



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

“Proyecto de Actualización del Repertorio de legislación y jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias. Contratos Reales”.

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

AUTOR: LISETTE ARAVENA GONZALEZ
ROBERTO WIMMER MARTINEZ
PROFESOR GUÍA: MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME

Santiago, Chile
2020

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
A. Génesis del Proyecto	1
B. Metodología del Proyecto.....	1
C. Metodología aplicada en cada taller.....	2
D. Descripción de la materia del taller	10
E. Descripción de la materia abordada en esta tesis.....	10
II. TRABAJO MONOGRÁFICO: CONTRATOS REALES.....	11
INTRODUCCIÓN.....	11
1. Contratos reales.....	11
2. Comodato.	12
3. Mutuo.....	14
4. Depósito.....	15
5. Anticresis.	15
6. Legislación chilena.....	16
7. Doctrina chilena en materia de contratos reales.	16
8. Desarrollo jurisprudencial.	17
CAPITULO I: NOCIONES PRELIMINARES: LOS CONTRATOS REALES.....	18
CAPITULO II: COMODATO, COMODATO PRECARIO Y PRECARIO.	22
1. Acercamiento histórico a la figura del comodato y comodato precario. ..	22
1.1. Caracterización histórica del comodato.	22
1.2. Comodato precario y precario.	27
1.3. Legislación chilena.	36
1.4. Comodato. Reglas generales.	40
1.5. Comodato precario.	51
1.6. Precario.	56
CAPITULO II: MUTUO.....	108
Ley N° 18.010, Operaciones de crédito de dinero.	117

CAPITULO III: DEPÓSITO.....	124
1. Características del depósito.....	124
2. Diferencia entre secuestro y depósito.....	131
CAPITULO IV: ANTICRESIS.	133
1. Concepto.....	133
2. Origen e historia.....	133
3. Marco legal.....	135
4. Diferencias entre la anticresis convencional y judicial.....	135
5. Características de la anticresis.	136
6. Análisis anticresis con otras figuras jurídicas.	137
III. EXTRACTOS SOBRE LOS ARTÍCULOS 2174 A 2257 Y 2435 A 2445 DEL CÓDIGO CIVIL.	140
CONCLUSIÓN	313
BIBLIOGRAFÍA.....	319

RESUMEN

Esta memoria de prueba es parte del Proyecto de Actualización del Repertorio del Código Civil, a través del cual se busca incorporar sistemáticamente a dicha obra la jurisprudencia posterior a 1995. Este trabajo se centra en la actualización de las normas sobre los contratos reales, es decir, los artículos del 2174 al 2257 y del 2435 al 2445 del Código Civil, incluyendo las sentencias relevantes dictadas entre los años 1995 y 2011. La introducción de esta memoria de prueba explica la metodología aplicada. A fin de obtener una visión acerca de la situación actual de los contratos reales en nuestro ordenamiento, se incluye a continuación un trabajo monográfico en que se presenta una panorámica general desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia, haciendo énfasis en los criterios seguidos por los tribunales de justicia y su evolución. En seguida se presentan los extractos propuestos para el Proyecto de Actualización del Repertorio del Código Civil. Finalmente, las conclusiones resumen los aspectos más destacados tratados a lo largo de este trabajo, junto con presentar la proyección esperable en la jurisprudencia de los próximos años y las cuestiones que quedan por resolver en torno a esta materia.

I. INTRODUCCIÓN

A. Génesis del Proyecto

Este proyecto del Departamento de Derecho Privado surge por la necesidad de poner al día esta herramienta inmensamente útil. En efecto, la última edición del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil y sus Leyes Complementarias fue realizada en el año 1994. El objetivo de este trabajo es, entonces, la actualización de la jurisprudencia contenida en las sentencias relevantes de los tribunales de justicia, especialmente los superiores, pronunciadas entre 1995 y 2011, así como del Tribunal Constitucional y los dictámenes de la Contraloría General de la República.

A estos efectos, se celebró un Acuerdo Marco con la Editorial Jurídica de Chile para que el Departamento de Derecho Privado pudiera realizar esta labor dentro de un plazo acordado.

B. Metodología del Proyecto

Se realizó una división de las materias reguladas por el Código Civil y las leyes complementarias contenidas en su Apéndice, siguiendo la estructura del Repertorio, intentando respetar en lo posible su división por tomos.

Para ejecutar el trabajo se decidió utilizar los talleres de memoria obligatorios previstos en la malla curricular. Los alumnos debieron comprometerse a cursar dos talleres sobre la misma materia, con la finalidad de realizar un trabajo que se desarrollara a lo largo de dos semestres seguidos.

Para utilizar una misma metodología de trabajo se elaboraron varios documentos comunes, una guía de búsqueda en fuentes directas e indirectas, manuales de consulta de las bases de datos on-line y un modelo común de fichaje de sentencias.

Cada taller contó con la dirección de uno o dos profesores, quienes son los redactores de una materia o tomo, quedando el proyecto en su totalidad bajo la dirección general de los profesores Mauricio Tapia R. y María Agnes Salah A.

C. Metodología aplicada en cada taller

Los talleres se desarrollaron en cinco fases que se desplegaron consecutivamente:

Primera fase. Recopilación de sentencias. Esta etapa fue realizada durante el primer taller de memoria. En ella se realizó una búsqueda exhaustiva de la jurisprudencia sobre la materia del taller correspondiente. Para dicho efecto, se revisaron fuentes materiales directas, esto es revistas impresas que reproducen fallos de relevancia; fuentes materiales indirectas, esto es, revistas impresas que contienen artículos de doctrina que comentan fallos relevantes y en algunas ocasiones la transcripción de algunos fallos completos; y las fuentes electrónicas, esto es, bases de datos de jurisprudencia que transcriben y en algunas ocasiones clasifican fallos de relevancia jurídica.

Se utilizaron como fuentes materiales directas de jurisprudencia la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, la *Revista Fallos del Mes* y la *Revista Gaceta Jurídica*. Asimismo, como fuentes materiales indirectas de jurisprudencia se utilizaron las diversas revistas especializadas en derecho de circulación nacional, como son la *Revista Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, la *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, la *Revista Chilena de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Chile, la *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, la *Revista de Derecho* de la Universidad Austral de Chile, la *Revista Ius et Praxis* de la Universidad de Talca, la *Revista Chilena de Derecho Privado* de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, la *Revista de Derecho* del Consejo de

Defensa del Estado y la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Norte. Por último, como fuentes electrónicas se utilizaron las bases de datos de jurisprudencia de mayor relevancia, como son *LegalPublishing*, *Microjuris* y *Dicom Lex*. Asimismo, se utilizaron bases de datos públicas como son la base de datos del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República.

Segunda fase. Fichaje de sentencias. Una vez recopilado y seleccionado el universo de sentencias relevantes vinculadas al tema específico respectivo, se realizó la asignación de un número equitativo de sentencias a cada alumno, para su análisis y fichaje. Las sentencias asignadas se refieren a las diversas materias abarcadas por el taller respectivo. Dicho trabajo se realizó durante el primer y segundo semestre del taller. Cada alumno debió realizar una lectura exhaustiva de sus sentencias y proceder al análisis, selección y extracción de la información relevante para completar el modelo de ficha técnica elaborado especialmente para el proyecto.

Esta ficha técnica se estructura sobre la base de una tabla en que se indican (a) las leyes citadas; (b) sus respectivos artículos; (c) los temas tratados en el fallo; (d) una síntesis de los hechos sustanciales del caso; (e) la historia procesal del mismo; (f) un análisis detallado de las alegaciones y defensas de las partes en las respectivas instancias del caso; (g) un análisis de los

considerandos de las sentencias que contuvieran la jurisprudencia relevante; y, por último, (h) de la decisión del respectivo tribunal. En la parte final de cada ficha se encuentran agregadas la o las sentencias relevantes.

En el caso particular de estos tesisistas les correspondió la elaboración de 53 fichas jurisprudenciales.

Tercera fase. Clasificación de las fichas según los artículos del Código Civil. Concluida la etapa de fichaje de sentencias, ellas fueron clasificadas bajo los correspondientes artículos del Código Civil y sus leyes complementarias respecto de los cuales la sentencia emitía un pronunciamiento. Este trabajo se efectuó en el curso del segundo taller de memoria. Así, se logró agrupar todas las sentencias relevantes para cada artículo, lo que permitió asignar a cada alumno o grupo de alumnos el desarrollo de un subtema específico dentro de la materia general del taller, y entregarle todas las fichas clasificadas bajo los artículos correspondientes a ese tema específico.

