Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 3. Precario y comodato precario. Reglas aplicables. Suspensión de lanzamiento
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

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

Nº 198
AÑO LXIII
JULIO - DICIEMBRE 1995
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 3. Precario y comodato precario. Reglas aplicables. Suspensión de lanzamiento
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

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

dos propiedades superpuestas; pero no es la única, ya que no se trata entonces de la consecuencia lógica del principio de lo accesorio. Otra forma de solucionarlo es la que adopta el art. 669 de nuestro Código: mantiene las dos propiedades en forma distinta y en sus propios titulares; pero confiere al dueño de lo principal una facultad o poder, para hacer suyo lo accesorio mediante el pago de una indemnización o precio. No hay pues, realmente, accesión, ya que el dominio se atribuye no por la incorporación material, sino por el ejercicio del derecho o facultad del adquirente y previo pago al cedente.

La demanda debía desestimarse porque no se había acreditado el dominio de la construcción cuya entrega se pedía, desde que los antecedentes probatorios de la causa agregados por la actora no probaban su derecho, como lo exige el art. 2195 inc. 2° del C. Civil; pero no era posible sostener que ese dominio era imposible por las reglas del art. 669 del C. Civil, puesto que éste admite, sin problemas y mientras el pago ya referido no se haga, la propiedad de una construcción en distinto titular que el del suelo.

3. PRECARIO Y COMODATO PRECARIO. REGLAS APLICABLES. SUSPENSION DE LANZAMIENTO

DOCTRINA

El precario, regulado en el art. 2195 inc. 2° siendo una situación de hecho, se rige por las mismas reglas que el comodato precario, situación contractual prevista en el art. 2194. Por ello, debe hacerse lugar a la suspensión de un lanzamiento pedida por la demandada en juicio de precario, aunque el art. 13 de la ley 18.101 diga relación con el comodato precario. Por lo demás, los motivos sociales que concurren en un caso explican la suspensión en el otro.

Corte Concepción, 6 de mayo 1996, autos rol 386-96.

COMENTARIO

Otra sentencia que versa sobre la confusa situación existente en la jurisprudencia chilena en torno al precio y al comodato precario.

Se sabe que el art. 2194 del C. Civil tratando del contrato de comodato, califica a éste de precario si el comodante tiene la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada, en cualquier tiempo. Se trata pues de una particularidad del contrato de comodato y de allí que en tal caso deba hablarse de "comodato precario".

Con todo, esa modalidad de comodato tiene poca aplicación práctica, como ocurre, por lo demás, con el comodato en general, especialmente en tiempos en que las consideraciones económicas dejan los contratos gratuitos al uso de los pocos generosos que en el mundo quedan. La generosidad no es vista como virtud, sino como excentricidad y de allí que no sea común la existencia de contratos gratuitos, porque ya no cabe el "elogio de la gratuidad" (sobre la cual, Carmen A. Domínguez Hidalgo, "Elogio a la gratuidad", memoria, Concepción 1989). En efecto, contratos como el comodato sólo tienen uso, en la práctica, como medios técnicos para lograr fines prácticos esencialmente interesados y onerosos, como por ejemplo, obviar los inconvenientes que la entrega de la cosa supone en la prenda mercantil.

Lo que sí tiene aplicación práctica es la acción de precario, ideada por la jurisprudencia hace ya tiempo, fundándose en el texto del art. 2195 inc. 2°. Esta regla, como es de conocimiento ya común, trata no de una situación contractual, sino de una de

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 3. Precario y comodato precario. Reglas aplicables. Suspensión de lanzamiento
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

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

hecho, en que no ha existido relación convencional alguna previa ("sin previo contrato" dice el art. 2195 inc. 2°) y que, sin embargo, determina que una persona tenga en su poder material una cosa ajena, sea porque lo tolera el dueño o lo ignora. Basándose en esta regla, la jurisprudencia admite la existencia de una acción tendiente a recuperar la cosa del que la tiene en aquellas condiciones de hecho, habiéndose así sustituido en la práctica, la necesidad de recurrir a la reivindicación en múltiples situaciones. Pero la propia jurisprdencia no ha sido cuidadosa de distinguir la situación de hecho de la contractual y así, a veces se califica de comodato precario lo que es simple precario (sobre ello, M. Somarriva U. *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, 2a. edi. por R. Domínguez Benavente, n. 363, pág. 273, Santiago, 1984).

