

Nº 180
AÑO LIV
JULIO - DICIEMBRE
1986

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

DEL PRECARIO

RENE RAMOS PAZOS

Profesor de Derecho Civil

Universidad de Concepción

1. El artículo 2195 inciso 2° del Código Civil prescribe que "constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Es bien sabido que es ésta una disposición muy socorrida, que ha motivado muchos fallos, lo que queda perfectamente comprobado con la simple lectura del Tomo IX del Repertorio del Código Civil. Es curioso, sin embargo, que no haya merecido especial atención de la doctrina. Conocemos un par de Memorias, ambas de la Universidad de Concepción, que lo han tratado, la de don Pablo Saavedra Belmar, del año 1954, que se refiere al Contrato de Comodato, y la de doña Graciela Ramos Pascual, del año 1982, denominada "Comodato Precario y Precario".

Han sido nuestros tribunales los que, en sus sentencias, han ido fijando el alcance de la norma en estudio. Y pretendemos en este trabajo sistematizar y ordenar, por lo menos en parte, todo este material que ha resultado de esta ya larga elaboración jurisprudencial. Nos interesa destacar aquellos aspectos más controvertidos, especialmente en los que se ha ido logrando una cierta uniformidad.

2. COMODATO, COMODATO PRECARIO Y PRECARIO

Delimitemos primero el ámbito de este trabajo. Para ello es imperioso precisar las diferencias que existen entre "comodato", "comodato precario" y "precario".

El artículo 2174 del Código Civil define el *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 *comodato precario* es una especie o modalidad del contrato de comodato. De acuerdo a los artículos 2194 y 2195, el comodato toma el título de precario en los siguientes casos: a) si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo (2194); y b) cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución (2195 inc. 1°).

En resumen, el comodato será precario en los supuestos indicados en los artículos 2194 y 2195 inc. 1° del Código Civil; en los demás casos debemos hablar simplemente de comodato.

No tiene mayor trascendencia que se trate de simple comodato o de comodato precario, pues en ambos casos nos encontramos frente a situaciones contractuales, perfectamente regidas por la ley, a las que habrá que aplicar las normas propias establecidas en el título XXX del Libro IV del Código Civil y las generales de los actos o declaraciones de voluntad. Tiene importancia la distinción para dos aspectos: a) en primer lugar, para saber el momento en que el comodante puede pedir la restitución de la cosa, pues si se trata de un simple comodato, por regla general, no se puede pedir la devolución de la cosa prestada sino una vez que haya expirado el plazo del contrato o después de que se haya hecho uso de la cosa para la finalidad convenida. Excepcionalmente puede solicitarse la restitución antes del tiempo estipulado, en los casos que indica el artículo 2180 inciso 2°. En cambio, si el comodato es precario, el comodante puede pedir la restitución en cualquier tiempo; y b) para saber el procedimiento que debe seguirse para la restitución de la cosa. En el comodato precario el problema lo resuelve expresamente el artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que debe aplicarse el procedimiento sumario. En cambio, no es tan

clara la situación tratándose del comodato simple, pues podría entenderse que el procedimiento es el ordinario, ya que el Código de Procedimiento Civil no establece uno especial (artículo 3 del Código de Procedimiento Civil), como también podría concluirse que el procedimiento es el sumario, considerando que la acción de restitución derivada del contrato de comodato requiere por su naturaleza de una tramitación rápida para que sea eficaz (680 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil). Preferimos este último camino.

3. Muy diferente a todo lo anterior es la situación del *precario*, contemplada en el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil. Establece ese precepto que "constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

En el precario que contempla esta disposición no estamos frente a una situación contractual. No hay aquí, como en el comodato precario, una forma, modalidad o tipo del contrato de comodato. Por esta razón —porque no hay contrato— siempre nos ha parecido que no es propio referirse a esta situación como a un caso de "comodato precario". No hay comodato precario, porque no hay contrato, hay simplemente una cuestión de hecho que es mejor llamar precario¹.

4. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE COMODATO (SIMPLE O PRECARIO) Y EL PRECARIO

a) En un caso hay contrato. En el precario una situación de hecho, no contractual. No merece dudas esta última afirmación, pues el art. 2195 inc. 2° habla de la "tenencia" de una cosa ajena, y ello implica una situación de hecho. Y todavía la disposición remarca el carácter no contractual, cuando señala que esa tenencia es "sin previo contrato".

b) La acción que tiene el comodante para pedir la restitución de la cosa prestada es una acción personal, porque deriva del derecho personal generado por el contrato de comodato. Recordemos que el artículo 578 del Código Civil, después de dar el concepto de derecho personal o crédito, agrega que de estos derechos nacen las acciones personales.

En cambio, la acción que tiene el dueño para demandar, de quien ocupa una cosa de su dominio por su tolerancia o ignorancia, la restitución de esa cosa, es una acción real, porque deriva de su derecho de dominio que es un derecho real. El artículo 577, después de dar el concepto de derecho real y de indicar cuáles son, señala que "de estos derechos nacen las acciones reales".

Don Pablo Saavedra² afirma que no puede sostenerse que la acción de comodato precario —para nosotros precario— sea real. Y agrega: "La acción real no sólo debe nacer de un derecho real, sino que debe estar precisamente destinada a protegerlo o a recuperar su ejercicio", lo que, según él, no ocurre con la acción de precario. También descarta que sea personal, concluyendo que "escapa a la distinción tradicional entre acciones reales y personales", pero reconoce que "algunas de sus características encuadran mejor dentro del primer grupo" (vale decir, las reales).

Nos pronunciamos claramente por la idea de que es una acción real, porque deriva del derecho de dominio, y porque puede ejercerse en contra de quien se encuentre detentando la cosa. Nos parece indudable, además, que está protegiendo el derecho de dominio al tratar de devolver al dueño el goce de la cosa que detenta un tercero.

c) La acción que tiene el comodante para pedir la restitución de la cosa prestada prescribe de acuerdo a lo establecido en el artículo 2515 del Código Civil, esto es en 3 o en 5 años, según se intente la acción ejecutiva u ordinaria. Estos plazos se cuentan desde que la obligación de restituir se hace exigible, o

¹Graciela Ramos Pascual: "Comodato Precario y Precario", Memoria, Universidad de Concepción, 1982, pág. 2.