Cuarta fase. Análisis de fichas y redacción de extractos. Asignados los subtemas a cada alumno o grupo de alumnos, se procedió finalmente al análisis del universo de fichas vinculadas a ese subtema, con el fin de identificar aquellas sentencias que contienen un pronunciamiento susceptible de ser reconducido a una regla de aplicación o interpretación de alguno de los

artículos respectivos del Código Civil o de sus leyes complementarias. Los alumnos debieron redactar estas reglas contenidas en los fallos, ajustándose en la medida de lo posible a la literalidad de los mismos, y luego proponer al Profesor su inserción en el Repertorio. Esta proposición involucró indicar el artículo bajo el cual se insertarían, así como la ubicación del extracto dentro de la jurisprudencia ya existente en el Repertorio, de modo tal de mantener una estructura lógica de los extractos formulados bajo cada disposición, conservando la jurisprudencia que ya se encontraba citada en la versión anterior de la obra.

En dicho trabajo de actualización se siguieron los siguientes principios y directrices:

(i) La jurisprudencia que emana de las sentencias debe constar de forma real, cierta y objetivamente constatable en el fallo citado. Por jurisprudencia se entiende el criterio o regla establecido por el fallo o por una pluralidad de fallos recaídos sobre un mismo asunto.

(ii) La enumeración de sentencias que se refieren a un mismo punto se ordena cronológicamente según su fecha de dictación.

(iii) En general, la jurisprudencia que se extracte puede encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

a) Confirman un criterio ya existente. En tal caso, corresponde agregar la cita jurisprudencial que confirma el criterio ya existente en el Repertorio. La enumeración de sentencias que se refieren a un mismo punto se ordena cronológicamente según su fecha de dictación.

b) Contienen un nuevo criterio, no considerado en ediciones previas del Repertorio (ni para aceptarlo o rechazarlo). En tal caso, corresponde agregar la nueva regla en conjunto con el o los fallos o resoluciones que la sustentan.

c) Contienen un criterio contradictorio a uno ya extractado en el Repertorio. En tal caso, se deben exponer ambos criterios, dejando en primer lugar el más reiterado o en subsidio, el más reciente. En todo caso, se debe tener presente que si la jurisprudencia contradictoria se encuentra en tribunales de diversa jerarquía, prima la contenida en el tribunal de mayor jerarquía y sólo esa debe constar en el Repertorio.

d) Contienen un criterio que estima erróneo uno anterior extractado en ediciones anteriores del Repertorio. En tal caso, se debe eliminar el criterio anterior e incorporar el nuevo.

e) El voto disidente contiene un criterio que se estima de mucha relevancia y que es diverso al criterio mayoritario. En tal caso, dicho criterio de minoría debe ser citado en un pie de página.

(iv) La exposición del criterio emanado de la jurisprudencia debe ser idealmente copiado en forma textual del o los fallos que la contienen. Ante la imposibilidad de realizarlo, se deberá elaborar una cita lo más ajustada posible a lo que el propio fallo señala.

(v) Los criterios de jurisprudencia citados, cuando son varios bajo un mismo artículo, deben sistematizarse conforme a los siguientes criterios: lo general primero y lo particular segundo; la regla principal primero y luego sus consecuencias accesorias; y, el principio general primero y luego sus aplicaciones.

(vi) Siempre será pertinente la realización de ajustes de redacción al criterio emanado de la jurisprudencia que permita una mejor comprensión de las ideas citadas.

(vii) En los extractos redactados es posible efectuar todas las citas de artículos del Código Civil y sus leyes complementarias, u otras disposiciones del ordenamiento jurídico, que puedan ser pertinentes para una adecuada comprensión o complementación de la regla que se extracta.

Quinta fase. Redacción de trabajo monográfico. Concluido lo anterior, cada alumno debió redactar un trabajo monográfico, sobre el tema que le correspondió investigar en la jurisprudencia y extractar. Ello significó la revisión de la literatura jurídica relevante para la materia en estudio.

Cada una de las fases descritas fue revisada por el profesor a cargo del taller, realizándose una revisión final por parte de los profesores encargados de la redacción del tomo respectivo.

La memoria de cada alumno, en consecuencia, consiste en una versión actualizada de la sección del Repertorio que le fue asignada, con los nuevos extractos incorporados en el documento. Asimismo, se incluye el trabajo monográfico y todas las fichas de análisis de sentencias elaboradas por el alumno.

D. Descripción de la materia del taller

Esta memoria se enmarca dentro del trabajo del taller denominado “Actualización de Repertorio del Código Civil: Contratos Parte Especial”, a cargo de la profesora María Agnes Salah Abusleme, y desarrollado en los semestres de otoño y primavera 2011.

Las materias revisadas en este taller fueron las siguientes: arrendamiento, censo, sociedad civil, comodato, mutuo, depósito, contratos aleatorios, cuasicontratos, fianza, prenda, anticresis, transacción y prelación de créditos.

E. Descripción de la materia abordada en esta tesis

Esta memoria abordó la revisión de la jurisprudencia entre los años 1995 y 2011, con el fin de examinar los precedentes en materia de cuasicontratos. Esta materia corresponde a los artículos 2174 a 2257 y 2235 al 2445 del Código Civil.

II. TRABAJO MONOGRÁFICO: CONTRATOS REALES.

INTRODUCCIÓN.

1. Contratos reales.

El artículo 1443 del Código Civil clasifica a los contratos para la determinación del momento es que aquellos tienen su nacimiento en reales, consensuales y solemnes, de la siguiente manera “el contrato es real cuando, para que sea perfecto es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

Remontándonos cronológicamente a la fase de formación contractual, es necesario advertir que en todo contrato es necesaria la existencia de voluntad, que es denominada “consentimiento” en los actos jurídicos bilaterales. El consentimiento, no obstante, se expresa de distintas formas según el tipo de contrato de que se trate. Como señala el profesor Orrego, “Se denomina consensuales a los contratos en cuya formación basta el consentimiento de las partes, la declaración de voluntad del aceptante, sin que sea preciso cumplir formalidades o más bien solemnidades. En los contratos solemnes, es necesario que el consentimiento se manifieste cumpliendo la formalidad objetiva

que la ley preestablece. Finalmente, en los contratos reales, el consentimiento se expresa en la *datio rei* o entrega de la cosa”¹.

La presente memoria tiene por objeto hacer un análisis de los contratos reales, en particular el contrato de comodato, comodato precario, precario, mutuo, y anticresis, mostrando la evolución legislativa y jurisprudencial desde 1995 al 2011 en cuanto al repertorio y hasta el 2017 en cuanto avances jurisprudenciales y doctrinales como complemento. Para la mayor comprensión de esta tarea, se ha realizado un marco jurídico teórico que explica las nociones esenciales de este tipo de contratos.

2. Comodato.

El comodato surge históricamente al enmarcarse en la figura de prestar una cosa con la obligación de restituir la misma. Los primeros indicios que surgen en conferir una normativa aplicable a estos casos fueron en la *Fiducia*, en el período que va desde la República y hasta principios del Imperio, el comodato comenzó a ser considerado como una propia e independiente variedad contractual.

¹ ORREGO, Juan Andrés. Apunte Teoría general del contrato. Año 2015. www.juanandresorrego.cl. p. 27.

Se puede observar históricamente, que en general el contrato de comodato, no sufrió en el período de la codificación ni hasta el día de hoy grandes modificaciones, ni en su concepto, ni en sus principales características. En casi todas las legislaciones ha conservado el carácter de gratuito, *intuito personae*, y en menor medida su carácter de contrato real y unilateral, como lo ampliaremos en la presente monografía.

2.1. Comodato precario.

El comodato precario se encuentra regulado en los artículos 2194 y 2195 del Código Civil, el artículo 2194 señala que “El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo”. Luego el 2195 en su inciso primero nos agrega que “Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución”. Veremos que la doctrina y la jurisprudencia distinguen el comodato precario del comodato puro y simple, diferenciándolos en su concepto, elementos y características.

2.2. Precario.

Es una situación de hecho en que una persona denominada precarista goza de una cosa singular mueble y raíz, sin previo contrato y por ignorancia o mera

tolerancia del dueño. Su escueta reglamentación a partir del artículo 2195 inciso 2, hace que existan ciertas imprecisiones en su aplicación caso a caso y que la jurisprudencia ha tendido a salvaguardar, sin embargo veremos en nuestro trabajo que hay distintas posiciones jurisprudenciales a veces diametralmente opuestas en orden a un caso concreto.

Es además, una institución muy utilizada ya que por su procedimiento de juicio sumario, es una acción rápida y eficaz para obtener la restitución de la cosa y el retorno de su tenencia material al dueño, el precarista no es poseedor ya que si lo fuese sería procedente la acción reivindicatoria en otro tipo de procedimiento, según ampliaremos en nuestra monografía.

3. Mutuo

El mutuo según el artículo 2196 del Código Civil dispone “El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad” está tratado junto con el resto de los contratos reales como el depósito, secuestro, prenda y anticresis, la doctrina veremos en cambio, discute la naturaleza jurídica de este contrato, si éste es propiamente consensual o real, junto a ello se analizarán las características y elementos de este tipo de contrato tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial, diferenciándolo también de otro tipo de contratos como el depósito y el contrato

de sociedad. Por último, analizaremos la ley N°18.010 de operaciones de dinero, viendo cómo opera el interés corriente y el interés máximo convencional y el anatocismo con sus principales características.