En el caso, se trataba de una acción de precario y fallada la causa haciéndose lugar a la demanda, se ordenó el desalojo de un inmueble por parte del demandado. Este, sin embargo, en la etapa de cumplimiento, solicitó la suspensión del lanzamiento, invocando la regla del art. 13 de la ley 18.101. De acuerdo a éste, en los juicios del contrato de arrendamiento previstos en el título III de la ley, el juez, decretado el lanzamiento, puede suspenderlo en casos graves y calificados, por un plazo no superior a seis meses y extiende la misma autorización a los juicios de "comodato precario". El *a quo* negó lugar a la petición, porque tratándose en la especie de un juicio de "precario", no podía darse lugar a suspensión del lanzamiento que la ley sólo ha previsto para el "comodato precario". Esta es la decisión que revoca la Corte de Concepción bajo la base que si ambas situaciones son diversas, han de regirse por las mismas reglas ya que ello resulta de la historia del art. 2195 inc. 2° tomado del Código Bávaro y que la limitación hecha en la ley 18.101 a los solos juicios de comodato precario, proviene sólo de una inadvertencia legislativa, existiendo además las mismas razones sociales para suspender el lanzamiento en uno y otro caso.

No creemos exactas las conclusiones de los sentenciadores, por mucho que su sentido social les haya motivado, en el fondo, la decisión, puesto que, según lo entendemos, las razones esgrimidas no son adecuadas.

Desde luego, no es efectivo que el art. 2195 inc. 2° tenga como fuente el Código Bávaro. No siempre se usa el argumento histórico y las notas de Bello con la exactitud requerida. En efecto, es verdad que una nota de Bello al Proyecto Inédito dice "C. Báv. libro IV, c.2, art. 11"; pero el Código Bávaro no hace referencia a la situación de hecho prevista en el inc. 2° de nuestro art. 2195. En efecto, éste decía: "*Respecto al préstamo de tolerancia*, o sea a título precario (*precarium*) se observarán las mismas reglas, a excepción de que el prestador puede pedir la cosa prestada cuando le acomode". Cabe observar entonces que esta regla no dice relación con la situación de hecho del art. 2195 inc. 2° del C. chileno, sino con uno de los casos del contrato de comodato, llamado de tolerancia o "*precarium*", porque ni se fijó tiempo para la restitución, ni se determinó el servicio a que la cosa se destinaba. Esta hipótesis es de antigua data y era conocida por el Derecho Romano: "*Precarium est, quod précibus petendi utendum concéditur tamdiu, quamdiu is qui concessit pátitur*" (Ulpiano, Dig. 48.26.1). Así, lo que distingue al *comodatum* propiamente tal del *precarium* es la posibilidad del prestador de pedir la cosa en cualquier tiempo. El Código Austríaco, en el art. 974 era aún más preciso: "Cuando el objeto del uso, ni su duración han sido determinados, sólo hay *contrato precario*, y entonces puede el prestador volver a pedir la cosa prestada, a su voluntad". El Código Prusiano (arts. 230 y 233) estaba más cerca del art. 2195 inc. 2° nuestro pues, aunque siempre refiriéndose a una situación contractual, decía: "Cuando la época de la restitución no se ha fijado ni por la convención, ni por la naturaleza del uso, el tomador es considerado como detentor y debe devolver la cosa tomada ante el primer requeri-

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 3. Precario y comodato precario. Reglas aplicables. Suspensión de lanzamiento
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

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

miento. Lo mismo se dirá cuando el uso de un inmueble se ha concedido *sin contrato por escrito*". Tanto el Código Bávaro, como los otros citados y todos los de su época, hacían pues referencia a una modalidad contractual, que es la del inc. 1° del art. 2195 nuestro y la referencia al Código Bávaro tiene la particularidad de alejar la regla del art. 1900 del C. francés que, en igual situación, concedía al juez la facultad al que tomó la cosa prestada un término "proporcionado a las circunstancias".