²Pablo Saavedra Belmar: "El Contrato de Comodato", Memoria, Universidad de Concepción, 1954, pág. 77.

sea "desde que haya expirado el plazo estipulado como duración del contrato o haya terminado el empleo a que destinaba la cosa el comodatario"³.

La acción de precario, por ser una acción real, no prescribe de acuerdo al artículo 2515, sino en conformidad al artículo 2517 del Código Civil, lo que quiere decir que el dueño podrá pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo, mientras conserve su condición de dueño. Se extinguirá su acción cuando se extinga su dominio, lo mismo que ocurre con la acción reivindicatoria. En un caso que nos tocó conocer, el demandado en segunda instancia opuso la excepción de prescripción, sosteniendo que el dueño había tolerado la ocupación del tercero por más de 5 años. Adujo que debía aplicarse la regla del artículo 2515, porque era inaceptable pensar que pudiera afirmarse que se trataba de una acción que no prescribía. En definitiva la Corte de Concepción⁴ no dio lugar a la excepción de prescripción, pero para ello se fundó en una razón procesal: que el demandado no había opuesto la excepción de prescripción en el comparendo respectivo. No entró entonces al fondo del asunto.

En sentencia de 12 de enero de 1981, la Corte Suprema, asimilando el precario al comodato precario, en razón de la ubicación del artículo 2195 inciso 2º entre las normas de este último, llega a la conclusión de que la acción del precario prescribe igual que la del comodato precario⁵. No compartimos esta doctrina por las razones ya explicadas.

d) Puede darse en comodato una cosa ajena. En cambio, no hay precario, mejor no hay acción de precario, cuando la cosa es ajena.

A nadie puede merecer dudas de que puede celebrarse un contrato de comodato sobre una cosa ajena. En esta materia el Código Civil no se separó del principio reiteradamente aceptado de que los negocios jurídicos pueden recaer sobre cosa ajena⁶. Lo que decimos queda claramente probado con la sola lectura de los artículos 2183 y 2188 del Código Civil, el primero al establecer que "el comodatario no tendrá derecho para suspender la restitución, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante..."; y el segundo, al señalar que "si la cosa no perteneciere al comodante..."

De manera que cuando el comodante demanda la restitución de la cosa, el demandado no puede enervar la acción alegando que no es del actor.

En el precario la situación es exactamente al revés: el demandante deberá probar su condición de dueño, porque lo exige el artículo 2195 inc. 2º, que habla de la "tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia *del dueño*". De modo que el demandado podrá oponer la excepción de no ser dueño el demandante⁷.

e) Entre el comodato (simple o precario) y el precario hay también diferencias fundamentales en materia probatoria. En efecto, cuando se demanda la restitución de la cosa prestada, el demandante deberá probar, como es obvio de acuerdo al artículo 1698, la existencia del contrato de comodato, que es la fuente de donde deriva su derecho para exigir la restitución, lo que incluso podrá hacer por testigos "cualquiera sea el valor de la cosa prestada" (art. 2175).

En cambio, cuando se interpone la acción de precario, el actor, como lo veremos más adelante, únicamente deberá probar que es dueño de la cosa cuya restitución pide y que esta cosa se encuentra en poder del demandado.

³Pablo Saavedra B., ob. cit. pág. 89.

⁴Sentencia de 8 de abril de 1983, dictada en la causa "San Celedonio con Venegas", rol 50881 del Tercer Juzgado de Letras de Concepción.

⁵Revista Fallos del Mes N° 268, sentencia 7, pág. 480 (Contid. 6°).

⁶Razzón Domínguez Benavente: "El precario", Revista de Derecho Español y Americano, N° 27, Madrid, 1961.

⁷Sobre este punto véase sentencia de Corte de Santiago de 10 de septiembre de 1979, publicada en Revista Gaceta Jurídica N° 28, pág. 14.

f) Finalmente, podríamos señalar algunas diferencias en cuanto al procedimiento. Ya explicamos que cuando se trata de un comodato simple el procedimiento será el ordinario o el sumario (por aplicación del artículo 680 inc. 1° del Código de Procedimiento Civil); y en el caso del comodato precario, el juicio sumario, por establecerlo así el mismo artículo 680 en su número 6.

No ha señalado la ley cuál es el procedimiento para el precario. Nos parece incuestionable que tiene también que ser el sumario, por aplicación del artículo 680 inc. 1° del Código de Procedimiento Civil. La Corte Suprema ha resuelto que el procedimiento es el sumario, atendida la ubicación de la disposición junto a las del comodato precario, lo que hace suponer la intención del legislador de hacerle aplicable las mismas normas⁸.

5. *Elementos del precario.* Como lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, los elementos del precario son, de acuerdo al artículo 2195 inc. 2°, los siguientes: A) Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución reclama; B) Que el demandado sea un tenedor sin contrato, de la misma cosa; y C) Que la tenencia se deba a la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Cada uno de estos elementos ha sido objeto de análisis por nuestros tribunales. Nos proponemos señalar algunos de los problemas debatidos en estos juicios, respecto de cada uno de ellos.

6(5-A) *EL ACTOR DEBE SER DUEÑO DE LA COSA CUYA RESTITUCIÓN RECLAMA*

Señalemos previamente que la cosa objeto del precario puede ser mueble o inmueble. Sin embargo, todos los casos de jurisprudencia que conocemos se refieren a los inmuebles.

Una prevención es importante: debe tratarse de una cosa singular, determinada. Hay reiterados fallos sobre esta materia. Así, en uno de ellos se dijo que "de los artículos 2174 y 2195 inciso 2° del Código Civil, se deduce que el comodato precario —precario diríamos nosotros— deje ejercitarse sobre una cosa singular y determinada; de donde fluye que para exigir su restitución es preciso que el actor la singularice y determine suficientemente. No basta por ello, para acoger la acción, que el demandante haya probado que es dueño del fundo y que los demandados ocupan ciertas superficies en él, si no se ha especificado suficientemente las porciones que cada uno de los demandados ocupa"⁹. En otra sentencia bastante más reciente, se puede leer que "la acción de precario persigue la restitución de una cosa singular y determinada y por ello, el actor debe no sólo acreditar dominio sobre una superficie de terreno de gran tamaño o cabida, sino que también debe determinar que el sitio o retazo que pretende recuperar tiene identidad propia señalando sus límites, dimensiones y ubicación dentro del mayor paño que le pertenece"¹⁰.