4. Depósito.

Está enmarcado dentro de los contratos reales y es aquel contrato que por definición legal artículo 2211 del Código Civil, es el que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie, veremos que hay discordancia en los tratadistas acerca de la clasificación unilateral o bilateral, pero se entiende superada dicha discusión mencionándolo dentro de los contratos sinalagmáticos imperfectos, es importante la clasificación como se verá por los múltiples efectos que conlleva asignarlo de una u otra forma. Además de ello, veremos que la doctrina ha tratado el tema de las obligaciones de restitución y la diferencia con otra institución como es el secuestro, por último también veremos que tiene un análisis escaso en cuanto tratamiento jurisprudencial.

5. Anticresis.

La anticresis la define el artículo 2435 del Código Civil “como un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos”.

Vemos que en el derecho romano, se utilizaba el pacto de anticresis cuando “un deudor entregaba a un acreedor un bien para que gozara de sus frutos en lugar de los intereses del capital adeudado, hasta el cumplido pago de éste”². Veremos en nuestro trabajo que hay escasa bibliografía doctrinaria y jurisprudencial referido a este contrato directamente, sin embargo, encontramos un mayor análisis jurisprudencial en razón de la denominada prenda pretoria.

6. Legislación chilena.

Los contratos reales se encuentran regulados en el Título XXX al Título XXXII inclusive y la anticresis está tratada en el Título XXXIX, específicamente entre el artículo 2435 del Código Civil del Libro Cuarto del Código Civil. El articulado definitivo no ha sufrido modificaciones desde su entrada en vigencia.

7. Doctrina chilena en materia de contratos reales.

En general, la doctrina nacional no ha sido tan extensa al abordar los contratos reales, en cuanto a los contratos de depósito, mutuo y anticresis. Pero en cuanto al precario sí ha sido más extensa al abordarlo tangencialmente con otras materias como la posesión, el dominio y otras acciones reales, también

² PINCHEIRA, Leiva. Jorge. La Anticresis. Tesis (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de derecho, Santiago, Chile, 1984. p.1.

veremos que la doctrina no ha sido unánime en su tratamiento respecto de las diversas teorías del precario y su naturaleza jurídica.

8. Desarrollo jurisprudencial.

En este acápite podemos ver cómo los Tribunales Superiores de Justicia han contribuido a un desarrollo jurisprudencial frente al escaso interés de la doctrina y los legisladores, regulándolo caso a caso. En general, la jurisprudencia es muy dispersa en cuanto al desarrollo del precario, y se encuentra limitada a las circunstancias fácticas del conflicto en particular, encontrando posturas diversas frente al caso concreto. No obstante, hay áreas en que es posible encontrar con relativa frecuencia ciertos problemas jurídicos, frente a los cuales los tribunales superiores de justicia han debido desarrollar criterios frente a la escasa regulación legislativa.

CAPITULO I: NOCIONES PRELIMINARES: LOS CONTRATOS REALES

Los contratos reales son aquellos para cuya formación o nacimiento se exige, como señala el Profesor Orrego, la “entrega o tradición de la cosa materia del contrato”³. La doctrina analiza esta característica diferenciándola en dos momentos contractuales para su mejor comprensión: uno es el momento de la entrega como fase del nacimiento del contrato (al que apunta el contrato real), y otro es la entrega como fase de cumplimiento o ejecución del contrato.⁴ Es decir, en este tipo de contratos, si no hay entrega no hay contrato, de manera que la entrega es un supuesto para que nazca el contrato, y no una obligación del contrato, operando en una fase anterior al nacimiento y como presupuesto fáctico del mismo⁵, constituyendo de ese modo, la causa de este tipo de contratos, ya que la causa de la obligación que contrae una de las partes de restituir la cosa, es la entrega que de la misma se le había hecho con anterioridad⁶.

La definición legal de contrato real que contiene el Código Civil en su artículo 1443, es criticada por la doctrina clásica⁷, que sostiene que impropriamente se utiliza la palabra tradición para referirse al perfeccionamiento

³ Orrego, Juan Andrés. Ibid. p.26

⁴ SANTA MARIA López. Los contratos. Parte General Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. Año 2001.p. 124.

⁵ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. De los contratos. Santiago, Editorial Jurídica Chile, 2010. p. 36

⁶ Vial del Río, Víctor. Teoría general del acto jurídico. Santiago, Editorial Jurídica Chile, Año 2003. p.26.

⁷ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Ibid. p. 37.

de todos los contratos reales, entendiéndose por tal a la entrega destinada a transferir el dominio, esto es, el modo de adquirir el dominio de las cosas corporales, consiste en la entrega que una persona hace de ellas a otra, habiendo por una parte la intención de transferir el dominio, y por la otra la intención de adquirirlo. Esta utilización sería impropia, ya que en la mayor parte de los contratos reales la entrega no constituye tradición, y el único caso en que ello concurre es el caso del mutuo, que es un contrato traslativo de dominio (artículo 2197), en donde se permite al mutuario adquirir el dominio de lo que recibe (o en el caso de la *traditio non domino* devenir poseedor, pudiendo adquirir por usucapión). En los demás contratos reales la entrega no es tradición, pues quien recibe es mero tenedor, reconoce dominio ajeno y se obliga a restituir la misma cosa recibida⁸. Es por todo lo anterior, que lo correcto hubiese sido definir a los contratos reales en nuestra legislación como aquellos que para ser perfectos requieren la entrega de la cosa a que se refiere, ya que la voz genérica de entrega de la cosa como requisito para el nacimiento de los contratos reales, englobaría a todas las subcategorías. De esta manera, la principal obligación del acreedor en este tipo de contratos es la entrega de la cosa y la del deudor es la restitución de la cosa.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, varios autores, entre ellos los profesores Alessandri y Somarriva, sostienen que sería artificioso sostener que

⁸ SANTA MARIA, Jorge López. Informe en derecho sobre contrato de almacenamiento de hidrocarburos. p.102.

en los contratos reales la principal y más esencial obligación del deudor es restituir la cosa, ya que, el mutuante, comodante, depositante o el deudor prendario no entregan la cosa con el exclusivo fin de que el mutuario, el depositario o el acreedor prendario la restituyan. El fin esencial del contrato y por consiguiente de la entrega, es otro muy diverso: procurar al mutuario y al comodatario el uso y goce de la cosa, encargar su custodia al depositario, garantizar la obligación principal que liga a las partes. La restitución de la cosa se concibe como la consecuencia de haber sido entregada y si es cierto que esta restitución no es posible sin que haya habido entrega previa, nada obsta a que el contrato pueda formarse sin ella⁹. Dicho lo anterior, existen ciertas consecuencias jurídicas materiales, de cambiar esta noción del contrato real, según la tesis anterior de Alessandri y Somarriva de contrato consensual, en primer lugar existiría un solo contrato en vez de dos sucesivos. Como ocurre actualmente en aquellos casos en que el contrato real va precedido de una promesa y la entrega de la cosa no sería un requisito para la formación del contrato, sino el primer acto de ejecución del mismo¹⁰.

Distinta es la opinión del profesor Fernando Atria, quien sostiene que lo relevante en este tipo contractual no reside en el consentimiento (es más, este

⁹ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Ibid. p.36.

¹⁰ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Ibid. Para mayor abundamiento se señala por ejemplo si una persona conviene con otra en darle una cosa en comodato, mientras esta no se entregue hay en realidad una promesa de comodato, si se cumplen todos los requisitos del artículo 1554, y entregada la cosa, un comodato.

tendría una importancia secundaria), sino que lo realmente trascendente es la transferencia patrimonial, que ocurriría desde la entrega, así señala que *“lo que fundamenta su obligatoriedad no es el puro consentimiento sino el hecho de que ha habido una transferencia patrimonial que, por las mismas razones de justicia correctiva que subyacen a todo el derecho civil patrimonial, debe ser compensada jurídicamente y la justicia correctiva subyacente”*¹¹.

En derecho comparado, la doctrina que ha triunfado en la legislación, es aquella que va dejando de lado esta categoría de contrato real, en pos de la consensualización de los mismos. Muchos Códigos modernos consideran a estos contratos, vale decir, comodato mutuo y aún depósito como consensuales. Tal es el caso por ejemplo de los Códigos de obligaciones de Suiza, Turquía (art 299,306 y 463) y del Código Civil mexicano (artículo 2497,2384 y 2516), entre otros¹².

¹¹ ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Derechos Reales”. Revista de Derecho de la UAI, 2006. p.34 a 36.

¹² DOYHARCABAL Casse, Solange. Naturaleza jurídica del mutuo: Contrato real, consensual o solemne.” Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. Valparaíso. Chile. 1998. p. 199.

