Artículo: Comentarios de Jurisprudencia. 1. Comunidad. Precario. Mandato tácito y recíproco inexistente
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 205
AÑO LXVII
ENERO-JUNIO 1999
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA
Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

# REVISTA DE DERECHO

27 SET. 2007

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Comentarios de Jurisprudencia. 1. Comunidad. Precario. Mandato tácito y recíproco inexistente
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

## 1. COMUNIDAD. PRECARIO. MANDATO TACITO Y RECIPROCO INEXISTENTE

*DOCTRINA*

Siendo un predio del dominio de una comunidad, no puede uno solo de los comuneros sin mandato de los demás, deducir la acción de precario. La doctrina ha sostenido que no existe el mandato tácito y recíproco entre comuneros.

Corte Concepción, 29 septiembre 1999, autos rol 44-99 "Barrueto María con Huenchucán", redacción abogado integrante Sr. Julio Sáez, ministro Sr. F. Henríquez y abogado integrante Sr. M. Munsenmayer.

*COMENTARIO*

Las cuestiones clásicas que parecen resueltas definitivamente, vuelven de improviso en la jurisprudencia, en sentencias que parecen olvidar cuanto se ha resuelto antes hasta llegar a doctrinas que parecían definitivas. El rol creador y de precisión de las normas que debe tener la jurisprudencia se pierde de así y surge la duda del porqué se pone en cuestión lo que ya está decidido y más aún acertadamente, sin razón y, lo que es más grave, sin provecho social.

Lo que se acaba de señalar es aplicable plenamente a la sentencia de la Corte de Concepción cuya doctrina se ha transcrito. En efecto, se trataba de resolver si un comunero podía deducir una acción de precario sin contar con la concurrencia de los demás y en ausencia de un mandato expreso. La sentencia de primera instancia había desestimado la acción, fundándose en que en nuestro derecho no cabe la existencia de un mandato tácito y recíproco entre comuneros. Esa doctrina es confirmada por la I.Corte, acudiéndose, en el caso, a la cita del trabajo del profesor Sr. René Ramos P. Sobre Precario (esta Revista N° 180, pág. 11), quien a su vez se funda en la autorizada opinión de don Manuel Somarriva Undurraga. En efecto y como se sabe, frente a la doctrina jurisprudencial de algunas

Artículo: Comentarios de Jurisprudencia. 1. Comunidad. Precario. Mandato tácito y recíproco inexistente
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



sentencias que sí lo aceptaban, el profesor Somarriva sostenía que entre los comuneros no existía el mandato tácito y recíproco, fundándose para ello en que la referencia que el art. 2.305 del C. Civil hace a los derechos de los socios en el haber social, no puede entenderse hasta hacer aplicable a la comunidad la regla del art. 2.081 inc. 1º, que sí consagra ese mandato entre los socios, de modo que la referencia a esta última norma sólo se extiende a los números dos, tres y cuatro. Para llegar a esa conclusión, se remontaba a la historia del establecimiento de las reglas sobre la comunidad que Bello tomó de Pothier, cuya doctrina no contendría ese mandato tácito y recíproco (M. Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 183, 4ª edic. Santiago 1987. Véase, además, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, N° 464, 2ª. Edic. por Ramón Domínguez Benavente y la jurisprudencia allí citada). Se une así el profesor Somarriva a la tesis que ya había defendido Claro Solar (*Derecho Civil* t.17 N° 2309), doctrina que por lo demás ha sido compartida por otros autores.

Pero también es cierto que el mismo profesor Somarriva escribe, a continuación, que aunque la doctrina de algunos fallos que aceptan la tesis del mandato tácito y recíproco es equivocada, la solución final ha sido acertada porque, en definitiva, cada comunero puede efectuar por sí solo actos que impliquen defender sus derechos y por eso señala que "nosotros pensamos que ese mandato tácito y recíproco no existe. Basta sostener que cada comunero puede realizar lo que sea útil a los restantes condómines" (*Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, N° 464 *in fine; Indivisión y partición*, N° 184 a la pág. 165). Igualmente, el profesor don René Ramos P., en el mismo trabajo citado en la sentencia, escribe que, aunque la tesis del mandato tácito y recíproco no le parece admisible, "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", refiriéndose luego a la conocida sentencia de la I. Corte de Concepción de 25 de abril de 1952 (esta Revista, n° 83, pág. 105), y agregando que "nos parece que esta doctrina puede perfectamente aplicarse al precario" (artículo citado, pág. 12). Semejante tesis ha sido admitida por la sentencia de la I.Corte de Concepción de 3 de noviembre de 1995 (Recurso de Protección 50-95 de don Hugo Caprille Z.), cuyo redactor fue el ministro Sr. Enrique Silva Segura (quien por otra parte, en su obra *Acciones, actos y contratos sobre cuota*, Santiago, 1985, pág. 165, no acepta la posibilidad de acciones de comuneros frente a terceros sin mandato de los demás), al resolverse que "tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado que un comunero por sí solo puede intentar acciones en defensa de la cosa común".