Luego, cuando se pretenda demandar de precario habrá que tener cuidado en las siguientes situaciones: a) cuando el demandado ocupa una parte del predio; y b) cuando son varios los demandados, sea que ocupen una parte del predio o la totalidad. En cualquiera de estos supuestos, igual que en el caso de la acción reivindicatoria, deberá individualizarse cuidadosamente la porción de terreno que ocupa el demandado o cada uno de los demandados, cuando son varios. Y esto es perfectamente lógico pues, en caso contrario, no se ve cómo podría cumplirse la sentencia que acoja la acción. No se sabría qué es lo que tiene que restituir.

7. En relación con el mismo requisito —que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución solicita— preguntémosnos si podría intentar la demanda de precario el usufructuario. Conocemos un par de fallos que han tratado el asunto.

El primero de ellos se dictó en un juicio seguido en Coquimbo. Allí la actora sostuvo que su condición de usufructuaria le habilitaba para reclamar la cosa fructuaria que detentaba el demandado, a fin de ejercer la facultad de goce, que le otorgaba su derecho real. El tribunal de primera instancia dio lugar a la

⁸Revista Fallos del Mes N° 206, sentencia 7, pág. 480.

⁹Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XXXI, Sec. 1°, pág. 540.

¹⁰Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXVIII, Sec. 1°, pág. 104.

demanda. La Corte de La Serena, en fallo de mayoría, revocó la sentencia, sosteniendo que quien debía demandar de precario era el dueño, en el caso, el nudo propietario.

La Corte Suprema en sentencia de 20 de noviembre de 1979¹¹, en que hubo dos votos de minoría, revocó el fallo a la Corte confirmando la sentencia de primer grado.

Pocos años después la Corte Suprema se enfrentó a un problema similar. En sentencia del 1° de junio de 1983¹², resolvió que "de acuerdo con lo que disponen los artículos 582, 764 y 765 del Código Civil, el usufructuario se encuentra, en relación con el uso y goce de la cosa sobre el que recae el usufructo, en la misma situación jurídica que el propietario pleno, en cuanto al derecho a que se refiere el artículo 2195 del mismo código, aun frente al nudo propietario que está privado de dichos uso y goce". También en este caso hubo un voto disidente.

Estamos claramente por la idea de que el usufructuario puede demandar de precario. A él – y no al nudo propietario – interesa la restitución de la cosa porque mirado el problema desde el punto de vista de este último, lo mismo le da que la cosa la goce un tercero o el usufructuario. Desde otro ángulo, parece injusto sostener que el nudo propietario – que sólo tiene la facultad de disposición – vaya a estar en mejor situación que quien tiene las otras dos facultades del dominio (uso y goce)¹³.

8. Otro aspecto que es necesario analizar en relación con este mismo requisito – que el actor sea dueño de la cosa – es el caso de los comuneros.

El problema es saber si cuando existe propiedad proindiviso puede demandar de precario un comunero.

Sobre este aspecto es necesario hacer algunas distinciones:

- a) que la demanda la interponga un comunero como si fuera dueño exclusivo;
- b) que el comunero demande por la comunidad; y
- c) que se demande a otro de los comuneros.

a) En cuanto a la primera situación no hay dudas que la demanda es improcedente, porque el demandante no es dueño y, por ello, no cumple con el requisito establecido en el artículo 2195 inciso 2°. Varias sentencias así lo han declarado¹⁴. En el mismo sentido la doctrina¹⁵.

b) Si el comunero demanda por la comunidad, y lo hace con poder suficiente de los demás comuneros, es obvio que tampoco hay problemas, pues en el fondo no es él quien está demandando sino todos. El problema se crea cuando uno solo, sin poder, demanda por la comunidad.

Para legitimar esta acción podría recurrirse a la idea del mandato tácito y recíproco. Ello atendido lo dispuesto en el artículo 2305 en relación con el artículo 2081 del Código Civil. Hay algunos fallos que han aceptado este mandato tácito y recíproco¹⁶. Sin embargo, la jurisprudencia se ha ido uniformando en el sentido de que no hay mandato tácito y recíproco entre los comuneros¹⁷.

En cuanto a la doctrina, tanto don Luis Claro Solar¹⁸ como don Manuel Somarriva¹⁹, son contrarios también a este mandato tácito.

De manera que si seguimos a estos autores o a la jurisprudencia mayoritaria, tendremos que concluir que no puede un comunero demandar de precario por todos los integrantes de la comunidad.

¹¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXVI, Sec. 1°, pág. 173.

¹² Revista Fallos del Mes N° 295, pág. 249.

¹³ Graciela Ramos Pascual, *ob. cit.*, pág. 51.

¹⁴ Gaceta Jurídica N° 47, pág. 60; Gaceta Jurídica 28, pág. 14.

¹⁵ Enrique Silva Segura: *Acciones, Actos y Contratos sobre Cosa*, Primera Edición, pág. 211 Edn. SAMVER.

¹⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia T. XXXVII, Sec. 1°, pág. 1.

¹⁷ Véase Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LIII, Sec. 2°, pág. 70; T. LIX, Sec. 1° pág. 167; T. LXII, Sec. 4°, pág. 479.

¹⁸ Luis Claro Solar: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, T. VI, N° 364, pág. 517.

¹⁹ Manuel Somarriva Undurraga: *"Indivisión y Partición"*, T. I, pág. 247, Edn. Jurídica, 1956.

No obstante, se puede llegar a un resultado distinto, si se enfoca el problema de otra manera, y se parte de la base de que esta demanda de precario importa un acto conservativo. Sobre este punto un fallo de la Corte de Concepción, redactado por el abogado integrante don Ramón Domínguez Benavente, aceptó, siguiendo este criterio, que un comunero demandara de acción posesoria por todos. Dice la parte correspondiente de esta doctrina: "Si bien puede ser discutida la existencia en nuestra legislación de un mandato recíproco de administración entre los comuneros, en virtud del cual cualquiera de ellos podría realizar actos o gestiones en beneficio de la comunidad, la verdad es que sin entrar a la justificación de tal doctrina, el jus prohibendi o derecho de veto no impide a un copropietario realizar actos meramente conservativos, puesto que con ello trata de obtener la protección de su propio derecho"²⁰. Nos parece que esta doctrina puede perfectamente aplicarse al caso del precario²¹⁻²².

c) La última situación relacionada con los comuneros es determinar si cuando un comunero tiene la cosa en su poder, podrían los demás demandarlo de precario para obtener la restitución. La respuesta es negativa porque el resto de los comuneros no son propietarios exclusivos. Por otra parte, ese comunero tiene un título —precisamente su condición de comunero— que lo habilita para usar de la cosa en los términos y con las limitaciones que indica el artículo 2081 N° 2, que debe aplicarse por mandato del artículo 2305 del Código Civil. De manera que los otros comuneros no tienen acción de precario. Si no están de acuerdo con el goce de quien detenta el bien, tendrán que pedir la designación de un administrador pro indiviso o pedir el término del goce gratuito en la forma que indica el artículo 655 del Código de Procedimiento Civil.