CAPITULO II: COMODATO, COMODATO PRECARIO Y PRECARIO.

1. Acercamiento histórico a la figura del comodato y comodato precario.

1.1. Caracterización histórica del comodato.

Desde tiempos remotos las relaciones de dominio que tiene el ser humano con las cosas han generado el nacimiento de múltiples vínculos jurídicos, entre ellos, el comodato o préstamo de uso, es una de las relaciones jurídicas más frecuentes. Sin perjuicio de lo anterior, los juristas romanos consideraron a este préstamo como originado de la amistad y no susceptible de ser incluido dentro de la esfera de las relaciones jurídicas¹³, es decir, inicialmente no existió intención real de darle reconocimiento jurídico al comodato. Con todo, los primeros indicios de una normativa aplicable a estos casos se da en la *Fiducia*¹⁴, en virtud de la cual quien recibía la cosa asumía la obligación de

¹³ BLANCO Méndez Carola Alejandra y otros. Responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho clásico romano. Tesis (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2004. p.205.

¹⁴ BLANCO Méndez, Carola Alejandra. Para mayor abundamiento el negocio jurídico cuyo cumplimiento queda basado en la buena fe o lealtad de una de las partes, la cual, generalmente, se compromete a realizar cerca de una tercera persona la entrega de una cosa o la ejecución de una obligación. En el Derecho de finales de la República y del Principado constituye un contrato real de buena fe y sinalagmático imperfecto, creador de un derecho real de garantía realizado por medio de una *mancipatio o in iure cessio* de la cosa dada en garantía por el deudor, con la obligación por parte del adquirente de volver a transferir la propiedad de la cosa al enajenante cuando la deuda sea satisfecha o determinadas circunstancias sean dadas, obligación que se contrae en virtud de una estipulación; contrato que desaparece en el derecho Justiniano. p.188-189.

restituirla, obligación sancionada por una *actio fiduciae* infamante¹⁵, a favor del que transfirió la cosa. Posteriormente, en el período que va desde la República y hasta principios del Imperio, el comodato fue considerado como una categoría contractual propiamente tal e independiente.

El comodato viene de dos denominaciones *utendum dare* equivale a "dar algo que se ha de usar", y *commodare*, que significa "procurar una ventaja o una utilidad a otro", jurídicamente se impuso este último que denota más el carácter gratuito de la figura en comento¹⁶.

En el derecho clásico, el comodato se podía definir como un contrato de carácter real mediante el cual una persona (comodante) entregaba a otra (comodatario) una cosa mueble o inmueble, para usarla según lo convenido o de conformidad a su destino natural y la restituyera en su misma individualidad

¹⁵ BLANCO Méndez, Carola Alejandra. Ibid. *actio fiduciae* daba lugar a un juicio de buena fe, demandado que había sido condenado incurría en infamia, era una acción directa, infamante con su contraria La fiducia esta sancionada por una acción in ius y ex bona fide que es la *actio fiduciae* de carácter infamante. Esta *actio fiduciae* no nace del "*pactum fiduciae*" sino del contrato mismo a que éste va anexado, pero la acción lo cubre y permite que su contenido se haga exigible, al mismo tiempo sirve al fiduciario para limitar el ejercicio de la acción. La *actio fiduciae* es bilateral y puede ser ejercida en función directa por el fiduciante contra el fiduciario para exigirle el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, en especial la de restituir, y en función contraria por el fiduciario hacia el fiduciante para reclamar los gastos hechos en la cosa y resarcirse de los daños que ésta le haya ocasionado, sin perjuicio de poder obtenerlas en el juicio directo entablado en su contra por la vía de la compensación o de la retención. También le sirve esta acción para reclamar la cosa, si ésta quedó en poder del fiduciante como precarista o arrendatario.

¹⁶ DOMINGUEZ LOPEZ, Esther. La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de las responsabilidades del comodatario. Editorial Comares. Granada 2001. P.292. Revista Estudios históricos-jurídicos N°23 Valparaíso. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54551999002100033&script=sci_arttext.

en la época convenida, una vez hecho el uso convenido o una vez vencido el término del contrato¹⁷. De la definición antes señalada, se desprendieron las principales características del comodato, estas son, ser un contrato real, gratuito, unilateral, nominado, intuitu persona, que se ejecuta de buena fe, título de mera tenencia, que recae sobre cosas determinadas y no fungibles.

Que sea un contrato real, conllevó que el acuerdo de voluntades junto a la entrega efectiva de la cosa, originaron una relación jurídica obligatoria que con el tiempo derivó en que la simple entrega, sin acto alguno de enajenación de la cosa, lo que producía como consecuencia el perfeccionamiento del comodato, generándose las obligaciones que derivan de este contrato a partir de la entrega de la cosa¹⁸.

El origen histórico del comodato se encuentra en las relaciones de amistad y de confianza, por tanto, la ejecución de este contrato es de buena fe, es decir, de entera lealtad, con total ausencia de intención dolosa o ánimo de defraudar. Lo anterior, se vio reflejado en la época romana, en el hecho de que el juzgador tuviese la facultad de apartarse de la letra del contrato en ciertos casos, para

¹⁷ BLANCO Méndez Carola Alejandra y otros. Responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho clásico romano. Ibid. p.206

¹⁸ DOYHARCABAL Casse, Solange. Naturaleza jurídica del mutuo: Contrato real, consensual o solemne. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. Valparaíso. Chile. 1998. p.199. Se atribuye a Gayo el origen de esta clasificación que, en cuanto a las obligaciones «re» contractuales menciona al mutuo y sólo al mutuo. El derecho justiniano agregará en el Digesto y en las Instituciones, la prenda, el comodato y el depósito, contratos que, si bien se perfeccionan por la entrega de la cosa, a diferencia del mutuo no son títulos traslativos de dominio.”

buscar la norma más adecuada de acuerdo a la equidad y a las buenas costumbres¹⁹. Por otra parte, que el nacimiento de este tipo de contratos se encontrara en las relaciones de amistad y confianza, traía como contrapartida que del comodato fuera *intuito personae*, pues la persona del comodatario no era indiferente para el comodante.

El comodato fue un contrato gratuito, es decir, es de aquellos en que sólo una de las partes reporta utilidad y la otra sufre un gravamen, consecuencia de aquello es que el comodatario respondía de culpa leve en abstracto de la restitución de la cosa con sus frutos y accesorios, como también de la conservación de la misma. El comodatario tenía este grado alto de responsabilidad civil, porque solo para él había beneficio. Debía entonces responder por el dolo y culpa. Solo por caso fortuito o fuerza mayor quedaba libre de su obligación, siempre cuando éstos no hubiesen sido por su culpa o durante el estado de mora en la restitución de la cosa²⁰.

El comodato es de carácter unilateral, de modo que el único obligado es la persona que debe restituir, sin embargo podría ser bilateral cuando existieren

¹⁹ BLANCO Méndez, Carola Alejandra y otros. *Ibíd.* p.210.

²⁰ Para mayor referencia Dolo (*Dolus malus*): Es toda astucia, falacia o maquinación engañosa o fraudulenta, empleada a fin de obtener el consentimiento de una persona para celebrar un negocio jurídico.

Culpa levis in abstracto: Se miraba si el deudor había realizado la prestación con la diligencia que un buen *pater familias* pone en sus actuaciones.

Culpa levis in concreto: Consistía en medir la responsabilidad del deudor comparándola con la que éste conduce sus propios negocios.

ciertas circunstancias que generen obligaciones para la persona que hace la entrega, así, están los casos de los gastos extraordinarios de conservación o indemnización por daños que ésta generara al comodatario y que provinieran de dolo o culpa grave del comodante.

Este contrato, recayó sobre cosas determinadas (especie o cuerpo cierto) y no fungibles. En la época clásica no existía el comodato de cosas fungibles porque debía restituirse la misma cosa recibida, sin embargo había casos en que una cosa consumible se podía entregar en comodato siempre que se devolviera la misma cosa, como pasaba cuando se entregaba una cosa consumible a otra persona para que ésta la ostente frente a otros o para que la haga objeto de estudio o de observación y la restituya sin haberla consumido, esta variante tomaba el nombre de “*ad pompam vel ostentationem*”²¹.

Finalmente, es menester resaltar que el comodato solo constituyó título de mera tenencia, en razón de que la entrega sólo confería al comodatario la mera tenencia de la cosa, ya que el propietario continuaba siendo el comodante. En la antigüedad se le denominaba “*nuda traditio*”, en donde el comodatario era un mero tenedor (poseedor *naturalis*) y como tal, no podía usucapir la cosa.

²¹ ALDUNATE, Sofía Vergara. El comodato precario y el simple precario ante el derecho y la jurisprudencia. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. 1991. Santiago, Chile. p. 35.

