10.- El demandado opone un título imperfecto. 11.- Títulos no acreditados.-

## 1.- ASPECTOS GENERALES

En el precario existe una relación simple, de hecho, entre el sujeto y la cosa ajena; media entre ambos una vinculación física o corporal que consiste en que el precarista tiene materialmente esa cosa en su poder. Así lo exige explícitamente el inciso 2° del artículo 2195, al definir el precario como "la TENENCIA de una cosa ajena".

Por consiguiente, para que el dueño de la cosa pueda obtener su restitución a través de la acción de precario, es indispensable que acredite que el demandado la tiene en su poder, ya que sobre él recae la carga procesal de probar este hecho.

Si la persona demandada como supuesto precarista no tiene realmente la cosa reclamada, o el actor no logra demostrar esta circunstancia en el curso del juicio, la demanda de precario no podrá prosperar. Así lo resolvió la Corte Suprema en sentencia de fecha 6 de julio de 1938 (66). En otro fallo más reciente se casó de oficio la sentencia de primera instancia que haba acogido la demanda, por haberse faltado al emplazamiento del verdadero tenedor del inmueble cuya restitución se pedía (67).

Pero, naturalmente, el solo hecho de que alguien tenga materialmente una cosa es insuficiente para entender configurada la situación propia del precario, puesto que esa no es una característica privativa suya, sino que

(66) RDJ., T.36, sec.1, pág.55.

(67) Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 31 octubre 1985, O.J., N°64, pág.60.

también participan de ella otras instituciones, tales como la posesión y la mera tenencia, por lo cual esta exterioridad de la figura, por sí sola, no permite distinguir al precarista de un poseedor o un mero tenedor legítimo.

Por esa razón, una vez establecido que una persona disfruta de una cosa ajena, para determinar si concurre o no el estado de precario, es preciso examinar el antecedente o causa de la tenencia.

Este aspecto, aparentemente simple, en la práctica constituye uno de los problemas de más difícil solución y ha sido fuente de profundas divergencias, expresadas en jurisprudencias vacilantes y contradictorias, como tendremos oportunidad de observar.

Sobre este requisito, tenencia "sin previo contrato", se plantean las siguientes interrogantes, ¿ese contrato previo debe emanar del dueño, o, al menos, obligarlo?, o bien, ¿basta un contrato celebrado con cualquier persona, haya tenido o no derecho sobre la cosa, para que el tenedor no pueda ser calificado un precarista?

Advirtamos que existiendo entre el dueño y el tenedor del bien un contrato que constituya un título de mera tenencia, la posibilidad de una situación de precario debe descartarse absolutamente, esté vigente o no el contrato. La no vigencia del contrato carece de relevancia para estos efectos, puesto que no cabría sostener que no hay "contrato previo". Si el dueño pretende recuperar la cosa, tendrá que ejercitar la acción personal nacida del respectivo contrato (arrendamiento, comodato, etc.) o bien, si se acepta, podría emplear la acción contemplada en el artículo 915 del Código Civil, contra el mero tenedor que retiene indebidamente la cosa.

La falta de título debe verificarse en el momento constitutivo de la detentación y durante todo el tiempo que ella perdure, pues si con posterioridad hay una ratificación de la tenencia por quien tiene derecho a

ello, el estado de hecho inicial se transforma en una relación contractual de comodato o arrendamiento, según el caso.

Por otra parte, esta materia, ausencia de título, se complica aún más si se relaciona con la ignorancia o mera tolerancia, a que se refiere la última parte del inciso 2º del artículo 2195. ¿Constituye la ignorancia o mera tolerancia, por sí solas, un requisito adicional, o, simplemente, deben presumirse cuando no hay contrato previo?

La inmensa mayoría de los fallos más antiguos dictados sobre precario, distinguen entre la falta de título jurídico y la ignorancia o mera tolerancia, sosteniendo que esto último es un elemento independiente del anterior. Se considera, pues, que no es bastante la ausencia de un título jurídico perfecto para que haya precario, además se exige que la tenencia sea consecuencia de la ignorancia o tolerancia del propietario. Incluso, aparte de diferenciar ambos elementos entre sí, varias sentencias impusieron al actor el peso de la prueba de la ignorancia o mera tolerancia. Con el tiempo esta doctrina sobre el onus probandi fue siendo abandonada, pero se mantuvo la distinción entre la falta de título y la ignorancia o mera tolerancia del dueño. Actualmente la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido que al demandado incumbe demostrar que estas circunstancias no concurren, sin perjuicio de existir diferentes opiniones en cuanto al verdadero alcance de ellas.