9 (5-B) *EL DEMANDADO DEBE TENER LA COSA EN SU PODER SIN CONTRATO*

También tratándose de este requisito deben ser estudiados diversos problemas que desarrollaremos en los puntos siguientes.

10. a) *NATURALEZA DEL CONTRATO EN VIRTUD DEL CUAL SE TIENE LA COSA*

Para que proceda el precario se requiere que el demandado tenga la cosa en su poder, sin título alguno. Pero no basta cualquier título para enervar la acción de precario. Debe tratarse de uno que por su naturaleza sea idóneo para poner la cosa en poder del demandado. Tendrían este carácter, por ejemplo, un contrato de comodato, un contrato de arriendo.

En cambio, no estimamos como contrato idóneo para estos efectos el contrato de promesa de compraventa que pueda haber celebrado el actor con el demandado. Y no lo creemos apto, porque el contrato de promesa, según el artículo 1554 inciso final del Código Civil, en relación con el artículo 1553 del mismo código, sólo genera una obligación de hacer (otorgar el contrato prometido). Lo que puede ocurrir es que en el contrato de promesa se inserte una cláusula, que puede constituir otro contrato —comodato por ejemplo— en virtud del cual se entrega la cosa prometida comprar al promitente comprador. Pero ésa es una situación distinta.

Me parece curioso que este aspecto que, a nuestro entender, es tan claro, pueda haber sido tan controvertido y haber generado sentencias contradictorias. Así, por ejemplo, en una oportunidad se resolvió que "no procede la acción de precario basada en el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil e intentada por el actual dueño del inmueble, en contra del tenedor del mismo, si éste lo ocupa en virtud de un contrato de promesa celebrado con el propietario anterior..."²³. En sentido contrario, otro fallo dijo: "Si es un hecho de la causa que el demandante es dueño del inmueble a que se refiere el juicio y que el demandado

²⁰Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 83, pág. 105.

²¹Sobre este punto véase Graciela Ramos P., ob. cit. páginas 53 y siguientes.

²²Sobre actos conservativos que puede intentar un comunero, recomendamos ver el comentario que se hace a la sentencia 464, del libro "Las Obligaciones y Contratos ante la Jurisprudencia", de Manuel Somarriva, Segunda Edición, actualizada por Ramón Domínguez Benavente.

²³Revista Fallos del Mes N° 169, pág. 302. En el mismo sentido, véase Revista de Derecho Universidad de Concepción, año 1928, pág. 269.

ocupa el inmueble por mera tolerancia de la primera y sin previo contrato que emane de la misma, sino en virtud de una promesa celebrada con el anterior dueño, carece el ocupante de todo título para mantener en su poder el inmueble, como quiera que la promesa celebrada sólo produce una acción personal para exigir el cumplimiento de dicho contrato entre las partes firmantes"²⁴. En este mismo sentido es el último fallo que conocemos sobre esta materia. Se trata de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 14 de marzo de 1984: "Que el contrato de promesa de compraventa celebrado por la demandada con el antiguo dueño del departamento materia de esta causa, no es un título que la habilite para ocuparlo, sino sólo le da derecho para hacerle a su contratante las exigencias que contempla el artículo 1553 del Código Civil..."²⁵

11. b) ¿DE QUIEN DEBE EMANAR EL CONTRATO EN VIRTUD DEL CUAL EL DEMANDADO TIENE LA COSA?

El problema es resolver si el título tiene que emanar del actor o si podría derivar de un tercero. Pongo un ejemplo: es obvio que si se demanda y el demandado tiene un contrato de comodato o de arriendo que emana del mismo actor, la acción de precario no podrá prosperar por tener el demandado un título idóneo para retener la cosa.

No es igual la situación cuando el demandado trata de enervar la acción con un contrato que él celebró con un tercero. En este sentido la Corte Suprema ha resuelto que "no constituye precario la tenencia de una cosa en virtud de contrato celebrado con el dueño anterior de ella"²⁶ y que "para que un contrato de arrendamiento pueda enervar la acción de precario del inciso 2° 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"²⁷. Otro fallo más moderno, de 14 de marzo de 1984, estableció 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"²⁸. Varios años antes la Corte Suprema había resuelto el problema del mismo modo, pero esa sentencia tenía un interesante voto de minoría de los Ministros Alfredo Larenas, Luis Aguero Pérez y del Fiscal Urbano Marín. Se dice en ese voto disidente que "no cabe 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 significación por la frase complementaria "con el dueño" ni con ninguna otra que no permitiera interpretar la referida disposición en el sentido amplio antes expuesto". Además, los disidentes dan como argumento el que se puede dar en arriendo una cosa ajena (1916) y que en ese caso el artículo 1931 señala que "la acción de terceros que pretendan derechos a la cosa arrendada, se dirigirá contra el arrendador". Esto demuestra, según el voto de minoría, que no puede dirigirse contra el arrendatario con una demanda de precario"²⁹.

Por nuestra parte, nos pronunciamos por la idea que se ha ido imponiendo en la jurisprudencia, de que el tercero para enervar la acción tiene que tener un título que obligue al propietario (nótese: no que derive de él, sino que le obligue).

Tenemos aquí sí que hacer una salvedad tratándose del caso del contrato de arriendo, cuando el arrendador enajena el bien. En ese supuesto, sea que el contrato de arriendo le sea oponible al comprador, en virtud del artículo 1962, sea al revés, de todas formas no podrá demandar de precario al arrendatario. Deberá usar la acción respectiva que en el caso de los bienes raíces urbanos le otorga la ley 18.101, vale

²⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXX, Sec. 1°, pág. 71.

²⁵ Gaceta Jurídica N° 45, pág. 40.

²⁶ Revista Fallos del Mes N° 265, pág. 45.

²⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXVII, Sec. 1° pág. 264.