Posteriormente, en los códigos modernos, las diversas legislaciones han definido invariablemente al contrato de comodato como “*aquel en virtud del cual una persona entrega gratuitamente a otra una cosa individualizable y no consumible para su uso, cuya restitución es obligatoria a la extinción del contrato o al vencimiento de un plazo acordado*”²².

De una simple mirada, se puede observar, que en general el contrato de comodato, no sufrió en el periodo de la codificación ni hasta el día de hoy grandes modificaciones, ni en su concepto, ni en sus principales características. En casi todas las legislaciones ha conservado el carácter de gratuito, *intuitu personae*, y en menor medida su carácter de contrato real y unilateral²³.

1.2. Comodato precario y precario.

Si bien comparten el mismo nombre “comodato”, el origen de ambas instituciones es muy diverso, diferencias que se acentúan más al compararlas con la figura del precario.

Se dice que el comodato precario, surge de la relación entre el *patronus* y el *cliente*, que más adelante tomarían el nombre de *Precario dans* (Concedente) y

²² FERNANDEZ Leiva, Luis “el comodato en el derecho iberoamericano” Doctrina: Estudio, notas y comentarios. p.1.

²³ Para ambos aspectos me remito a lo reseñado en la introducción acerca de los contratos reales.

Precario accipiens (precarista), respectivamente. De forma clara describe dicha relación el abogado Julio Martín Wong A. en los siguientes términos: “El cliente fue en principio un extraño que se sometía a un *pater* a cambio de protección. Este acto suponía la entrada del cliente en el culto familiar; motivo por el cual la relación entre el *patronus* y el cliente era *sacra*. El cliente posee la comunidad de culto y, por inferior que sea, participa del verdadero parentesco, que consiste en adorar a los mismos dioses domésticos”²⁴. Surgían entonces deberes y obligaciones entre el *patronus* y el cliente, que no obedecían a una razón de orden contractual, sino del carácter sagrado de la clientela. Dentro de estos deberes y obligaciones estaban los de socorro y asistencia, y es en atención a éstos, que el patrón, concedía gratuitamente tierras para su explotación al cliente. Es la relación de dependencia y sujeción en que se encuentran sometidos los clientes respecto al patrono, la que explica que aquella concesión no generara obligaciones en sentido estricto y que este último pudiera revocarla a voluntad. Se dice que “la concesión de tierras mencionadas es el germen a partir del cual se desarrolla el precario”²⁵.

De esta situación, en que el dueño de la cosa, entregaba tierras de su propiedad a otro que no puede adquirirlas²⁶, fundadas en una relación no

²⁴ WONG A., Julio Martín. *El precario*. En: THEMIS. Revista de Derecho (15). 1989. p. 85.

²⁵ Wong. A. *Ibid.*p.85.

²⁶ HALABI Riffo, Fuad Marcos y SAFFIRIO Suárez, Carlos Alberto. La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia. Editorial jurídica CONOSUR 1996 Santiago, Chile. p.6:“En el orden de derechos privados, el cliente no puede adquirir bienes raíces ni participar del disfrute de los

contractual, es que se muestra como la “potestad del concedente sumada al goce ilimitado del precarista arrojan como resultado el dominio pleno y por tal razón se habla que entre ambos existía una especie de coposesión”²⁷.

En esta etapa tan incipiente del precario, este carecía de acciones propias, por lo que el *patronus* no contaba con una acción para reclamar del cliente el terreno dado en precario, ni el cliente contaba con defensa contra terceros que atacaran su tenencia de las tierras. La ausencia de acción venía explicada por la especial relación patrón-cliente, donde el primero, tenía poder autónomo para hacer cumplir sus decisiones, y el segundo, no era *homo sui juris*, como para poder ejercer una acción, por lo que ante cualquier perturbación debía acudir al patrón.

La situación cambió, con la posibilidad de los clientes de acceder a la ciudadanía, lo que se refleja directamente en la figura del precario, toda vez, que a partir de este momento la relación antes sostenida entre cliente y patrón, que revestía un carácter *sacro*, pasó a ser jurídica, y por ende, se le empiezan a reconocer efectos jurídicos. El fundamento del precario dejó de ser de orden

pastos públicos. En tales circunstancias su patrono le concede el goce pleno de terrenos cultivables, pero con la facultad de revocarlo a su entero arbitrio”.

²⁷ HALABI y Saffirio, op. cit. Ibíd. p.7.

religioso y pasó a estar sustentado en la mera liberalidad, es decir, en la exclusiva voluntad del otorgante²⁸.

Con este cambio el patrón, al ya no disponer de este poder autónomo para hacer cumplir sus decisiones, se enfrentó a una situación sumamente delicada, esta es la de cómo recuperar las tierras cedidas, ante la inexistencia de una acción que persiguiera ese fin. Surgió entonces una solución por parte del pretor, que entendiendo la dinámica de la concesión (mera liberalidad del *precario dans*), le proporciona la defensa judicial, a través del interdicto de precario²⁹.

El precario siguió su evolución y comenzaron a surgir situaciones en que el dominio de la cosa dada en precario cambiaba de manos, produciendo la rara situación en que, por un lado la cosa la detentaba un precarista, pero por el otro, el propietario de la cosa ya no era la misma persona que había concedido su uso. ¿Entonces cómo se conseguía la restitución de la cosa? En forma excepcional se permitió que utilizara el interdicto de precario el comprador de un bien que había sido cedido en tal calidad, si “consistió que por algún tiempo la tuvieses de él en precario, con razón interpondrá el interdicto como si de él tuvieras en precario, sin ser la persona a la que se le rogó inicialmente la

²⁸ SELMAN Nahum, Arturo. “Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista”. Revista *Ius et Praxis*, Año 24, N° 2, 2018. P. 345.

²⁹ WONG.A *Ibíd.* p.86.

posesión (...) Se reconocía, entonces, que el precario podía constituirse algunas veces por la mera tolerancia”³⁰.

Tal como señala Wong, en relación con la idea de Halabi. “Esta configuración del precario, mera situación de hecho a la cual se le reconocían ciertos efectos jurídicos por razones de justicia natural, y por amplitud del disfrute concedido, se mantuvo a lo largo de la mayor parte de la historia del derecho romano”³¹.

Con el paso del tiempo y más precisamente, en la etapa justiniana, se entendió que el precario pasaba a formar parte de los contratos innominados, esto por la incorporación de la *actio praescriptis verbis*³², como acción que podía utilizar el *precario dans*, para la restitución de la cosa. Es este hecho el que desencadenó toda una confusión respecto a la institución del precario.

Pese a esto, hay autores que no están de acuerdo con este encasillamiento en los contratos innominados, así Julio Martín Wong, señala que “el hecho de que conceda al *precario dans* una acción más para la recuperación del bien no debe hacernos perder de vista los fundamentos de la institución; más aún

³⁰ WONG A., Julio Martín. *El precario*. En: THEMIS 15. 1989. p. 86.

³¹ WONG. *Ibíd.* p. 86.

³² BLANCO, Méndez. *Ibíd.* p. 264. El cumplidor contará con una acción de aplicación general para la figura encaminada a la obtención de la contraprestación convenida o de la indemnización de los daños y perjuicios provocados con ocasión del incumplimiento, cuando la ejecución de la prestación resultase imposible. Esta acción se conoce en general como “*actio praescriptis verbis* (tesis de varios autores).

cuando la *actio praescriptis verbis* es una acción que “nace de la buena fe” (D.43.26.2.2) y, por tanto, “da pleno poder al juez para estimar según la equidad las restituciones debidas al demandante...”³³. Con esto el autor termina concluyendo que la *actio praescriptis verbis*, excede el campo de aplicación de los contratos innominados.

1.2.1 Rasgos principales del precario.

En el derecho clásico el precario es una simple situación de tenencia. Si bien, al precarista se le consideraba como un verdadero poseedor frente a terceros, y de allí que se le reconociera el derecho a entablar los interdictos “*Uti possidetis*”, “*Unde vi*” y el de “*Vi armata*”, su posesión era viciosa frente al precario *dans*, no pudiendo oponer en su contra los dos primeros interdictos, sino que únicamente le sirven de defensa frente a terceras personas que lo perturben o despojen de la posesión. Siendo una posesión viciosa frente al precario *dans*, esta misma no lo habilitaba para usucapir, en otras palabras, si bien en forma excepcional podía entablar acciones posesorias frente a terceros, en realidad no se trataba más que de un mero tenedor, en este sentido la doctrina ha sostenido que “en el derecho romano clásico, la figura del precario conserva su rasgo fundamental: la singular posesión que supone, manifestada

³³ WONG A., Julio Martín. *Ibíd.* p.87.

en el disfrute de pleno del precarista, limitada únicamente por la potestad revocatoria que le asiste al concedente”³⁴.

