

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XXII - JULIO - SEPTIEMBRE DE 1954 N.º 89

**DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ**

## **CONSEJO CONSULTIVO:**

**ROLANDO MERINO REYES**  
**ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA**  
**JUAN BIANCHI BIANCHI**  
**QUINTILIANO MONSALVE JARA**  
**MARIO CERDA MEDINA**  
**EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ**



**ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION (CHILE)**

**CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION**

**MERCEDES FIGUEROA CASTILLO**  
**CON AURORA CATALAN Y OTRO**

**COMODATO PRECARIO**

Apelación de la sentencia definitiva

COMODATO — COMODATO PRECARIO — ACCION DE TERMINO DEL COMODATO PRECARIO — DOMINIO — TENENCIA PRECARIA — CARENIA DE TITULO — MERA TOLERANCIA O IGNORANCIA DEL DUEÑO — CONTRATO DE COMODATO — COMODATO VITALICIO — COMODANTE — HEREDEROS — COMODATARIO — CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATANTES — CONCURSO REAL DE VOLUNTADES — CONTRATOS REALES — PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO — ENTREGA DE LA COSA — MERO DESEO — PRUEBA — PRUEBA DEL COMODATO — TESTIGOS — MANIFESTACION DEL CONSENTIMIENTO.

**DOCTRINA.** — Tres son los requisitos esenciales que hacen procedente la acción de término del comodato precario sobre un bien raíz, a saber: que el demandante sea el actual dueño del inmueble sobre el que versa el juicio; que tal inmueble lo detente el demandado, precariamente, es de-

cir, sin título alguno; y que esa ocupación de parte del demandado provenga de la mera tolerancia o ignorancia del dueño del referido bien raíz.

Si bien es cierto que, por no prohibirlo expresamente la ley, el contrato de comodato puede estipularse por toda la vida del co-

modatario y producir efectos aún después de la muerte del comodante, debiendo respetarlo sus herederos, no lo es menos que para que opere el contrato sinalagmático de comodato, es menester consentimiento de ambos contratantes o, lo que es lo mismo, un concurso real de voluntades entre comodante y comodatario, y que, además, para su perfeccionamiento, medie la tradición o entrega de la cosa.

Un mero deseo no significa la intención de contratar, ni menos acredita el concurso de voluntades que exige el acto contractual.

De acuerdo con la ley, la existencia del contrato de comodato puede probarse mediante testigos y el consentimiento puede manifestarse por las partes contratantes en actos y momentos distintos.

#### **Sentencia de Primera Instancia**

Los Angeles, dos de Marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro.

#### **Vistos:**

A fojas 4, doña Mercedes del Carmen Figueroa Castillo, labores del hogar, Janequeo 477, en representación de los menores Ju-

lio César del Carmen, Francisco Javier y José Hernaldo Forteza, expone: Que consta de los documentos que acompaña, que con fecha 25 de Junio de 1952, falleció don Julio Forteza, otorgándose su posesión efectiva por auto de fecha 9 de Agosto de 1952 a sus universales herederos, los menores Julio César del Carmen, Francisco Javier y José Hernaldo Forteza Figueroa. Consta, asimismo, del inventario de los bienes, que el causante era dueño de una casa y sitio ubicado en calle Almagro 798. Esta propiedad se encuentra inscrita a nombre de los menores que representa. La propiedad antes indicada, se encuentra ocupada por mera tolerancia de su parte, sin que medie contrato alguno, por doña Aurora Catalán, sin profesión conocida, domiciliada en la casa ya indicada, calle Almagro 798 y por Ismael Chávez, comerciante, domiciliado, también en la misma casa ya indicada de calle Almagro 798. Como hay evidente perjuicio en mantener esta situación, ya que los menores necesitan de su casa para poder vivir en ella y no obteniendo ningún beneficio de sus ocupantes, ni ligarles a ellos ningún contrato, viene en solicitar, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2194 y 2195 del Código Civil y 680 N.º 6.º del Código de

### COMODATO PRECARIO

371

Procedimiento Civil, se tenga por entablada demanda sobre comodato precario, en contra de doña Aurora Catalán y don Ismael Chávez, ya individualizados, acogerla en definitiva y condenarlos a que dentro de segundo día de ejecutoriada que sea la sentencia, procedan a desocupar la casa ya mencionada, con todas sus instalaciones de luz, agua, baño y las estanterías y mostrador que hay en ella.