²⁸ Corte de Santiago, Gaceta Jurídica N° 45, pág. 40.

²⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XLVII, Sec. 1°, pág. 36.

decir, demandar de acuerdo al procedimiento que señala el artículo 7 de esa ley, la restitución del inmueble por haber expirado el derecho del arrendador. Por cierto, que no podrá intentar esta acción el comprador que está obligado a respetar el arriendo en los términos del artículo 1962 del Código Civil.

12. c) *SITUACION QUE SE PRODUCE CUANDO EL DEMANDADO TIENE LA COSA EN VIRTUD DE UN TITULO QUE HA QUEDADO SIN EFECTO*

Pueden presentarse distintas situaciones: 1.- Que el demandado haya entrado a ocupar la cosa en virtud de un contrato que se declaró nulo; 2.- Que la haya entrado a ocupar en virtud de un contrato que ha sido resuelto; y 3.- Que la cosa la tenga en virtud de un contrato que las partes resciliaron.

Veamos cada una de estas situaciones en el mismo orden.

1. En el caso de que el título haya sido declarado nulo, en virtud del efecto propio de la sentencia que declara la nulidad, las partes deben volver al estado que tenían al momento de celebrarse el contrato (1687 del Código Civil). Ello viene a significar que el título desaparece con efecto retroactivo, de modo que la cosa la pasa a tener sin título alguno. Estamos por ello de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema en el sentido que "si el contrato celebrado no produce obligaciones, el tenedor carece de contrato previo para justificar la tenencia"³⁰.

Problema distinto al que venimos tratando, es resolver si en un caso como el propuesto, puede afirmarse que el demandado tenga la cosa por "mera tolerancia" o "ignorancia" del dueño, situación que analizaremos más adelante.

2. Si se ha resuelto el contrato, la situación es igual a la anterior. También, siguiendo la opinión generalmente aceptada, la resolución opera retroactivamente. Igual que en el caso anterior, queda por definir si en una situación como ésta puede hablarse de que exista ocupación por "mera tolerancia" o "ignorancia" del dueño.

Con fecha reciente, la Corte de Apelaciones de Concepción conoció de un juicio de precario en que la demandada se defendió aduciendo que no era cierto que tuviera el inmueble sin título alguno, pues lo había comprado a la institución demandante. No obstante, como la compraventa había sido resuelta por el no pago del precio, "resolución que una vez declarada opera retroactivamente en virtud del efecto propio de toda condición cumplida", la Corte dijo que el único dueño del local comercial era el actor (el Banco Español-Chile). Y agregó: "No puede entonces negarse, frente a los antecedentes probatorios examinados, que la demandada es una mera detentadora de los inmuebles sometidos a litigio, respecto de los cuales se halla ausente toda vinculación jurídica entre el demandante y ella" (Considerando 8). Y en el Considerando 9 concluyó "que de lo que se acaba de exponer fluye que la demandada es una detentadora que ocupa la propiedad litigiosa sin derecho ni título alguno. Su tenencia es una mera situación de hecho que no puede ampararse en la protección posesoria, ni menos en un contrato de compraventa legalmente resuelto. Ella está tolerada por el dueño, quien en su condición de propietario y conforme a sus atributos puede poner fin en el momento que desee..."³¹.

3. Si el contrato ha sido resciliado, nos parece que el problema tendrá que resolverse considerando los términos en que las partes hayan acordado la resciliación. Si bien es cierto que la generalidad de los autores estiman que la resciliación no produce efectos retroactivos, estamos con la opinión de don David Stinchkin³² en orden a que entre las partes la resciliación "produce los efectos que éstos hayan querido atribuirle y deben respetarla igual que la ley. Es decir, se aplica íntegramente la disposición del artículo 1545 del Código Civil, que comprende tanto los contratos como las convenciones. En consecuencia,

³⁰Revista Fallos del Mes N° 199, sentencia 6, pág. 96.

³¹Sentencia de 26 de marzo de 1987, recaída en la causa caratulada "Banco Español Chile con Martínez", rol 1039-86 de la Corte de Concepción.

³²David Stinchkin B., Apuntes de Derecho Civil, Obligaciones, II Parte, pág. 149, Edic. 1948, Editorial Universitaria.

para saber si el demandado tiene título, habrá que ver si le dieron o no efecto retroactivo a la resciliación. Si así ocurrió, carece de título.

13. d) *SITUACION DEL ADJUDICATARIO*

Conozco dos sentencias que se han pronunciado sobre si el adjudicatario que en un juicio de partición se adjudica un bien puede intentar la acción de precario para recuperar el bien adjudicado que está en manos de los otros ex comuneros. En uno de estos fallos, la Corte Suprema —7 de junio de 1982— resolvió que “aun cuando concluyó el condominio del demandado en virtud del fallo particional seguido de la adjudicación del bien del actor, tal circunstancia no tuvo la virtud de transformar la antigua tenencia del demandado, amparada mediante título de dominio, en comodato por mera tolerancia o ignorancia”³³. El considerando 3° de esta sentencia señaló que “también la ley ha previsto la forma de cumplir forzosamente lo que al efecto se ha resuelto —se refiere al juicio particional— de modo que no es dable aceptar, como lo ha pretendido el recurrente, que todo este régimen jurídico se convierta en un caso de tenencia por ignorancia del dueño o por su mera tolerancia, encontrándose entonces en lo cierto el fallo...”.

Conviene tener presente que en el Recurso de Casación que dio motivo a este fallo se alegó, entre otras cosas, que en virtud del efecto declarativo de la partición, el demandado no había tenido jamás derechos sobre el bien.

Años antes, la misma Corte Suprema, se había pronunciado en sentido contrario (que había precario)³⁴.