Por otra parte, es menester destacar que, en la época clásica el precario sólo obligaba al *precario accipiens*³⁵. Además, la cosa concedida en precario debía ser restituida en el momento en que el concedente lo solicitará, lo que es de completa justicia natural, ya que es lógicamente ecuánime que el *precario dans* en virtud de su autonomía de la voluntad determinare el tiempo de duración del precario. Finalmente, el medio de defensa con que contaba el *precario dans* era un interdicto, en virtud del que se le debía restituir lo recibido a su primer estado, y el no hacerlo, trae como consecuencia que se deban los frutos desde el momento en que dicho interdicto se propuso; antes de ello, el precarista sólo responde de los daños causados con dolo o culpa lata.

Posteriormente, en el derecho Derecho Postclásico³⁶, se caracterizó al precario como contrato innominado, unilateral (sólo se obliga el *precario accipiens*, no contrayendo jamás obligación alguna el *precario dans*), esencialmente revocable (la cosa concedida en precario debe restituirse en la época convenida, o en el momento cualquiera en el que el concedente o sus herederos lo soliciten, aun habiendo plazo pendiente), que puede solicitarse en

³⁴ VERGARA, Sofía. *Ibíd.* p. 48.

³⁵ BLANCO, Méndez. *Ibíd.* p. 301.

³⁶ Tomando como base la postura que lo ve como un contrato innominado

favor de quien lo ruega o de un tercero (quedando obligado tanto aquel que rogó como quien retiene en precario), los medios de defensa con los que cuenta el precario *dans* son el interdicto posesorio y la acción *actio praescriptis verbis*, y en el que el precarista era responsable por dolo y culpa lata, la que se agravaba cuando se encontrare en mora de restituir, respondiendo en tal caso de toda causal.

1.2.2 Diferencias entre comodato y comodato precario.

De lo ya expuesto, estamos en condiciones de observar en qué aspectos, ambas instituciones se diferencian. El comodato y el comodato precario se diferencian esencialmente lo siguiente:

a. El sustento del comodato está dado por la relación de confianza basada en la buena fe existente entre las partes, en cambio, la base del comodato precario es la mera liberalidad, esto es, la exclusiva voluntad del otorgante.

b. En el comodato la restitución de la cosa dada sólo puede solicitarse al vencimiento de plazo que se estipuló o luego de terminado el uso de la misma, en cambio, en el comodato precario la restitución de la cosa dada puede solicitarse en cualquier momento.

c. En términos de grados de responsabilidad, en el comodato, el comodatario es responsable por culpa levísima, sin embargo, según el artículo 2179 del Código Civil, si el comodato fuere en pro de ambas partes, no se

extenderá la responsabilidad del comodatario sino hasta la culpa leve, y si es en pro del comodante solo hasta la culpa lata, en cambio en el comodato precario, el precarista es responsable por regla general por dolo o culpa grave³⁷.

d. En el comodato, si el comodatario muere, sus herederos pueden aprovechar la cosa objeto del comodato, en cambio en el comodato precario, la cosa objeto del mismo, no se transmite a los herederos del precarista (dado que es una liberalidad).

e. Sólo pueden ser objeto del comodato, los bienes muebles e inmuebles, en cambio, el comodato precario puede recaer sobre bienes materiales (inmuebles y muebles), e inmateriales.

Como se puede apreciar, si bien ambas figuras guardan sus fundamentos y lógicas propias, el curso de la historia tendió a unir las, desnaturalizando un poco la figura del precario, frente al carácter contractual del comodato, y alejando la figura del comodato precario de aquella relación ajena a cualquier pacto de voluntades, donde el derecho a pedir la restitución de la cosa, se amparaba en el derecho de propiedad. De ahí que es curioso y reconocido por algunos³⁸, que Bello retomara este aspecto del precario, y lo pusiera bajo el título de del comodato, posicionando una figura netamente no contractual, en el libro de los contratos.

³⁷ BLANCO, Méndez. *Ibíd.* p. 303

³⁸ MORENO Mocholi, Miguel. *El Precario*. Editorial S.A EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra. 1975. p 35.

A continuación nos referiremos a la forma en que están reguladas estas figuras en la legislación del Código Civil chileno, que aspectos se han discutido en relación al mismo y cómo han surgido al menos dos teorías con respecto a su clasificación y trato. Luego, se hará una revisión por separado de las figuras que en él se tratan, revisando tanto la doctrina como la jurisprudencia.

1.3. Legislación chilena.

En el Título XXX del Libro IV del Código Civil que trata del comodato o préstamo de uso, se pueden distinguir tres figuras: el contrato de comodato, el contrato de comodato precario y la situación de hecho conocida como precario.

El comodato como veremos más adelante está definido en el artículo 2174 y está reglamentado a lo largo del Título mencionado. El comodato precario, por su parte está definido en el artículo 2194 y 2195 inciso primero. Por último el precario como figura no contractual se encuentra descrita en el inciso 2° del artículo 2195 y es en base a esta disposición que la jurisprudencia ha desarrollado todo un apartado de interpretaciones acerca de la figura y acción de precario.

En nuestra presentación se verá reflejado el uso de esta clasificación porque pareciera ser la más clara y la que distingue nítidamente las diferencias entre el

comodato, comodato precario y de la figura del precario que vendría a ser una figura no contractual³⁹.

Al respecto el Profesor Jorge Larroucau, realiza una perfecta diferenciación con respecto a lo que la doctrina ha aportado a esta discusión. Por un lado denomina como “Tesis tradicional” que distingue estas tres figuras en el título que corresponde al comodato, la que surge a su vez del análisis que diferentes autores han hecho de la jurisprudencia respecto al artículo 2195, así René Ramos Pazos menciona “en el precario contemplado en esta disposición (inciso 2° del artículo 2195 del CC) no estamos frente a una situación contractual. Por esta razón – porque no hay contrato – siempre nos ha parecido que no es propio referirse a esta situación como un caso de “comodato precario”. No hay comodato precario porque no hay contrato, hay simplemente una situación de hecho que es mejor llamar precario”⁴⁰.

Por el otro lado, tenemos la denominada por el mismo profesor Larroucau, como “tesis alternativa” planteada por Fernando Atria en su exposición sobre derechos reales⁴¹, en que se aparta de la tesis tradicional señalando que el llamado precario es sólo otra figura contractual, situación que se infiere de su

³⁹ Tal cual pudimos observar en el desarrollo de la historia de la misma en los apartados anteriores.

⁴⁰ RAMOS PAZO, René. “Del Precario”. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N°180, julio-diciembre de 1986, p. 8.

⁴¹ ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Derechos Reales”. Revista de Derecho de la UAI, 2006, p. 35.

ubicación en el código y del carácter real del contrato de comodato, donde prima la entrega de algo que justifica el nacimiento de la obligación (transferencia patrimonial), por sobre el carácter consensual, que en este caso es relegado a un papel secundario, y que en palabras de Atria, bien podría no estar presente, configurándose sólo dos figuras comodato, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 2174 del Código Civil y el comodato precario, que tomaría cualquiera de las formas establecidas en el artículo 2194 y 2195 (inciso 1° e inciso 2°) del Código Civil.

Como ya adelantamos, adoptamos la clasificación de la tesis tradicional, y no la “alternativa”⁴², toda vez, que si bien aporta importantes elementos para un análisis más adecuado de las instituciones en comento, se aleja un poco del origen histórico que han dado desarrollo a las mismas, cuyo mismo origen y evolución tendieron a separar la situación de precario, de cualquier forma contractual⁴³.

La jurisprudencia por su parte, ha seguido la tesis tradicional, y son numerosos los fallos que en ese sentido se encuentran, desde el fallo de la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, del año 1986 en que señala

⁴² Pese a este distanciamiento en un principio de la tesis aportada por Fernando Atria, en cuanto a la clasificación de las figuras, si nos acercamos a la misma, en cuanto a lo que se debería entender como acción de comodato precario, como tendremos oportunidad de profundizar más adelante. Ver apartado de la acción de precario.

⁴³ MORENO MOCHOLI, Miguel. El Precario. *Ibíd.* p. 258.

que “el comodato o préstamo de uso es un contrato, o sea, un acuerdo de voluntades que liga jurídicamente a las partes, en la forma establecida en el artículo 1438 del Código Civil. En cambio, lo que para la ley constituye también *precario*, conforme al artículo 2195, inciso 2º del mismo Código, es una simple situación de hecho, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante. En esta última hipótesis se trata entonces de una situación radicalmente opuesta al comodato”⁴⁴, hasta fallos como el de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2002 que menciona “el precario a diferencia del comodato y del comodato precario al referirse a la “tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato” da cuenta de una simple situación de hecho en la cual una persona ocupa una cosa por ignorancia o mera tolerancia de su dueño desde el momento que supone, como requisito esencial, la ausencia de contrato”⁴⁵⁻⁴⁶.