Se citó a las partes a comparando de conformidad a la ley, al que asistieron ambas. La parte demandante ratifica su demanda en todas sus partes y en rebeldía del otro demandado don Ismael Chávez, pide se dé lugar a ella, con costas, haciendo especial reserva de toda acción de perjuicios que emanare del presente juicio y que pueda hacer valer en lo sucesivo.

La parte demandada contestando la demanda expone: que ella debe ser rechazada en todas sus partes, con costas, porque ella no ocupa la casa con un mero título de precario, sino en virtud de un contrato celebrado verbalmente con Julio Forteza Catalán, quien era su hijo y por esta razón la autorizó para que usara de la casa gratuitamente y hasta que

ella, que es su madre, falleciera. Como con la muerte del comodante no se extingue el contrato, los herederos están obligados a respetarlo. También la demanda debe ser rechazada, en la parte que sostiene que debe restituirle la casa con las estanterías y mostrador que hay en ella, por cuanto todo esto es de su exclusiva propiedad y dominio, como lo comprueba con los documentos que acompaña y en los que consta que la demandada le compró a don Ismael Chávez dichas especies en el año 1925, por lo que pide el rechazo, con costas, de la demanda.

La demandante solicita el rechazo de las excepciones, ya que no son efectivos los fundamentos de ellas, pues que no se ha celebrado entre las personas contrato alguno. Solicita se acoja su demanda, en todas sus partes, con costas. El Juzgado quedó de resolver.

A fojas 12 se recibió la causa a prueba rindiéndose la que consta de autos.

Se han traído los autos para fallar.

Considerando en cuanto a las tachas:

1.º) Que la demandante tacha al testigo Luis Pino Castillo, a fojas 20 vuelta, por ser amigo íntimo de la parte que lo presenta, tacha que debe desecharse por no estar acreditada en autos;

Considerando en cuanto al fondo:

2.º) Que la demandante solicita, a fojas 4, que el Tribunal declare que los demandados deben entregarle la propiedad ubicada en esta ciudad, calle Almagro esquina de Galvarino, que pertenecería a los hijos de la actora, y que se encontraría en poder de los demandados por mera tolerancia de aquéllos;

3.º) Que el dominio de los demandantes sobre la propiedad objeto de este juicio, está acreditado someramente con los siguientes documentos: a) Auto de posesión efectiva de fojas 1; b) copia de la inscripción especial de herencia, de fojas 2, que acredita que los actores son dueños de la propiedad objeto de esta litis, dominio que adquirieron por herencia de su padre don Julio Forteza; c) copia notarial del inventario solemne de los bienes dejados por don Julio Forteza, entre los cuales se menciona la propiedad ya aludida, fojas 14; d) el testamen-

to verbal de fojas 31, en el cual queda establecido que don Julio Forteza dejó como herederos a sus hijos Hernaldo, Javier y Julio, a quienes representa la actora, como tutora general;

4.º) Que la demandada Aurora Catalán, a fojas 9 se opone a la demanda, manifestando: a) que no ocupa la casa reclamada en virtud de un título precario; b) que la ocupa en virtud de un contrato verbal celebrado con su hijo Julio Forteza y en vida de éste, quien la autorizó para ocupar esa casa mientras ella exista; c) que ese contrato es un comodato y el artículo 2150 del Código Civil prescribe que los herederos están obligados a repetarlo; y d) que las estanterías y mostradores que hay en la casa reclamada son de su propiedad;

5.º) Que el documento de fojas 6 corresponde a la partida de nacimiento de don Julio Forteza y el de fojas 7 es una escritura pública en que doña Aurora Catalán reconoce a éste como su hijo natural;

6.º) Que el documento de fojas 8 acredita que doña Aurora Catalán es dueña de las estanterías y mostradores que se encuentran en el negocio situado en calle Almagro esquina de Galvarino.