En la evolución de la doctrina de nuestros Tribunales acerca de este tema, en los últimos años se ha ido imponiendo una fuerte corriente, encabezada por la Corte Suprema, que sostiene que no existiendo un contrato que obligue al propietario a respetar la tenencia del demandado, debe inferirse o presumirse que ésta sólo se justifica por la ignorancia o mera tolerancia. De este modo, la acción de precario se desprende de todo rasgo o elemento subjetivo y adopta el carácter de una acción objetiva. Esta posición puede resumirse en los siguientes términos: establecido que el demandante es dueño de la cosa que detenta el demandado, si éste, a su vez, no demuestra un título que lo habilite para tenerla en su poder y que el propietario deba respetar, la ignorancia o mera tolerancia (aspectos

subjetivos) son motivaciones que corresponde presumir, es decir, fluyen naturalmente de los otros presupuestos acreditados en el juicio (68).

Desde ya dejamos planteado que entendemos que la ausencia de un título jurídico perfecto y la ignorancia son elementos que, analizados estrictamente, no se confunden, pudiendo por lo tanto, concurrir uno de ellos y faltar el otro. Así, es posible que alguien tenga una cosa sin contrato, pero no por la ignorancia o mera tolerancia del dueño; o, a la inversa, que existiendo un contrato previo válido que sirva de antecedente a la tenencia, en definitiva, ésta sea ignorada o tolerada por el dueño de la cosa en que se ejerce.

Sin perjuicio de lo recién señalado, debemos reconocer que la tendencia que infiere la ignorancia o mera tolerancia del dueño cuando el tenedor no exhibe un título para su tenencia, permite completar coherentemente el sistema de protección del dominio de los inmuebles inscritos. Ella, al asignarle a la acción de precario una naturaleza objetiva, soluciona, mediante un procedimiento rápido, las dificultades que se le presentan al dueño poseedor inscrito para recuperar el goce de su inmueble, cuando un tercero entra a ocuparlo, sin que este último, por su parte, ostente otra inscripción sobre ese bien raíz en el Registro Conservatorio, ni medie entre ambos algún vínculo jurídico que le otorgue el derecho a la tenencia. En este caso, se ha discutido la procedencia de la acción reivindicatoria contra el ocupante, debido a que al carecer éste de un título inscrito a su nombre, no puede ser considerado poseedor actual de la cosa. Aplicando, entre otros, los artículos 728 y 730, el dueño no ha perdido la posesión. Por otro lado, los interdictos posesorios prescriben en corto tiempo y la acción contemplada en el artículo 915 ha sido motivo de disímiles interpretaciones en cuanto a su verdadero sentido y alcance (69).

(68) Esta doctrina reconoce su primer antecedente en una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, 21 agosto 1945, publicada en RDJ., año 1947, T.44, sec.2, pág.49.

(69) La jurisprudencia, sin embargo, ha aceptado la procedencia de la acción reivindicatoria en contra de aquel que ocupa un inmueble inscrito, sin tener, por su parte, inscripción conservatoria. Véase RDJ., año 1955, T.52, sec.1, pág.294 y RDJ. año 1959, T. 56, sec.1, pág.126.

Si el dueño de un inmueble inscrito se encuentra privado de su tenencia material, porque lo ocupa otro sujeto con ánimo de señor y dueño; y, además, tiene una inscripción paralela sobre dicho inmueble, no cabe ninguna duda que, siendo el ocupante poseedor actual, el titular del derecho de dominio deberá ejercitar la acción reivindicatoria; y, en el mismo caso, así quien se ha visto privado de la posesión no es dueño, sino que poseedor y regular del bien raíz inscrito y se hallaba en vías de poder ganarlo por prescripción, podrá deducir la acción publiciana del artículo 894 del Código Civil, aparte, naturalmente, de las acciones posesorias.