No es pues posible derivar de la nota de Bello y de la referencia al Código Bávaro, la conclusión que el inc. 2° del art. 2195 manda que se apliquen a la situación de hecho denominada entre nosotros "precario", las mismas reglas que para el contrato de comodato y en especial las del "contrato de comodato precario", porque el Código Bávaro no se refiere a ella, sino, por el contrario, lo que ordenaba era que en el caso en que el contrato de comodato no se hubiese determinado el uso para el que se destinó la cosa o el tiempo de duración, debían aplicarse las mismas reglas que para el comodato propiamente tal. Pero la situación de hecho a que venimos haciendo referencia es original de Bello. De aquí que la interpretación de la misma haya de hacerse teniendo como elemento, únicamente el texto de la ley. Este no manda que se apliquen las mismas reglas a la situación de hecho que a la contractual. El art. 2194 ordena que el comodante, en el contrato de comodato precario, puede pedir la cosa en cualquier tiempo. Lo mismo ocurre en el art. 2195 inc. 1° y en el inc. 2° que es la situación de hecho. Se trata entonces de determinar que en todas esas situaciones el que tiene la cosa no puede invocar el tiempo para retener la cosa y la restitución queda al arbitrio del demandante, siendo para él un derecho absoluto no controlable por la teoría del abuso del derecho y apartándose así del C. francés que daba una facultad al juez para dar plazo de restitución. Pero lejos está el Código de someter una situación de hecho a las mismas reglas que una situación contractual, porque ello implicaría que el que entró subrepticiamente a una cosa puede invocar a su favor, por ejemplo, las normas de indemnizaciones y mejoras previstas en las reglas del comodato. Esas reglas pueden ser invocadas por el comodatario en el caso que su *contrato sea precario*, más no las puede invocar el simple precarista de hecho, siendo así insostenible la conclusión de la sentencia que comentamos en cuanto a que "la idea de Bello fue que se aplicaran a esta figura las mismas reglas del comodato". Si así fuere, el precarista podría, en el juicio de precario, invocar al derecho de retención, si no se le pagan las indemnizaciones previstas por el art. 2192 por los perjuicios sufridos a raíz de la mala calidad de la cosa, conclusión que es, claramente insostenible. No es ello lo que dice el art. 2195 inc. 2° y es por tanto excesivo extender la asimilación que hace el artículo referido del precario a la del comodato precario, para toda regla que rija a ésta, a éste o al comodato sin más. Lo único que el art. 2195 inc. 2° regla es el derecho que tiene el dueño de la cosa para pedir su restitución en cualquier tiempo y sin que pueda controlarse su fundamento o el juez conceder plazo de restitución y en ello asimila el precario al comodato precario; pero no puede irse más allá en la asimilación, porque desde luego, hasta las acciones pertinentes son distintas, desde que una, la de precario se funda en el dominio y la de comodato precario, en la existencia de una relación contractual.

Ahora bien, la regla de la ley 18.101, art. 13 inc. 2° hace especial referencia al "comodato precario" y por lo mismo, no pensamos que, por una supuesta asimilación cabal entre la situación de "precario" y la de "comodato precario", haya de extenderse a ambas. Tampoco pensamos que los fundamentos de extender la atribución dada al juez en un caso rijan, del mismo modo en el otro. La situación del detentador en el "comodato precario" tiene un fundamento contractual y por ende, legítimo. La del precarista en una simple situación de hecho, sin título alguno que la legitime y, por lo mismo, se encuentra en el mismo límite entre lo legítimo y lo ilegítimo.