### COMODATO PRECARIO

373

Prescindiendo del mérito de este documento, debe desecharse la reivindicación de esas instalaciones que solicita el actor, porque es materia de un juicio ordinario. Se trata de especies muebles, independientes, por lo tanto, del bien raíz objeto de esta litis, y la acción que las reivindica, debe ser independiente del presente juicio:

7.º) Que el contrato de comodato puede ser acreditado por medio de testigos, de acuerdo con el artículo 2175 del Código Civil;

8.º) Que los testigos Luis Pino, fojas 20 vuelta, Francisco Pérez, fojas 21 vuelta, Eduardo Martones, fojas 22, Jorge Garrido, fojas 22, y Luis Sánchez, fojas 26, expresan que don Julio Forteza les manifestó que la propiedad, objeto de este juicio, la tenía destinada para que viviera su señora madre, doña Aurora Catalán, durante toda su vida;

9.º) Que sólo el testigo Samuel Silva, fojas 23 vuelta, declara que le consta que los demandados ocupan la casa por mera tolerancia de los menores Forteza Figueroa y de su representante legal. Los demás testigos no dan razón de sus dichos y otros dan declaraciones obscuras. Así, el testigo

Laureano Loyola dice a fojas 24 vuelta: "Al segundo. Efectivamente la señora Aurora Catalán vive ahí"; el testigo Elba Guzmán, fojas 23, dice: "Al segundo. Me consta porque esa casa no es de ellos"; y el testigo Roberto Cabezas, expresa a fojas 24 que le consta ese hecho porque "cuando vino la madre de los niños a pedirle la casa, la echaron afuera, cerrándole la puerta, y esto me consta por habérmelo dicho la señora Mercedes Figueroa". En concepto del Tribunal no pueden considerarse como de calidad las declaraciones de los testigos Loyola y Cabezas, porque no han dado razón de sus dichos:

10.º) Que con la prueba testimonial ponderada en el considerando octavo debe considerarse acreditado el contrato de comodato entre don Julio Forteza y su madre natural doña Aurora Catalán y, en seguida, de acuerdo con el artículo 2190 del Código Civil debe concluirse que los herederos del señor Forteza están obligados a respetar ese contrato;

11.º) Que el Tribunal rechaza la demanda, porque no se encuentra acreditado el comodato precario, porque: a) si bien es cierto que los testigos Silva, fojas 23 vuelta, y Guzmán, fojas 23, así

lo aseveran, no es menos efectivo que las declaraciones de cinco testigos hábiles, contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, legalmente examinados y que dan razón de sus dichos, aseveran que se celebró un contrato de comodato entre la demandada Aurora Catalán y don Julio Forteza, debiendo aquél perdurar mientras viva la demandada (considerando octavo); y b) que la regla tercera del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, dice que habiendo prueba testimonial contradictoria, se tendrá por cierta la de aquéllos que están mejor instruidos de los hechos y dan razón de sus dichos, y no hay duda que estas condiciones las reúnen los testigos que ha presentado la parte demandada;

12.º) Que el documento de fojas 30 consiste en un título de dominio que acredita que la demandada es propietaria de una casa ubicada en esta ciudad. Este documento está presentado por el demandante. No tiene relación con la cuestión en debate; la única conexión sería la de aceptar que una persona no puede contratar un comodato sobre un bien raíz por el hecho de tener otro inmueble propio. Esta tesis no puede prosperar, por estar en contradicción

con el principio de la libertad de contratar lo que las partes acuerden.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 2175 y 2190 del Código Civil y 144, 170 y 384 del Código de Procedimiento Civil, se declara: 1.º Que no ha lugar a la tacha contra el testigo Luis Pino; y 2.º Que no ha lugar a la demanda de fojas 4, con costas.

Anótese.

Julio Rojas Bañados.

Dictada por el señor Juez titular del Primer Juzgado de Letras, don Julio Rojas Bañados.— José Morales S., Secretario.