Cuando alguien se apodera de un inmueble inscrito, con ánimo de hacerlo suyo, pero sin tener título inscrito a su favor, el dueño tendrá la posibilidad de interponer, dentro del plazo de quince días, recurso de protección, fundado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. Si el tercero empleó la violencia para apoderarse del bien raíz, el poseedor inscrito podrá, dentro del plazo de seis meses, entablar la querrela de restablecimiento que le concede el artículo 928. Haya mediado o no violencia en el apoderamiento, el poseedor inscrito que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo, tendrá, además, a su alcance la acción posesoria de amparo, para cuyo efecto le asiste el plazo de un año, según lo dispuesto en el artículo 916 y siguientes, pues ha sido perturbado en su posesión (algunos opinan que la privación material del inmueble importa para el poseedor inscrito un despojo de su posesión, y, en consecuencia, la acción posesoria adecuada sería, para ellos, la de restitución) (70). También podría ser procedente la acción criminal proveniente del delito de usurpación tipificado en los artículos 457 y 458 del Código Penal. Sin olvidar la acción de precario que, en el caso propuesto, aparentemente, no puede merecer reparos.

Sin embargo, existen otras situaciones de mayor complejidad en donde el dueño o poseedor de un bien raíz inscrito se encuentra separado de la tenencia material de la cosa por obra de un tercero, no siendo posible

(70) En este sentido RDJ., año 1955, T.52, sec.1, pág. 294.

calificar al tenedor como un despojador o usurpador. Así, por mencionar sólo algunos ejemplos, el caso de quien ocupa un inmueble inscrito en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con un propietario anterior o con un tercero que se pretende dueño, sin serlo, sea que tenga o no título inscrito a su nombre; o, el tenedor que celebró un contrato de promesa de venta con el actual dueño o con un antecesor en el dominio y allí estipularon la entrega material inmediata de la cosa prometida vender, o, lisa y llanamente, fue puesta a su disposición, sin que, más tarde, se haya otorgado el contrato prometido; o, un anterior dueño cuya inscripción en el conservador de Bienes Raíces fue cancelada, pero continúa gozando del inmueble, sin haber celebrado algún contrato con el nuevo propietario que le habilite para mantenerse en él; o la tenencia en razón de servicios, etc.

En todos estos casos se ha intentado la acción de precario, muchas veces con éxito y otras tantas sin él, como tendremos ocasión de apreciar.

## 2.- NATURALEZA DEL TÍTULO QUE DEBE EXHIBIR EL DEMANDADO PARA ENERVAR LA ACCIÓN DE PRECARIO

En relación a la naturaleza que debe tener el título que el demandado ponga con el objeto de enervar esta acción, se ha dicho que "debe tratarse de uno que por su naturaleza sea idóneo para poner la cosa en poder del demandado", como, por ejemplo, un contrato de arrendamiento, comodato, etc. (71).

Estamos de acuerdo en que si el demandado exhibe un título apto para conferirle el derecho a la tenencia material de la cosa reclamada —sin pronunciarnos, por ahora, respecto a si debe ser oponible o no al demandante— no puede estimarse que dicha tenencia cumpla con el requisito de ser "sin previo contrato" y, por añadidura, tampoco concurrirá la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

(71) RAMOS PAZOS, RENE, artículo citado, pág. 12.

Si bien la anterior conceptualización sobre la naturaleza del título, es apropiada para determinar si se verifica o no el presupuesto de ser la tenencia del demandado sin previo contrato, ella es un tanto rígida si se acepta que la ignorancia o mera tolerancia del dueño constituyen un requisito adicional de la figura de precario. En efecto, en varios casos el demandado fundó su defensa en un título jurídicamente imperfecto o "no idóneo por su naturaleza para poner la cosa en su poder" y, sin embargo, la demanda de precario fue rechazada porque, no obstante que el título esgrimido en sí mismo era insuficiente para estimar que la tenencia provenía de un contrato perfecto, a lo menos tenía la cualidad de demostrar que ella no era ignorada o tolerada por el dueño de la cosa (72).

Por otra parte, es interesante destacar que muchas veces la existencia de un título que justifica la ocupación del demandado, paralelamente, importa la no concurrencia de otro requisito del precario: la calidad /indiscutida de dueño que debe tener el actor (73).

## 3.- RELACION ENTRE EL TÍTULO DEL TENEDOR Y EL DUEÑO DE LA COSA

El artículo 2195 inciso 2º, supone para que exista precario que la tenencia de una cosa ajena sea sin previo contrato.

Cuando el demandado pretende enervar la acción de precario, alegando que no concurre este elemento, porque tiene un título de mera tenencia, ese

(72) Así, por vía ejemplar: C. Supr., cas. fondo, RDJ., 1935, T.32, sec.1, pág.357; C. Concepción, RDJ., 1965, T.62, sec.2, pág.139; C. Supr., rec. queja, F. del M., 1976, N° 212, pág.137; C. Supr., cas. forma y fondo, F. del M., 1980, N° 256, pág. 17; C. Santiago, RDJ., 1983, T. 80, sec.2, pág.17.