Artículo: Comentarios de jurisprudencia.. 3. Precario y comodato precario. Reglas aplicables. Suspensión de lanzamiento
Revista: Nº198, año LXIII (Jul-Dic, 1995)
Autor: Carmen Domínguez Hidalgo

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

Recordaremos además que la facultad dada al juez para suspender, después de citada la sentencia, un lanzamiento, fue incorporada a nuestra legislación por la ley 17.410 y que luego el art. 21 inc. 3° del D.L. 964 contempló el mismo texto que el actual art. 13 de la ley 181.101. Esas reglas han sido criticadas y en especial por su inconstitucionalidad. En efecto, ella implica pasar por sobre lo resuelto por el juez en sentencia dotada ya de fuerza de cosa juzgada y, por ende, contrariar este efecto que tiene rango constitucional, atendido lo prevenido en el art. 73 de la Constitución. Las reglas que le precedieron fueron también discutidas en su constitucionalidad y por la misma razón: se pretende revivir procesos fenecidos (Sobre esa cuestión en la ley 17.640, G. Piedrabuena R. *Nueva Ley de Arrendamientos*, n. 33, Santiago, 1972 y sobre el art. 21 inc. 3° del D.L. 964, mismo autor, *Legislación y Jurisprudencia sobre Arrendamientos Urbanos*, n. 49.19, págs. 164 y sgts., Santiago, 1976). En realidad, esa facultad no tiene además justificación alguna, ni en los juicios de arrendamiento, ni en los de comodato precario, ni en los de precario. En aquéllos, porque existiendo un contrato que regula los derechos de las partes y a los que éstas asienten al contratar, ellas saben con anticipación lo que ocurre al terminar el contrato. En los de comodato precario, porque por algo el comodatario asintió en que le prestaron una cosa con cargo a devolverla cuando se la pidan y en los de precario, porque ni siquiera un título justifica la mantención en la cosa del precarista frente a su dueño. No se trata sino de restos de la antigua pretensión de hacer del contrato de arrendamiento, en especial el de inmuebles, uno reglado, con intervención estatal que sólo produjo trastornos y multiplicidad de juicios, sin ningún aliciente para la construcción de viviendas, único modo de dar efectiva solución a los problemas habitacionales.

4. DAÑO MORAL. MENORES INCAPACITADOS PARA COMPRENDER EL ALCANCE DEL DAÑO. CARACTER OBJETIVO DEL DAÑO MORAL

DOCTRINA

La capacidad de unos menores, para comprender la magnitud de la tragedia que implica para ellos la muerte de su progenitor, no determina el derecho que tienen para obtener una reparación por el daño moral. Si bien por su escasa edad –tres y seis meses– no se encontraban en condiciones de aquilatar esa pérdida, ella provoca consecuencias irreparables y un menoscabo moral que debe ser indemnizado.

Corte Suprema, 11 de abril de 1955, recurso de queja rol 5.249.

COMENTARIO

Aunque seguramente sin proponérselo expresamente, la sentencia en estudio trata de una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como la jurisprudencia comparadas y sobre la cual nuestros tribunales no se habían pronunciado con anterioridad: la naturaleza objetiva o subjetiva que importa el daño moral o, más generalmente, los perjuicios extrapatrimoniales.

¿El que pretende reparación del daño moral, ha de tener conciencia del sufrimiento o de las limitaciones que para él implica el hecho dañoso, o basta con que objetivamente, con el criterio del hombre común, se constate que, en tales circunstancias, existe privación de facultades u otro atentado a la persona? La exigencia de conciencia en el perjudicado para tener acceso a una reparación por daño moral ha generado así un debate importante en aquellos países donde esta clase de indemnización –cualquiera sea la fuente– recibe una constante acogida.