Artículo: Comentario jurisprudencia. 2. Precario. Comodato precario. Convivencia. Prueba del dominio
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

Nº 192
AÑO LX
JULIO-DICIEMBRE 1992
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECAS

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Comentario jurisprudencia. 2. Precario. Comodato precario. Convivencia. Prueba del dominio
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

Suprema había resuelto cosa parecida, imponiendo incluso sanción a los jueces de la instancia que había procedido a ordenar despachar mandamiento sin examen previo de la calidad del título). La Corte recuerda también que, para decidir por esas circunstancias, era admisible la excepción del art. 464 Nº.7 del C. de Proc. Civil, no tenían por qué ajustarse necesariamente a las alegaciones del ejecutado, ya que el deber de examinar el título, impuesto por el art. 441 del C. de Proc. Civil, está referido a los jueces, los que, aunque la parte no haya fundado en aquellas circunstancias su excepción, han de cumplir con su deber. La Corte. Ya en sentencias antiguas, diversos tribunales habían resuelto que el examen que ordena el art. 441 del C. de Proc. Civil no es meramente formal, sino de fondo -cosa que a veces se olvida por los jueces de la instancia- (Así, C. Suprema, 6 de noviembre 1931, *Rev. de Der.*, t. 29, sec. 1ª. p. 148; C. La Serena, 14 enero 1960, *Rev. de Der.* t. 57, sec. 2ª. p. 1) y que ese deber pesa incluso sobre el tribunal de segunda instancia (C. Santiago, 28 de marzo 1906, *Rev. de Der.*, t. 4, sec. 1ª. p. 305).

2. PRECARIO. COMODATO PRECARIO. CONVIVENCIA. PRUEBA DEL DOMINIO

DOCTRINA

El hecho de haberse entregado por el demandante un inmueble a la demandada para que ésta viviera en él y pudiese así mantenerse una convivencia marital entre ellos, aceptada por ésta que se trasladó a habitar allí con su hijo producto de esa convivencia, constituye un comodato que se aparta de la idea de mera tolerancia en la cual se ha fundado una acción de precario. En la acción de precario la ley no exige una prueba completa del dominio y basta la presunción que ampara al poseedor.

Corte de Concepción, 17 de junio de 1993, autos rol 75-93 caratulados G. San Martín con A. Ríos.

COMENTARIO

Se sabe que la acción de precario tiene más bien un origen jurisprudencial que positivo. Jamás estuvo en la idea del autor del Código el crear, casi de paso, en el art. 2195 inc. 2º y a propósito del contrato de comodato, una acción protectora del dominio que, en la mayoría de las situaciones de hecho, ha venido a desplazar a la reivindicación. Hace ya años, algún litigante ingenioso encontró adecuado fundar allí una acción para desalojar a un ocupante de hecho y desde que los tribunales admitieron la acción se inició el desarrollo de la institución del precario que, sin embargo, jamás ha perdido enteramente su origen jurisprudencial que frecuentemente recuerda la doctrina. (Así, R. Domínguez Aguila, "Observaciones a Ciento Veinte Años de Jurisprudencia", en esta revista, Nº. 118 (1975), pp. 59 y sgts. y esp. p. 76 y sobre el precario en especial, R. Domínguez Benavente, "El Precario, en *Rev. de Derecho Español y Americano*,

Artículo: Comentario jurisprudencia. 2. Precario. Comodato precario. Convivencia. Prueba del dominio
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

Nº. 27, p. y sgts., Madrid 1961; R. Ramos P. "Del Precario", en esta Revista, Nº. 180, 1986, pp. 7 y sgts.).

Es natural, entonces, desde que sus contornos sólo son precisados por la práctica, que aún hoy surjan situaciones curiosas sobre precario. En este caso se trata de un varón que, seguramente cansado de una simple convivencia con una mujer y luego de haber tenido con ella un hijo natural, pretendía hacerle abandonar la casa que le había proporcionado, precisamente para mantener la vida común. Su letrado tuvo la ocurrencia de utilizar la acción de precario, como si aquella ex conviviente fuera una simple ocupante de hecho que, por mera tolerancia suya, usaba un bien de su dominio. Seguramente, ese letrado pensó que los hechos calzaban a la letra con la acción de precario, tal cual ha sido entendida por la jurisprudencia: la mujer había entrado al inmueble gracias a que su dueño se lo permitió y no existía entre ambos contrato alguno.

El juez *a quo* lo entendió así y acogió la demanda. Mas a la Corte de Concepción los hechos no le parecieron, seguramente, ajustados a la equidad. No parecía justo admitir que un concubino que, por cualquier razón que no aparece del fallo, se había cansado de la convivencia, pretendiera expulsar de la casa donde él mismo había fundado vida común a la mujer y a su propio hijo, fruto de esa convivencia. Y para desestimar la acción, la Corte recurre a la distinción entre contrato de comodato y precario. De acuerdo a la práctica jurisprudencial, la situación de precario que permite la acción del art. 2195 inc. 2º es de mero hecho y por ello se da, si no existe entre las partes, un contrato previo que legitime la entrada del demandado en el bien objeto de la acción, de forma que la ocupación se dé, sea porque el demandante ignoraba esa entrada en ocupación o porque ella deriva de un mero dejar hacer, sin propósitos de generar obligaciones. La literatura nacional sobre el punto es conocida y a ella nos remitimos (R. Domínguez B ., op. cit.; R. Ramos P., op. cit.; P. Saavedra B., *El Contrato de Comodato*, Concepción, 1954; G. Ramos P. *Comodato Precario y Precario*, Concepción, 1982).