(73) Véase, C. Supr., cas. fondo, RDJ., 1954, T.51, sec.1, pág.294; C. Supr., cas. fondo, RDJ., 1967, T.64, sec.1, pág.54 y F. del M., N° 101, pág. 42; C. Supr., cas. fondo, RDJ., 1971, T.68, sec.1, pág.140; C. Supr., cas. fondo, RDJ., 1973, T.70, sec.1, pág.1; C. Supr., cas. forma y fondo, RDJ., 1984, T.81, sec.1, pág.136; C. Pedro Aguirre Cerda, G.J., 1985, N° 58, pág.76; C. Stgo., G.J., 1988, N° 94, pág.42 y C. Stgo., G.J., 1988, N° 95, pág. 37.

título ¿debe provenir del dueño, o, al menos, obligarlo?, o, por el contrario, ¿basta un contrato celebrado con cualquier persona, sea que ésta, al momento de su celebración, haya tenido o no derechos sobre la cosa?

La respuesta a este problema ha dividido a nuestra jurisprudencia.

Así, un fallo de la Corte Suprema declaró que "del texto del artículo 2195 inciso 2º, se desprende que el contrato que hace valer el tenedor de la cosa debe emanar del dueño de la misma y no de un tercero que no tiene tal calidad". Sin embargo, allí hubo un voto de minoría que se pronunció en el sentido contrario, y sostuvo que "no es legalmente posible calificar de precario aquella tenencia si el tenedor ha recibido la cosa en virtud de un contrato celebrado con el dueño o con otra persona distinta, ya que así aparece no sólo del propio tenor literal de ese precepto, sino también de su sentido gramatical, con arreglo al cual hay necesariamente que convenir que la frase "sin previo contrato", no está dentro del texto transcrito, modificada o delimitada en su significado por la frase complementaria "con el dueño", ni con ninguna otra que no permitiera interpretar la referida disposición en el sentido amplio que antes se ha expuesto" (74).

Poco después la misma Corte asumió la doctrina contenida en ese voto disidente, y resolvió que "no es necesario que el contrato o título que exhibe el demandado lo haya celebrado o emane del actor, porque tal exigencia sería imposible tratándose de títulos de dominio que tengan un origen distinto; y también porque de la lectura del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, que define el estado de precario, se desprende que no se contempla tal exigencia, ya que la frase "sin previo contrato", no está modificada o limitada por la frase complementaria final "del dueño" ni por ninguna otra que impida interpretar la referida disposición en el sentido amplio que ha quedado dicho" (75).

(74) Corte Supr., bas. fondo, 21 diciembre 1949, RDJ., T. 47, sec. 1, pág. 36.

(75) C. Supr., cas. fondo, 1 junio 1954, RDJ., T. 51, sec. 1, pág. 294.

Otros dos fallos también estiman que cuando el demandado invoca un contrato celebrado con un tercero distinto al dueño, no concurre el requisito consistente en que la tenencia sea "sin previo contrato" (76).

Hacemos notar que varias sentencias han resuelto que si el tenedor de la cosa exhibe un contrato celebrado con una tercera persona, no existe precario, porque la tenencia no está causada por la ignorancia o mera tolerancia del demandante. De ese modo han eludido pronunciarse acerca de si, en tales casos, debía entenderse que había "contrato previo" para los efectos de esta figura (77).

La posición contraria adoptó la Corte Suprema al declarar que "para que un contrato de arrendamiento pueda enervar la acción de precario que se basa en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, es necesario que tal contrato obligue al dueño de la propiedad y no a un tercero que no tenga esa calidad" (78). Con anterioridad, la Corte de Santiago había manifestado un criterio similar, afirmando que "del contexto del artículo 2195 se desprende que el contrato en que el detentador debe fundarse, para tales efectos, es únicamente el que obliga al dueño de la propiedad reclamada" (79). Últimamente, esta misma Corte reiteró esa doctrina, al sostener que "cuando el artículo 2195 del Código Civil dispone que constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato, obviamente se refiere a uno celebrado con el dueño de la cosa en cuestión, que es el único que puede obligarlo como regla general" (80).

Antes de dar nuestra opinión sobre el fondo del problema, es necesario insistir que si entre demandante y demandado existe un contrato, en virtud

(76) C. Concep., 17 julio 1963, RDJ., T. 60, sec. 2, pág. 101 y C. Stgo., 20 noviembre 1972, RDJ., T. 69, sec. 1, pág. 197.