14. e) *PRECARIO EN EL CASO DE EXISTIR MATRIMONIO ENTRE LAS PARTES*

Un caso muy interesante resolvió la Corte de Santiago con fecha 30 de mayo de 1983. Una mujer casada en régimen de separación de bienes demandó de precario a su marido que ocupaba una propiedad de la mujer. El fallo de mayoría estuvo por desechar la demanda, estimándola contraria a la naturaleza y fines del matrimonio y especialmente a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Civil que obliga al marido a recibir a la mujer en su casa, pudiendo exigirle que viva con él. El Ministro Gálvez tuvo un voto disidente del mayor interés en que, en síntesis, sostuvo lo siguiente: el artículo 133 crea una obligación para el marido (tener un hogar para que viva la familia), obligación que es del marido no de la mujer. Agregó que la circunstancia de haber vivido un tiempo marido y mujer en la casa de esta última, no constituía para el marido el título de tenencia, sino que configura únicamente una situación de hecho que se ha prolongado para el demandado en una ocupación de esa propiedad por la mera tolerancia de la mujer. Agregó todavía que, de aceptar la tesis contraria, se llegaría al absurdo de conferir al marido —con la excusa de tener allí su casa— un título de tenencia sobre un bien raíz de su mujer, que no vive con él, con el carácter de gratuito e irrevocable, lo que resulta evidentemente contrario a derecho y a la más elemental equidad. Y termina el voto con esta reflexión: “que por otra parte es útil recordar que la exigencia establecida en el inciso 2° del artículo 2195 está referida a un “previo contrato” que justifique jurídicamente la tenencia, y no a una simple explicación sobre la forma como se llegó a ocupar el inmueble”³⁵.

15. f) *PRECARIO EN EL CASO DEL MATRIMONIO NULO*

La Corte Suprema en sentencia del 11 de agosto de 1980, se pronunció en esta materia. El caso era el siguiente: durante el matrimonio la mujer adquirió un bien raíz con su patrimonio reservado. Al anularse el matrimonio y disolverse la sociedad conyugal, ella renunció a los gananciales, con lo que quedó dueña exclusiva del bien raíz. En seguida, demandó a su ex marido para que le restituyera la propiedad alegando que la tenía sin título alguno. La Corte Suprema dio lugar a la demanda³⁶. La sentencia, estimamos noso-

³³Revista Fallos del Mes N° 283, pág. 174.

³⁴Revista de Derecho y Jurisprudencia T. U. Sec. I, pág. 84.

³⁵Gaceta Jurídica N° 36, pág. 61.

³⁶Revista Fallos del Mes N° 251, pág. 7.

tros, se ajusta a la equidad, pues no se ve qué otra acción pudo haber intentado la mujer para recuperar la tenencia de su propiedad.

16. g) CASO DEL CONCUBINATO

Una sentencia del 8 de junio de 1981³⁷, resolvió el caso de una conviviente que era dueña del inmueble y de un establecimiento comercial que allí funcionaba (establecimiento que tenía la patente comercial a nombre de la mujer). Pues bien, la mujer demandó a su concubino de precario. La Corte de Santiago dio lugar a la demanda "por no tener el demandado título que justifique su ocupación". Hago notar que se trataba de un concubinato en que había hijos comunes y en que el demandado era —igual como lo haría un marido— el que administraba el negocio.

Otro caso en que se invocó como título el concubinato fue resuelto por la Corte Suprema en sentencia del 19 de noviembre de 1963. La situación era la siguiente: demandó de precario doña Isabel Picó García a doña Carmen Robles Ocaño. Fundó su demanda en la circunstancia de ser dueña del inmueble objeto del juicio, por haberlo adquirido por sucesión por causa de muerte de su hijo Fernando Agustí. Señaló que la demandada lo ocupaba sin título alguno por su mera tolerancia. Esta última se defendió alegando haber sido la concubina del causante, por lo que el bien raíz había sido comprado con el producto del trabajo de ambos. De esa forma, sostuvo la demandada, no era efectivo que tuviera la cosa sin título alguno y por mera tolerancia de la actora. La sentencia de primera instancia dio lugar a la demanda de precario, fallo que revocó la Corte de Santiago. La actora interpuso recurso de casación en el fondo, resolviendo la Corte Suprema que si bien era cierto que en la especie se cumplían todos los requisitos del precario, no se podía acoger el recurso —lo que implicaba el rechazo de la demanda— por no haberse señalado como infringido el artículo 2195 del Código Civil³⁸.

Lo que nos interesa de este fallo es que se estimó que el concubinato por sí solo no era título que justificara la tenencia, mientras no se declarara, a petición de la demandada, la existencia de una comunidad o de una sociedad de hecho con el causante. Nos parece bien fallado el asunto y en definitiva —y esto es realmente lo importante— la Corte Suprema hizo justicia pues evitó que la demandada quedara privada de un inmueble adquirido durante un concubinato que duró 30 años (hecho debidamente probado en el juicio, según lo señaló el Considerando 1º de la sentencia).

17(5-C) QUE EL DEMANDADO TENGA LA COSA POR MERA TOLERANCIA O IGNORANCIA DEL DUEÑO.

Este ha sido uno de los requisitos más controvertidos del precario. Creemos que la gran pregunta en este punto es la siguiente ¿la ignorancia o mera tolerancia del dueño constituye un elemento nuevo, diferente de la falta de título?, ¿o, por el contrario, se confunde con aquel requisito?

Numerosos fallos han resuelto que se trata de un elemento nuevo. Así se ha fallado que "no puede prosperar la acción de precario si el actor no afirma, ni insinúa siquiera como fundamento de su demanda, que la tenencia del inmueble por el demandado derive de ignorancia o mera tenencia de su parte"³⁹ que "la ignorancia o mera tolerancia del dueño es un elemento indispensable para la existencia del precario, hecho que corresponde acreditarlo al demandante en el pleito"⁴⁰. Muchos otros fallos podríamos citar⁴¹.

Sin embargo, nos parece que la tendencia actual de la jurisprudencia es la contraria, esto es que la falta de título supone o hace presumir la mera tolerancia o ignorancia. Así se ha dicho que "en un juicio de comodato precario el reconocimiento del demandado, en orden a que ocupa la propiedad reclamada y no

³⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia T. LXXVIII, Sec. 2ª, pág. 102.

³⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LX, Sec. 1ª, pág. 345.

³⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LX, Sec. 1ª, pág. 343.

⁴⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXII, Sec. 1ª, pág. 90.

⁴¹ Véase sobre el particular, Emilio Rosco E., "La prueba ante la jurisprudencia", Segunda Edición, Pág. 107, en la que se citan 6 fallos.

exhibe título alguno que autorice o justifique esa ocupación, circunstancia que a él correspondía probar, hace presumir la mera tolerancia del propietario⁴².

Don Emilio Riosco E., estudiando el onus probandi en materia de precario, sostiene que "la ignorancia o mera tolerancia del dueño no son elementos constitutivos sino motivaciones del precario, que comportan una actitud normal del dueño no detentador y que por eso mismo él no está obligado a probar para hacer procedente la acción"⁴³.