En efecto, la tesis del mandato tácito y recíproco no viene al caso para resolver sobre la facultad de un comunero para realizar por sí solo ciertos actos en régimen de indivisión. Con o sin él la solución final es la misma: si existe, es evidente que una acción de precario puede ser deducida sin la concurrencia de los demás, en uso de tal mandato. Si no existe, habrá de tenerse en cuenta que desde siempre se ha aceptado que cualquier comunero puede realizar por sí solo cualquier acto que tienda a conservar sus derechos y los de los demás copartícipes.

Artículo: Comentarios de Jurisprudencia. 1. Comunidad. Precario. Mandato tácito y recíproco inexistente
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Cualquiera de los comuneros tiene facultad para realizar por sí solo un acto conservativo y esa doctrina es común en el derecho comparado. Incluso en Francia, en que el Código Civil no tenía reglas particulares sobre el funcionamiento de la copropiedad, ésa era la doctrina común (Así para acciones posesorias, J. Maury y J. Vialleton, en Planiol y Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil*, t.4, Successions, N° 472 y M. Picard, t.3 Les Biens, N° 289, 2ª. Edic., París, 1952). La ley de 31 de diciembre de 1976 que introdujo las reglas pertinentes en el Código Civil, la acogió y manda que los actos conservativos puedan ser llevados a cabo por uno solo de los comuneros (art. 815-2, inc.1°). La jurisprudencia por su parte ha aplicado la regla no sólo a actos materiales o jurídicos, sino también a acciones como la reivindicación de una servidumbre de tránsito (Civ. 3, 4 dic. 1991, Gaz. Pal. 1992, pan. 2), la destinada a obtener la expulsión del que ocupa una parcela indivisa (Civ.3, 17 abril 1991, J.C.P. 1991. IV. 35), la demanda para poner en mora a arrendatario de predio rústico (Civ. 3, 30 octubre 1991, J.C.P. 1992, I. 3.619, obs. Périnet-Marquet), etc. (Sobre ello, H.H.L. Mazeaud y F. Chabas, *Leçons de Droit Civil*, Les Biens, N° 1.312-1,8ª. Edic., París, 1994).

En España, si bien el principio de la unanimidad parece presidir las normas sobre el ejercicio de acciones en la comunidad, es lo cierto que la jurisprudencia ha admitido que cualquiera de los comuneros pueda comparecer en juicio para la conservación de los derechos de la comunidad, si lo hace en beneficio e interés de todos los copartícipes. (Así, L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las Relaciones Jurídico-Reales*, pág.922, Madrid 1995; J.L. Lacruz B., *Elementos de Derecho Civil*, t.3, *Derechos Reales*, vol.2, pág. 272, Barcelona, 1980, quien cita las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1969, 9 de marzo de 1978, entre otras).

Esa ha sido la doctrina constante entre nosotros, la que por lo demás resulta lógica y útil para el adecuado funcionamiento de la comunidad, cuyos integrantes pueden incluso ser desconocidos para algunos comuneros o de difícil ubicación, haciendo difícil si no imposible la obtención de un mandato. De este modo, exigir un mandato formal para deducir acciones conservativas sólo conduce a privilegiar la situación del demandado que, las más de las veces, tiene una situación ilegítima frente a los comuneros. La acción de precario es evidentemente conservativa y útil a la comunidad, como lo son las acciones posesorias, las propias del arrendamiento y otras semejantes que no implican disposición sobre los bienes comunes.

La sentencia comentada pone pues en cuestionamiento una solución que se ha impuesto con ventajas para el funcionamiento de la comunidad y sin una razón que la justifique, ni práctica ni jurídicamente. Habría bastado a los sentenciadores, para llegar a la solución acertada, leer al profesor René Ramos unas líneas más abajo de la parte que de su trabajo se cita, lo que prueba, además, que a veces el argumento de autoridad, tan usado entre nosotros, es de por sí peligroso si a la autoridad invocada sólo se le lee parcialmente y ello se hace por jueces que deciden una controversia y no por simples doctrinadores que sólo a ellos compromete su afán.