(77) Puede verse, C. Stgo., RDJ., 1970, T. 67, sec. 2, pág. 126; C. Iquique, Jurisp. 1984 N° 18, pág. 59; C. Stgo., G.J., 1985, N° 59, pág. 35; C. Stgo., G.J., 1987, N° 82, pág. 32; y C. Stgo., 1988, N° 100, pág. 32.

(78) C. Supr., cas. forma y fondo, 9 septiembre 1971, RDJ., T. 67, sec. 1, pág. 264 y F. del M., N° 154, pág. 202.

(79) C. Stgo., 14 enero 1957, RDJ., T. 54, sec. 2º, pág. 21.

(80) C. Stgo., 13 marzo 1984, G.J., N° 45, pág. 40.

del cual éste entró a la tenencia de la cosa, sea que se encuentre vigente o no, debe eliminarse toda posibilidad de que haya precario, pues, en ese caso, la ocupación reconoce su origen en un "contrato previo".

Asimismo, es errado sostener que para que un título tenga el mérito de enervar la acción de precario, debe emanar del demandante, ya que éste puede resultar obligado por ese contrato, no obstante no haber concurrido personalmente a su formación.

Para fijar nuestra posición respecto a la materia que nos ocupa, partimos de la base que en artículo 2195, en su inciso 2º se refiere y regula una situación que se produce entre dos sujetos determinados: El dueño de un bien y el tenedor, sin título, del mismo.

En efecto, del texto de dicho inciso examinado en su conjunto, se desprende que no sólo la ignorancia o mera tolerancia se vincula al dueño de la cosa, sino que también el título que excluye al tenedor del estado de precario.

Ese supuesto lleva a concluir que el requisito en estudio no concurrirá cuando el demandado oponga un título que, además de conferirle la mera tenencia, obligue al dueño de la cosa. Estimamos que, asimismo, habría que incluir aquellos casos en que el dueño, no obstante no estar directamente obligado por el contrato que invoca el tenedor, en virtud de otra convención se encuentra en la necesidad de respetar esa tenencia, como ocurre por ejemplo en el subarrendamiento. En esta última hipótesis, si el arrendatario tenía la facultad de subarrendar -por haberlo autorizado expresamente el arrendador en el contrato de arrendamiento, o bien porque la ley se lo permite, sin necesidad de una estipulación especial, según el caso- el arrendador deberá respetar la tenencia del subarrendatario, mientras el contrato base o padre esté vigente y, por lo tanto, el subcontrato sería idóneo para enervar la acción de precario (81).

(81) El ejemplo supone que el arrendador sea el dueño del bien.

Si el arrendatario no estaba facultado para subarrendar o el contrato originario se ha extinguido, opinamos que sería eficaz la acción de precario deducida por el dueño arrendador en contra del subarrendatario.

Creemos que los mismos criterios expresados, tienen validez para la subcontratación en general, tanto propia como impropia.

Existe además una segunda excepción, en que tampoco es necesario que el contrato obligue al dueño para que tenga el mérito de impedir que prospere la acción de precario. Nos referimos al caso en que el arrendador enajena la cosa arrendada, produciéndose entonces la extinción del arrendamiento por la extinción del derecho de aquel, donde el nuevo propietario deberá deducir la acción restitutoria que emana precisamente de esa situación específica (artículo 1950 en relación al 1958 y siguientes).

En el sentido contrario, vale decir, que basta un contrato, que constituya un título de mera tenencia, celebrado con cualquier persona haya tenido o no derechos sobre la cosa, se ha proporcionado como argumento, aparte de sostener que el artículo 2195 no exige que el contrato emane u obligue al dueño, que estaríamos en presencia de lo que la doctrina ha denominado el efecto reflejo, absoluto o expansivo de los contratos.

El profesor Jorge López Santa María, se refiere a esta materia en los siguientes términos: "La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de los contratos consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos constituyen una situación de hecho. Un acontecimiento jurídico del mundo exterior, que nadie puede desconocer y que por lo tanto, tiene vigencia erga omnes. Así percibida la realidad de las cosas, es posible, en no pocas hipótesis traer al primer plano de una controversia, como antecedente fundamental, un contrato ajeno, sin que la correspondiente alegación pueda desestimarse sobre la base del principio del efecto relativo" (82).

(82) LOPEZ SANTA MARIA, JORGE: Ob. cit., pág. 261.