#### **Sentencia de Segunda Instancia**

Concepción, veinticuatro de Septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Vistos:

Eliminando los considerandos 5.º, 9.º, 11.º y 12.º de la sentencia de primera instancia; agregando en el considerando 6.º, al final del primer párrafo, después del nombre Galvarino, la siguiente frase: "por tratarse de una compraven-

### COMODATO PRECARIO

375

ta hecha por escritura pública anterior al fallecimiento del causante que se refiere al almacén de abarrotes que incluye las estanterías y mostradores"; eliminando la cita del artículo 2175 del Código Civil; reproduciendo en lo demás dicho fallo y teniendo, también, presente:

1.º) Que la demandante doña Mercedes Figueroa —acreditando con la copia de fojas 3 haber sido judicialmente designada tutora general de sus hijos naturales Julio César, Francisco Javier y José Hernaldo Forteza—, demandó sobre término de comodato precario del inmueble que se individualiza en la demanda y demostró que dichos menores adquirieron ese inmueble por el título y modo de adquirir denominado sucesión por causa de muerte. En efecto, acreditó con la copia de inscripción del testamento que corre a fojas 31 que el causante Julio Forteza instituyó a sus hijos mencionados como únicos herederos; con la copia de fojas 1 del auto sobre dación de la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento del referido causante Forteza, que ésta les fué conferida a los citados menores; con la certificación de fojas 1 vuelta, que dicho auto fué debidamente inscrito, por lo que,

con la inscripción ya dicha del testamento, se practicaron las inscripciones generales de herencia; con la copia de fojas 14, acreditó que también se inscribió el inventario solemne de los bienes en que figura el inmueble sub-lite; y, finalmente, justificó con la copia de fojas 2, que se inscribió el bien raíz a nombre de los herederos, o sea, que se practicó la inscripción especial de herencia a favor de los menores, con lo cual éstos pasaron a ser poseedores inscritos y dueños del mismo inmueble;

2.º) Que los testigos de la demandante: Elba Guzmán, Samuel Silva, Roberto Cabezas y Laureano Loyola, dando razón de sus dichos, afirmaron, constarles los hechos consignados en los dos primeros acápite de la minuta de fojas 16, en cuanto a que los demandados Aurora Catalán e Ismael Chávez viven en la casa de calle Almagro 798 de la ciudad de Los Angeles perteneciente a los menores Forteza, la que ocupan por mera tolerancia de aquéllos y su representante legal, la señora Figueroa, hechos que, consecuentemente, deben tenerse por legalmente establecidos;

3.º) Que, por otra parte, la demandada Aurora Catalán reconoció explícitamente el hecho de ha-



llarse actualmente en uso y goce del inmueble de que se trata y sólo se excepcionó, como se indica en el fallo de primera instancia, alegando la existencia de un comodato;

4.º) Que los mencionados testigos de la demandante y también el testigo Enrique Carrasco, declarando sobre el acápite sexto del mencionado interrogatorio de fojas 16, concordaron en afirmar que el causante Julio Forteza vivía en la mencionada casa juntamente con su madre doña Aurora Catalán, hecho que, por lo mismo, y por no haber sido desvirtuado por prueba contraria, debe tenerse como suficientemente probado;

5.º) Que de lo ya dicho cabe concluir que la demandante, por sus representados, justificó los requisitos esenciales que hacen procedente la acción de término de comodato precario, o sea, demostró que los mencionados menores son actuales dueños del inmueble sobre que versa el pleito; que tal inmueble lo detentan precariamente, es decir, sin título alguno, los demandados Aurora Catalán e Ismael Chávez; y que esa ocupación proviene de la mera tolerancia de los dueños de la referida propiedad;