Pues bien, la Corte razona bajo el supuesto que entre los convivientes ha existido un contrato de comodato, aunque sea precario. El art. 2194 diferencia al comodato precario del precario del art. 2195 inc. 2º, porque en aquél existe un contrato, es decir un acuerdo de voluntades generador de la obligación de restituir, aunque sin plazo y sujeto en su conclusión a la sola manifestación de voluntad del comodante. La circunstancia de que, para mantener una convivencia, el demandante hubiere entregado a la demandada un inmueble, incluso amoblado y allí se hubiere ésta trasladado a vivir, era la demostración, según los sentenciadores, de un acuerdo de voluntades y no de una mera tolerancia pasiva a la entrada de la demandada en ese inmueble. Aunque la distinción parezca sutil, la entendemos claramente fundada. La mera tolerancia implica, según numerosas sentencias, el dejar hacer sin oponerse a ello (Por ej., C. Santiago, 9 de abril de 1991, *Rev. de Der.* t. 88, sec. 2ª. p. 32; 23 de marzo de 1987, *Gaceta Jur.* Nº. 81, p. 32). En otros términos, en ella no existe un acuerdo de voluntades, sino un hecho material, como es la ocupación de un bien por una persona y la contemplación pasiva de esa ocupación por el dueño. Pero en el caso había

Artículo: Comentario jurisprudencia. 2. Precario. Comodato precario. Convivencia. Prueba del dominio
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

existido un acuerdo: el del demandante de entregar su casa a la demandada y el de ésta de trasladarse a vivir allí, y ambos, con el objeto de tener una convivencia que se mantuvo de tal modo que incluso de ella nació un hijo. Ya con anterioridad la Corte Presidente Aguirre Cerda había resuelto que la autorización expresa dada por el demandante al demandado, para ocupar un inmueble excluía la mera tolerancia (sentencia de 31 de julio 1986, Jurisprudencia, *Rev. de la Asoc. Nac. de Empleados Poder Jud.* Nº. 37, p. 31). Es claro que una solución como la del caso que se comenta requería una finura de análisis que prestigia a los sentenciadores, por unir en el fallo la justicia con la buena técnica jurídica (En situación semejante, la C. Suprema el 19 de noviembre de 1963, *Rev. de Der.* t. 60, sec. 1ª. pág. 345 no tuvo esa misma línea de análisis y la concubina se libró sólo por haber sido mal fundado el recurso de casación). Es de tener en cuenta, al respecto, que el redactor de la sentencia, abogado integrante don Daniel Peñailillo, es uno de nuestros más destacados civilistas.

El fallo hace también un acertado análisis del problema probatorio del dominio en la acción de precario. En esta materia la jurisprudencia ha sido a veces contradictoria. Se ha sostenido que la prueba que ha de proporcionar el demandante sobre su dominio es sumaria y no completa como la que requiere la reivindicación (R. Ramos P., op. cit. esta revista Nº. 180, 1986 p. 18; R. Domínguez Benavente, *Rev. de Der. Español y Americano*, Nº 27, 1961); pero también se ha pedido a veces una prueba completa (por ej. C. Suprema, 12 de enero 1981, Fallos del Mes Nº. 266, sent. 7, p. 480 y *Rev. de Der.* t. 78, sec. 1ª., p. 5). En el caso, el fallo se contenta con la prueba del título de adquisión y constancia de su inscripción en el Registro de Propiedad, y lo hace porque la situación de hecho y las consecuencias jurídicas que de ella resultan son diversas en la acción reivindicatoria que en la de precario. En aquella, el demandante, por la propia definición de la acción (art. 889 C. Civil), hace del demandado un poseedor y así, él mismo se coloca en situación de tener que desvirtuar la presunción de dominio que protege al poseedor (art. 700 C. Civil). Por ello, se le exige la prueba completa del dominio que sólo puede hacerse en caso de esgrimirse un título traslaticio, recurriendo a la prescripción como medio de prueba, ya que no como modo de adquirir. Pero en el precario, el demandado no está protegido por tal presunción, la que, tratándose de un inmueble, existirá para el demandante si acompaña a los autos constancia de tener inscrito el inmueble a su nombre, porque de acuerdo al sistema nacional de posesión inmobiliaria, la inscripción es prueba de posesión (art. 924 C. Civil). Frente a esa prueba, es al demandado a quien incumbirá acreditar que la presunción de posesión no corresponde a una realidad, probando, por ejemplo, su posesión, o destruyendo el mérito de la inscripción que aduce el demandante. Ello justifica, pues, una prueba sumaria del dominio.