Es importante señalar que al encontrarse el comodato precario y el precario en el título XXX del Libro IV, en donde se regula al comodato o préstamo de uso, son estas las disposiciones bajo las que se rigen, al menos en todo lo que

⁴⁴ C. Presidente Aguirre Cerda, 27 noviembre 1986. G. J. 1987, t. 80, Nº 6, p. 30 (C. 1º, p. 30) citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3º edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

⁴⁵ C. Santiago, 22 enero 2002. R. t. 99, sec. 2º, p. 5 (C. 2º, p. 6). G. J. Nº 260 p. 152 (C. 2º, p. 152). L.P. Nº 23954 (C. 2º).

⁴⁶ Muchos más son los fallos que ente sentido se exponen para lo que remito a revisar los puntos del Repertorio del artículo 2174 número 5 letras a y b, y la del artículo 2195 puntos 1, 4 y 5.

no sean incompatibles con los requisitos particulares de las mismas o con su naturaleza. En este mismo sentido lo dispone la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo del año 2007, confirmado por la Corte Suprema el año 2009, señalando que “la norma legal de la que emana la acción de precario, artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, se encuentra inserta en el Título XXX del Libro IV de dicho Código, relativo al contrato de comodato o préstamo de uso, de modo tal que la situación de hecho que le sirve de sustento debe compartir las mismas características de dicho contrato”⁴⁷. En un sentido más restrictivo, abarcando sólo al comodato precario, se ha referido la doctrina, así, René Ramos Pazos, señala que: “no tiene mayor trascendencia que se trate de simple comodato o 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”⁴⁸.

Hecha esta explicación, procedemos a revisar por separado, las tres figuras, esto es comodato, comodato precario y precario.

1.4. Comodato. Reglas generales.

⁴⁷ C. Santiago, 7 noviembre 2007. L.P. N° 41848 (C.2° y 3°).

⁴⁸ RAMOS Pazos, René. “Del Precario”. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 180, julio-diciembre de 1986, p. 7.

El comodato según la definición legal del artículo 2174 del Código Civil es “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. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”.

De la definición legal tenemos las principales características del comodato, que se refiere a:

El comodato es un contrato real, ya que tal como señala el inciso final de la disposición transcrita se perfecciona con la entrega de la cosa. Cabe precisar que la palabra que utiliza el legislador es “tradición” y no entrega, obviamente es un error ya que como se sabe la tradición es un modo de adquirir el dominio y el comodato como se puede ver claramente de su definición legal no pretende la transferencia de dominio de la cosa, por lo demás así lo entiende la jurisprudencia históricamente, como demuestran los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Concepción del año 1993 que dice “conforme a los artículos 1443 y 2174 del Código Civil, el contrato de comodato es un contrato real, es decir, se perfecciona por la entrega de la cosa”⁴⁹ y Corte Suprema del año 2009, al señalar que “es evidente que esa tradición a que se refiere esta última regla el artículo 2174 del Código Civil, ha sido empleada por el legislador como sinónimo de simple entrega material y no traslativa de dominio, y constituye la

⁴⁹ C. Concepción, 17 junio 1993. R., t. 90, sec. 2ª, p. 84, citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3º edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

forma como se perfecciona el contrato, de manera tal que, con arreglo a la primera parte del artículo 1444 del Código Civil, debe clasificarse al comodato dentro de la categoría de los contratos reales. La afirmación anterior, asimismo, conduce a concluir que la única obligación que nace de esta convención es, en principio, la del comodatario, esto es, la de quien recibe la cosa, consistente en restituirla, sea terminado el uso o, si se pactó, vencido que sea el plazo”⁵⁰.

El comodato es un contrato gratuito, en donde sólo se grava el comodante a favor del comodatario, la gratuidad es de la esencia del comodato, nuestra jurisprudencia históricamente ha sido uniforme en ese sentido, así tenemos un fallo de la Corte Suprema del año 1956 que nos dice “si se establece que el dueño de la faja de terreno por donde pasan las aguas objeto del derecho del otro contratante, puede extraer parte de ellas esporádicamente cuando escaseen las que les corresponden, debe concluirse que el contrato no es de comodato aquella prestación obligatoria en caso necesario no se aviene con el carácter esencialmente gratuito de dicho contrato”⁵¹.

El comodato es también un contrato unilateral, el comodato solo genera obligaciones para el comodatario y solo de manera excepcional para el comodante (artículos 2191 y 2192 del CC).

⁵⁰ C. Suprema, 10 noviembre 2009. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>.

⁵¹ C. Suprema, 12 abril 1956. R., t. 53, sec. 1ª, p. 67, citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3º edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Por último, este contrato constituye solo un título de mera tenencia. El comodatario es solo un mero tenedor como se desprende del artículo 714 y 2176 del CC. Un fallo de la Corte Suprema del año 1971 expresa tajantemente lo mismo “el comodato constituye un título de mera tenencia”⁵².

Una visión más amplia de las características la encontramos en el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco del año 1998 que señala que “las características legales del comodato indican que es un contrato real, unilateral y gratuito. Es un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa a que se refiere (artículo 1443 Código Civil). Es unilateral porque sólo una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna (artículo 1439); y la parte que se encuentra legalmente en tal situación es el comodatario, cuya obligación reside en la restitución de la cosa al término del uso. Sólo por excepción, puede el comodante eventualmente y después que el contrato se ha generado, encontrarse en situación de indemnizar perjuicios al comodatario en los casos de los artículos 2191 y 2192 del Código Civil, pero ello no es de la esencia del contrato sino que emana de las normas generales de todo acto jurídico. Por último, el comodato es un contrato, según la propia definición legal,

⁵² C. Suprema, 9 septiembre 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 264, citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

esencialmente gratuito, conforme al concepto del artículo 1440”.⁵³ Estimamos que este fallo refleja claramente como todas las características del comodato en los tiempos clásicos se vieron reflejadas en la codificación de Bello, siendo uno de los que más apego tuvo a dicha tradición.

La doctrina está de acuerdo en relación a cuáles son las características del comodato, si bien se discute el carácter de contrato real y vigencia que podría tener dicha clasificación, como se pudo ver en la introducción, prácticamente todos los textos de contratos definen y enumeran las características del contrato de comodato de la misma forma. A modo de ejemplo, citamos a Ramón Meza Barros que enumera las características diciendo que “Señala la definición legal los caracteres más salientes del comodato o préstamo de uso: es un contrato real, gratuito y unilateral. Añadamos que el comodato es un título de mera tenencia”⁵⁴.

Haciendo referencia a otra característica, está la de ser un contrato de carácter *intuito personae*, carácter que precisamente destaca un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco del año 1998, el cual precisa que los derechos del comodatario son intransferibles “El comodato es un contrato que tiene lugar en consideración a la persona del comodatario, por lo cual éste no

⁵³ C. Temuco, 6 mayo 1998. L.P. N° 16032 (C. 4°).

⁵⁴ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, tomo II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 8.

puede transmitirlo ni transferirlo. Lo primero se desprende de lo previsto en los artículos 2186 y 2187 del Código Civil, y a contrario sensu, también de lo dispuesto en el artículo 2190. Y no es transferible, precisamente por ser un derecho personalísimo, que requería para su transferencia de una nueva declaración de voluntad del dueño de la cosa, aceptando como nuevo comodatario al adquirente, lo cual equivale a hablar de un nuevo comodato. En otros términos, el comodatario no está investido de facultad alguna que lo habilite legalmente para traspasar a un tercero la tenencia de la cosa; no puede hacerlo ni aún a título gratuito; menos, a título oneroso”⁵⁵.

1.4.1 Objeto del contrato de comodato.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales, concuerdan en que el comodato debe recaer sobre una especie o cuerpo cierto, mueble o raíz (como señala la misma definición legal). Así lo podemos apreciar en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2007 que dice que “el artículo 2174 del Código Civil, al definir el comodato, hace referencia a la entrega de “una especie” ; y los artículos siguientes se refieren a la “cosa prestada”, al “objeto prestado”, al “deterioro de la cosa” o a la “mala calidad del objeto”, todo lo cual permite concluir que tanto el contrato de comodato como la situación de hecho derivada de aquél denominada precario, deben recaer sobre una especie o cuerpo cierto,

⁵⁵ C. Temuco, 6 mayo 1998. L.P. N° 16032 (C. 4° y 5°).

ya que si el demandado ha de restituir la cosa prestada, o detentada sin previo contrato, según el caso, es lógico y natural que solo puede detentarse y restituirse un objeto de dicha naturaleza”⁵⁶.

Opinión diversa, y que podría recoger la modalidad *ad pompam vel ostentationem* del comodato del derecho clásico, es la que encontramos en Ramón Meza Barros quien señala que si bien la regla general es que las cosas dadas en comodato no sean fungibles, esa misma fungibilidad “depende de la voluntad de las partes. Entre las circunstancias que servirán para colegir esta voluntad, cuando no se haya manifestado en forma expresa, la más importante es, sin duda, la naturaleza no consumible de la cosa prestada”⁵⁷. Luego señala que aún en el caso de que la cosa sea consumible perfectamente podría darse en comodato si las partes acordaran devolver la misma cosa.