6.º) Que los testigos de la demandada Aurora Catalán, según se indica en el considerando octavo de la sentencia de primera instancia, afirmaron: Luis Pino, Francisco Pérez y Jorge Garrido: que para el 18 de Septiembre de 1951, Forteza los convidó a beber cerveza por las fiestas patrias en su casa y al alabar ellos lo bien tenida que aquélla estaba, les dijo que la había comprado para que la habitara su madre por todos los días de su vida; y los testigos Juan Quiroz, Eduardo Martínez y Luis Sánchez aseguraron, separadamente, haber oído al causante Forteza decir lo mismo. Pero con estas declaraciones la señora Catalán sólo ha logrado acreditar que el mencionado causante tuvo en un tiempo la intención de que su madre habitara esa casa durante su vida. Mas, ni con mucho, ha logrado demostrar la existencia de un comodato, pues un mero deseo no significa la intención de contratar, ni menos acredita el concurso de voluntades que exige el acto contractual. No se ha probado, en consecuencia, la existencia de un comodato, es decir, de un contrato entre Forteza y ella que pudiera originar efectos civiles y que los herederos de aquél estuvieren obligados a respetar después de su muerte. Por lo tanto, la demandada Cata-

### COMODATO PRECARIO

377

lán no ha producido prueba directa respecto de la existencia del comodato que invoca como base de la excepción alegada;

7.º) Que refuerza la argumentación anterior la circunstancia de que el causante Julio Forteza otorgó testamento en artículo de muerte, lo que ocurrió más o menos veinte minutos antes de morir, según consta de las gestiones protocolizadas para poner por escrito el testamento verbal y por él el causante instituyó como herederos universales a sus mencionados hijos menores Julio, Francisco y Hernaldo, sin mencionar para nada a su madre doña Aurora Catalán, ni hacer referencia al comodato, como habría sido lo natural, ni a la casa y sitio de calle Almagro N.º 798 de la ciudad de Los Angeles, único bien raíz de la herencia, ni tampoco a su intención de instituir en favor de su madre un legado, usufructo o fideicomiso;

8.º) Que para cohonestar la alegación sobre existencia del comodato que informa o fundamenta la excepción perentoria opuesta a la demanda por uno de los demandados, doña Aurora Catalán, ésta acompañó los documentos de fojas 6 y 7, y si bien en ellos figura como madre ilegí-

tima del causante Julio Forteza, debe hacerse notar que el reconocimiento que ella hizo de aquél como hijo natural por escritura pública, ocurrió el 19 de Junio de 1952, esto es, sólo seis días antes del fallecimiento de Forteza y fué un acto unilateral que aunque válido no hay constancia de que alcanzara a ser notificado al reconocido y presuntivamente beneficiado antes de morir. En esta forma, dicha documentación no puede constituir siquiera una prueba indirecta tendiente al establecimiento del comodato o préstamo de uso de la propiedad;

9.º) Que las circunstancias de que la demandada Aurora Catalán sea comerciante y propietaria de una casa y sitio en la misma ciudad de Los Angeles, según aparece de la copia de inscripción de fojas 30, aparte de que la propiedad sub-lite colinda con otra suya conforme se infiere de los deslindes de aquélla, en que el límite sur está indicado por su nombre, hace menos verosímil que el causante, que nada dispuso en favor de su madre en su testamento que fué su postrera manifestación de voluntad expresada de viva voz, hubiere estipulado con aquélla un contrato verbal de comodato sobre la casa en que él vivía. A lo que hay que añadir

que, con sujeción a lo que resulta de las gestiones hechas para poner por escrito el testamento, Forteza hacía vida marital por muchos años con la demandante Mercedes Figueroa, que fué la madre de sus tres hijos a quienes instituyó como únicos herederos:

10.º) Que, como se ve, no hay prueba directa ni indirecta sobre la existencia del comodato, ni tampoco hay evidencia alguna que lleve a concluir que lo afirmado por los testigos de la señora Catalán respecto a Forteza fuera algo más que un buen deseo o intención de aquél para el futuro y que no hizo efectivo en su última expresión de voluntad, quizá porque sus hijos quedarían en el desamparo y, en cambio, su madre era comerciante y propietaria. Pero, aparte de todo lo dicho, cumple señalar que, para la existencia, perfeccionamiento o constitución del pretendido comodato, faltó, además, un elemento esencial como es la entrega o tradición, la que no ocurrió, porque la señora Catalán vivía en la misma casa junto con su hijo Julio Forteza que era el dueño y ocupante del inmueble:

11.º) Que habiéndose probado suficientemente que los demandados Aurora Catalán e Ismael

Chávez tienen en su poder la propiedad raíz de calle Almagro N.º 798 de la ciudad de Los Angeles objeto de la litis, lo que, por lo demás, la señora Catalán, única de aquéllos que se apersonó a ambas instancias, reconoció expresamente, no habiéndose probado por los demandados que opere en su favor algún título válido de dominio, posesión o cualesquiera otros, incluso de mera tenencia; y habiendo la actora, en cambio, probado que sus representados son dueños y poseedores inscritos del predio, procede dar por establecido que los demandados gozan de detentación precaria que deviene de la sola tolerancia de los dueños de la cosa raíz objeto de la controversia y, consiguientemente, debe tenerse por establecida la existencia de un comodato precario y hacerse lugar a la demanda que impetra su término:

12.º) Que si bien es cierto que, por no prohibirlo expresamente la ley, el contrato de comodato puede estipularse por toda la vida del comodatario y producir efectos aún después de la muerte del comodante, debiendo respetarlo sus herederos, no lo es menos que ha menester consentimiento de ambos contratantes para que opere el contrato sinalagmático de comodato o, lo que es lo mis-

## COMODATO PRECARIO

379

mo, un concurso real de voluntades entre comodante y comodatario, y que, para su perfeccionamiento, debe mediar la tradición o entrega de la cosa;

13.º) Que aun cuando, de acuerdo con la ley, el comodato puede probarse con testigos y que el consentimiento puede manifestarse por las partes contratantes en actos y momentos distintos en la especie, como se ha visto, la demandada apenas logró demostrar con su prueba testifical, el deseo de Julio Forteza, dueño de la casa de la calle Almagro N.º 798, de que su madre, doña Aurora Catalán habitara su casa durante los días de su vida, sin que tal deseo se convirtiera en una intención contractual o en una disposición testamentaria;

14.º) Que debe hacerse notar que no se ha agregado siquiera un principio de prueba por escrito, como sería una carta del causante Forteza que pudiera estimarse como una oferta de préstamo y que contribuyera a apoyar la testifical en el sentido de esclarecer la verdadera intención del presunto comodante, ya que el hecho de no habersé referido el causante en su testamento al pretendido comodato hace presumir que aquél no alcanzó a verificar-

se. Por lo demás, como también se dijo antes, no se verificó una entrega anterior ni posterior al contrato alegado, puesto que la demandada vivía de allegada en la casa de su hijo;

15.º) Que, por último, no procede considerar las referencias que hacen los testigos de la demandante: Silva, la Guzmán, Cabezas, Loyola y Carrasco, contestando los restantes párrafos del cuestionario de fojas 16 acerca de la existencia de perjuicios, sobre el menaje de casa y respecto a las instalaciones y artefactos sanitarios, por tratarse de asuntos ajenos a las cuestiones debatidas y sometidas a la decisión de los tribunales.

De conformidad, además, con lo prevenido en los artículos 582, 588, 686, 688, 700, 724, 728, 924, 951, 954, 956, 1030, 1036, 1693, 1699, 1700, 2191 y 2195 inciso 2.º del Código Civil y 144, 160, 170, 342 N.º 1.º y 384 N.º 2.º del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia en alza de dos de Marzo del año en curso, escrita a fojas 34, en cuanto a la disposición segunda y se declara que ha lugar, con costas, a la demanda de fojas 4; y se la confirma en lo demás resuelto sobre la tacha.



**Anótese y devuélvase. Agréguese el impuesto antes de notificar.**

**Publíquese en la Gaceta de los Tribunales.**

**Redacción del señor Ministro don René López Vargas.**

**Julio E. Salas Q. — Marco A. Velásquez G. — René López V.**

Dictada por los señores, Presidente de la Ilustrísima Corte, don Julio E. Salas Quezada, y Ministros titulares, don Marco A. Velásquez Gutiérrez y René López Vargas. — Enrique Lagos Valenzuela, Secretario.

★ ★ ★ ★ ★