Por nuestra parte, tenemos dudas de que la falta de título del demandado suponga necesariamente la mera tolerancia o ignorancia. En efecto, podemos imaginar distintas situaciones en que no hay título de ocupación en el ocupante y en que difícilmente podría afirmarse que tenga la cosa por mera tolerancia o ignorancia del dueño. Así, en el caso en que se tenía un título que ha quedado sin efecto por nulidad o resolución; cuando el demandado ocupa la cosa contra la voluntad del dueño⁴⁴.

No obstante que, como acabo de señalar, pienso que en rigor la falta de título no supone necesariamente la mera tolerancia o ignorancia, nos pronunciamos por la otra tesis por parecernos más ajustada a la equidad. Y lo creemos así, pues en un conflicto de intereses entre un propietario que ha probado su derecho de dominio, y un ocupante, que no ha sido capaz de probar la existencia de un título de ocupación, nos parece que lo justo es proteger al primero.

Cuando estudiemos la prueba en el precario, tendremos oportunidad de volver sobre este asunto.

En relación con este requisito se ha resuelto que las expresiones "mera tolerancia" e "ignorancia" no son sinónimas, sino incompatibles, de manera que no se puede demandar alegando a la vez mera tolerancia e ignorancia. O lo uno o lo otro. Así lo resolvió, a nuestro juicio adecuadamente, la Corte de Concepción⁴⁵.

Se ha fallado también⁴⁶ que "no puede sostenerse que la demandada ocupe la propiedad de que se trata por mera tolerancia del actor, si éste mismo reconoce en su demanda y se encuentra establecido en autos, que el señalado inmueble ya se encontraba en poder de la demandada a la fecha de la adquisición por el demandante. Esto revela que la tenencia en cuestión no emanaba de la mera tolerancia del actor, y mal puede alegarse entonces la existencia de un precario ex contrato".

No estamos de acuerdo con esta sentencia. Nos parece que si una propiedad se enajena, estando ocupada por un tercero que la detenta por mera tolerancia o ignorancia del vendedor, el comprador o adquirente puede demandar de precario. El artículo 2195 inciso 2º no dice que no proceda la acción en ese supuesto; señala únicamente que debe existir mera tolerancia "del dueño". Y debemos entender que si el dueño la enajena, el adquirente pasa a ocupar la misma situación jurídica de aquél. Además, si el tradente es dueño – y partimos del supuesto de que lo es – está transfiriendo el dominio, lo que implica todas las acciones que derivan de ese derecho, entre otras la de precario. Finalmente, si no entendemos las cosas de este modo, podría darse el caso absolutamente inaceptable de que el comprador no tuviera ninguna acción en contra del ocupante⁴⁷.

18. NO CABE LA ACCIÓN DE PRECARIO EN CONTRA DEL POSEEDOR

Si quien se encuentra ocupando el bien tiene la condición de poseedor – es decir, se encuentra detentando la cosa con ánimo de señor o dueño –, no tiene cabida la acción de precario. Vale la pena, sin

⁴²Revista de Derecho y Jurisprudencia T. LVII, Sec. 1º, pág. 25.

⁴³Emilio Riosco E., *ob. cit.* pág. 108, comentando sentencia publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXVII, Sec. 1º, pág. 358.

⁴⁴Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XXXI, Sec. 1º, pág. 540.

⁴⁵Citado por don Pablo Saavedra B., *ob. cit.* pág. 75.

⁴⁶Revista Fallos del Mes N° 112, sentencia 3, pág. 137. En el mismo sentido, la misma Revista N° 266, sentencia 7, pág. 480, Considerando 6º.

⁴⁷Se alima por algunos que lo procedente sería, en situaciones como ésta, iniciar una acción reivindicatoria fundada en el artículo 915 del Código Civil, opinión que si bien ha sido acogida en algunos fallos, estimamos dudosa, porque por definición la acción reivindicatoria se tiene contra "el poseedor", no en contra del simple "detentador". Véase sobre este punto Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo III, Sec. 1º, pág. 204; T. LV, Sec. 1º, pág. 126 (de particular interés es el voto disidente del Ministro Emilio Poblete P.); T. LXXV, Sec. 2º, pág. 503. Véase también sobre el alcance del art. 915, Luis Claro Soler, *ob. cit.* T. IX N°s. 1803, 1804 y 1805.

embargo, hacer algunas precisiones tratándose de los inmuebles.

¿Qué ocurre, por ejemplo, si el dueño del inmueble demanda de precario y el demandado, para enervar la acción, afirma encontrarse en el predio en calidad de poseedor? Según nuestro entender pueden darse situaciones distintas:

a) que el demandado exhiba una inscripción de dominio respecto del bien objeto del juicio. Reiteradamente se ha resuelto que, en casos como éstos, la acción de precario del artículo 2195 inc. 2° del Código Civil debe desestimarse, pues “el juicio en que se hace valer la acción de precario del artículo 2195 inc. 2° del Código Civil, dado su carácter sumario, no es adecuado para resolver a quién pertenece un bien raíz cuando ambas partes tienen o invocan un título de dominio inscrito sobre él. La resolución de la litis en estas condiciones es propia de un juicio reivindicatorio de lato conocimiento y no de un sumario como es el que corresponde al precario”⁴⁸.

b) que el demandado afirme ser poseedor no inscrito. Aquí el problema es bastante más difícil de resolver porque entronca con toda la teoría de la posesión inscrita y con el valor que se asigne a la inscripción. En efecto, si se piensa que la posesión sólo se adquiere y prueba con la inscripción, habrá que entender que el demandado no es poseedor, atendido lo dispuesto en los artículos 724 y 924 del Código Civil. Podría, en consecuencia, intentarse en su contra la acción de precario.

En cambio, si se estima que la inscripción no constituye por sí sola posesión de un bien raíz, sino una garantía del hecho posesorio, viene a resultar que se puede ser poseedor aunque no se tenga inscripción (así ocurre cuando existe una simple inscripción de papel en favor de un tercero). En este supuesto, no cabe la acción de precario. Si el poseedor es demandado, tendrá que probar su posesión acreditando los hechos positivos a que sólo da derecho el dominio, en la forma establecida en el artículo 925 del Código Civil.

En relación con lo que venimos diciendo, se ha resuelto que no obstante tener el actor el inmueble objeto del juicio inscrito a su nombre, no se puede tener por acreditado el dominio, en razón de existir en autos otros antecedentes —absolución de posiciones del demandante y prueba de testigos— que demuestran que el predio había sido comprado con anterioridad a la inscripción del actor por un antecesor de los demandados. Además, estos últimos habían tenido su posesión material “cultivándolo, trabajándolo, cerrándolo y edificando en él como si fueran dueños”. La sentencia agrega que “la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces no comprueba necesariamente que pertenezca el dominio al titular, lo que sólo ocurrirá si el tradente o el antecesor hubiese sido dueño del bien inscrito...”⁴⁹.

19. *ONUS PROBANDI EN LOS JUICIOS DE PRECARIO*

Uno de los aspectos más interesantes y debatidos del precario dice relación con el peso de la prueba.

En cuanto a la prueba del dominio, corresponde al actor, por ser el dominio el fundamento de su acción; la causa de pedir. Es aplicación lisa y llana del artículo 1698 del Código Civil.

Cuando se trata de bienes raíces inscritos, el demandante probará su dominio, con la correspondiente inscripción. En esta forma prueba su posesión, con lo que entra a jugar la presunción del artículo 700 inciso 2° del Código Civil, de que el poseedor es reputado dueño.

Si el inmueble no está inscrito, deberá el actor probar la posesión de hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, plantaciones o sementeras y otras de igual significación (artículo 925 del Código Civil).

Tratándose del precario, no se es tan exigente en la prueba del dominio, como en la acción reivindicatoria (decimos que en la acción reivindicatoria se es más exigente porque cuando el título es derivativo,

⁴⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LVII, Sec. 1º, pág. 140. En el mismo sentido, T. LXIV, Sec. 1º, pág. 54.

⁴⁹ Revista Fallos del Mes N° 266, sentencia 7, pág. 480 (considerandos 3º y 4º).

se debe probar la posesión de todos los antecesores hasta completar el plazo de prescripción extraordinaria). La explicación es simple: en el juicio reivindicatorio el demandado es poseedor, es decir, una persona que tiene la cosa con ánimo de señor o dueño y que, por esa razón, está amparada por la presunción del artículo 700 inc. 2º del Código Civil; en cambio en el precario es un simple detentador sin título alguno.

En sentencia de la Corte Suprema de 12 de enero de 1981⁵⁰, se resuelve que "la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces no comprueba necesariamente que pertenezca el dominio al titular, lo que sólo ocurriría si el tradente o el antecesor hubiese sido dueño del bien inscrito, puesto que nadie puede transferir más derechos que los que tiene..." (Considerando 4º). Como vemos, en este caso la Corte Suprema no aceptó como prueba del dominio, en un juicio de precario, la última inscripción, sino que exigió también las anteriores. Ello se explica por el hecho de que en el caso particular que resolvió había antecedentes que demostraban que los demandados derivaban su derecho de una inscripción anterior totalmente desvinculada de la del demandante. En buenas cuentas, la presunción de dominio del actor fundada en el artículo 700 inc. 2º quedaba desvirtuada con la prueba rendida en el pleito por los demandados.

Los problemas serios en esta materia se presentan cuando se trata del peso de la prueba respecto de los otros requisitos del precario (falta de título y la "mera tolerancia" o "ignorancia" del dueño). Hubo un tiempo en que en forma muy sostenida se falló que concernía al actor probar los hechos constitutivos de su acción de precario, por lo que a él correspondía probar no sólo su dominio, sino además que el demandado tenía la cosa sin título alguno por mera tolerancia o ignorancia suya⁵¹.

Hoy día entendemos este problema definitivamente aclarado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales han dejado establecido que en el precario el actor sólo prueba su dominio y que compete al demandado la prueba del título en cuya virtud tiene la cosa. Y si no puede probar ese título se entiende que la tiene por "mera tolerancia" o "ignorancia" del dueño. En caso contrario, se ha dicho, se exigiría al actor una prueba imposible⁵². Sin embargo, un fallo muy nuevo⁵³ se aparta de esta línea y vuelve a la doctrina anterior.

Nos parece del mayor interés un comentario que hace don Emilio Riosco E., en su obra varias veces citada en este trabajo, a una sentencia, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXVII, Sec. 1ª, pág. 358. Esa sentencia estableció que "para que prospere la acción de precario basta acreditar la calidad indiscutida de dueño, cuando la persona que tiene la tenencia material no pruebe que la tiene a otro título distinto que el de ignorancia o mera tolerancia del propietario". Comentando esa doctrina, don Emilio Riosco señala: "En nuestro concepto, ésta es la doctrina que se ajusta a derecho, tocante al onus probandi en los casos en que se ejercita la acción de precario con arreglo al artículo 2195 inciso 2º del Código Civil. Y agrega: "Si los elementos constitutivos específicos son los que tipifican una situación jurídica, distinguiéndola de otras, resulta que en el precario sólo hay una relación entre el dueño y el detentador, condición que es anormal puesto que pertenecen al propietario el uso y goce exclusivos que atribuye el dominio". "Por eso el artículo 2195 inciso 2º agrega "sin previo contrato" ya que existiendo contrato se legitimaría la aparente anormalidad"; Y termina expresando: "Ahora bien, queda probada la condición anormal acreditando el actor su dominio y la tenencia del demandado, es decir, la situación de precario; pero la ignorancia o mera tolerancia del dueño no son elementos constitutivos sino motivaciones del precario, que comportan una actitud normal del dueño no detentador y que por eso mismo él no está obligado a probar..."⁵⁴.

⁵⁰ Revista Fallos del Mes N° 266, sentencia 7, pág. 480.

⁵¹ En este sentido pueden verse, por ejemplo: Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XLVI, Sec. 1ª, pág. 299; T. LVIII, Sec. 1ª, pág. 124. Véanse también sentencias citadas por don Emilio Riosco en su obra, páginas 106-107; y Fallos del Mes N° 313, sentencia 3ª, pág. 674.

⁵² En este sentido Emilio Riosco E., ob. cit., pág. 107 y los siguientes fallos: Revista de Derecho y Jurisprudencia T. LXXVII, Sec. 1ª, pág. 26. Gaceta Jurídica 55, pág. 62 (Sentencia de 29 de noviembre de 1985); Revista Fallos del Mes N° 274, pág. 398.

⁵³ Revista Fallos del Mes N° 313, sentencia 3ª, pág. 674.

⁵⁴ Emilio Riosco Enriquez, ob. cit. páginas 107-108.