1.4.2 Comodato de cosa ajena.

Un aspecto relevante y que será necesario tener presente al analizar la figura del precario, es que el contrato de comodato de cosa ajena es válido, señala en este punto Ramón Meza Barros que “no es menester que el comodante sea dueño de la cosa prestada; puede darse en comodato una cosa

⁵⁶ C. Santiago, 7 noviembre 2007. L.P. N°41848 (C. 2°).

⁵⁷ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, tomo II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 10.

respecto de la que tiene sólo un derecho de usufructo”⁵⁸. Dicha afirmación encuentra asidero legal en el artículo 2188 del Código Civil que señala “Si la cosa no perteneciere al comodante y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante; salvo que éste haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido al comodatario”. Esta disposición deja claro que puede perfectamente darse en comodato una cosa ajena, de hecho, la misma Corte Suprema ha respaldado este punto en un fallo del año 1995⁵⁹.

Cobra especial atención este aspecto del contrato de comodato, en relación al mecanismo de evicción que si bien está establecido por la ley expresamente para los casos de compraventa, o arrendamiento, nada dice el Código en relación al comodato, por lo que se podría pensar que no se aplica en estos casos. Respecto a este punto un fallo de la Corte del año 1950, señaló justamente lo contrario: “no es posible sostener que él, juicio especial de la citación de evicción sea improcedente en el comodato precario, puesto que no existe razón alguna en la legislación civil que induzca a pensar en ese sentido”⁶⁰. Fallo no compartido por Juan Orrego Acuña que señala “cabe agregar que a diferencia de lo que acontece con la compraventa, en la cual el

⁵⁸ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, tomo II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 10.

⁵⁹ C. Suprema, 4 abril 1995. G. J. N° 178, sent. 4ª, p. 55. R., t. 92, sec. 1ª, p. 21, citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

⁶⁰ C. Suprema, 29 abril 1950. R, t. 47, sec 1º, p. 297 (C. 4º, p. 300)

comprador evicto puede accionar contra el vendedor, el comodatario, por regla general, no tiene acción contra el comodante. Ello, porque la obligación de saneamiento de la evicción es propia de los contratos onerosos. Excepcionalmente, el comodatario tendrá acción contra el comodante, cuando el último sabía que la cosa era ajena y no lo advirtió al primero”⁶¹. Compartimos la opinión, afirmando la postura de acuerdo a lo señalado en los artículos 2183 y 2188 del Código Civil, de la que se infiere que la única acción que tienen el comodatario contra el comodante, en caso de que le sea solicitada la restitución por el verdadero dueño, es la de perjuicios y sólo en la eventualidad de que el comodante supiera que la cosa era ajena y no lo hubiese advertido al comodatario.

1.4.3 Efectos del contrato de comodato.

El comodato genera obligaciones solo para el comodatario, una de estas obligaciones es la que contiene el artículo 2180 del Código Civil que señala expresamente que “El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada”. En relación a esta disposición un fallo de la Corte Suprema, del año 1942, se refiere a las normas aplicables en caso de mora de restituir, señalando que “el comodatario está obligado a restituir al comodante la cosa dada en

⁶¹ ORREGO, Juan Andrés. El comodato. p.2

comodato al tiempo fijado en la convención, o, si no se ha fijado fecha para la restitución, cuando la justicia lo ordene. En consecuencia, si el comodatario reconvenido para la restitución no lo hace, faltando al cumplimiento de la obligación que le impone la ley, procede ordenar que indemnice los perjuicios provenientes de la mora, conforme lo establecen los artículos 1551, 1556 y 1557 del Código Civil y a virtud del principio universal de que nadie puede enriquecerse a costa de otro. Tales perjuicios no se reclaman como precio de la cosa retenida, ni a título de comodato, que es por su naturaleza gratuito”⁶².

El mismo artículo enumera los casos en que el comodante puede exigir anticipadamente la restitución de la cosa, estos son: “1º Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse; 2º Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa; 3º Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa”. A estos tres casos hay que agregar el estipulado en el artículo 2177, inciso 2º “El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase. En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo”, de estos casos solo el número dos del

⁶² C. Suprema, 18 agosto 1942. G. 1942, 2º sem., Nº 8, p. 38. R., t. 40, sec. 1ª, p. 140, citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3º edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

artículo 2180 ha sido objeto de pronunciamiento judicial a propósito de limitar lo que se entiende por “necesidad imprevista y urgente”, el fallo es de la Corte Suprema, del año 1939 y señala lo siguiente “es inaceptable la petición de que se dé por terminado el comodato de un inmueble celebrado por toda la vida del comodatario, fundada en la necesidad urgente del heredero del comodante, si el comodato era en remuneración de servicios prestados por el comodatario y no se alega necesidad urgente de la cosa prestada, sino necesidad de enajenarla, que no es la contemplada en el artículo 2180 del Código Civil”⁶³.

Es importante destacar que el artículo 2185 del Código Civil que prescribe “Cesa la obligación de restituir desde que el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada. Con todo, si el comodante le disputa el dominio, deberá restituir; a no ser que se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece”, la confusión se produce debido por la última parte del artículo que dice “breve y sumariamente” y que puede llevar a pensar que el procedimiento destinado a discutir el dominio de la cosa dada en comodato se puede resolver en un juicio sumario. La Corte de Apelaciones de Valdivia se pronunció en el año 1926 esclareciendo este punto del siguiente modo “Si al solicitarse la terminación del contrato el demandado niega su calidad de comodatario, diciéndose poseedor y no usuario del fundo

⁶³ C. Suprema, 21 diciembre 1937. R., t. 35, sec. 1ª, p. 292 (C. 3º, p. 296), citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3º edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

cuya restitución se pide, corresponde tramitar el juicio según el procedimiento ordinario. Porque además de desconocerse la existencia misma del comodato, no hay disposición legal alguna relativa a este contrato que ordene proceder sumariamente o breve y sumariamente o en otra forma análoga en el juicio a que diere lugar su cumplimiento. Al hablar el inciso 2º del artículo 2185 del Código Civil de “probar breve y sumariamente” no consigna una regla de carácter procesal para la tramitación del juicio mismo en que se ejercita la acción, sino un precepto sustantivo respecto a la naturaleza de la prueba que el comodatario debe producir en el evento aludido, para el efecto de conservar la cosa en su poder o, más bien dicho, para exonerarse de restituirla”⁶⁴.

1.5. Comodato precario.

El comodato precario se encuentra regulado en los artículos 2194 y 2195 del Código Civil, el artículo 2194 señala que “El comodato toma el título de *precario* si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo”, luego el 2195 en su inciso primero nos agrega que “Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución”.

⁶⁴ C. Valdivia, 20 febrero 1926. R., t. 23, sec. 2ª, p. 61, citado en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo IX, 3º edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

De la simple lectura de los artículos citados se puede apreciar que el comodato precario, se produce frente a tres situaciones diferentes:

1. Cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo.
2. Cuando la cosa no se presta para un servicio particular.
3. Cuando no se fija tiempo para su restitución.

Son estos tres los casos de comodato precario establecidos en nuestra legislación civil. La doctrina mayoritaria lo ha entendido del mismo modo y definen el comodato precario en términos similares, así Fuad Halabí Riffo y Carlos Saffirio Suárez lo definen como el “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 en el momento en que lo exija el comodante, ya sea, porque este se reservó la facultad de pedir su devolución en cualquier tiempo, o bien, debido a que la cosa no fue prestada para un servicio particular ni se fijó un plazo para la restitución”⁶⁵. Asimismo, Manuel Meza Barros menciona acerca del comodato precario que “no solamente se reputa precario al comodato en que se formula la reserva indicada de la facultad de pedir al comodante en cualquier tiempo la restitución. Se considera

⁶⁵ HALABÍ, Fuad R. y SAFFIRIO, Carlos A. La Acción de Precario ante la Doctrina y la Jurisprudencia. 1996, p. 11.

igualmente, cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución (art. 2195, inc. 1º)”⁶⁶.

Por otro lado respecto de la pregunta de si el comodato precario constituye una figura diversa del comodato o es sólo una modalidad del mismo, la opinión de René Ramos Pazos es que “el comodato precario es una especie o modalidad del contrato de comodato (...) el comodato toma el título de precario (...) en los supuestos indicados en los artículos 2194 y 2195 inc. 1º del Código Civil; en los demás casos debemos hablar simplemente de comodato”⁶⁷.

En sentido contrario, está la opinión de Robert Pothier, cuando señala que “esta convención de precario no es sin embargo el verdadero contrato de préstamo de uso, que se llama comodato; y la diferencia esencial que lo distingue, es que en el verdadero contrato de préstamo de uso, la cosa se presta por un cierto uso determinado, o por un cierto tiempo y la restitución no puede demandarse antes de la expiración del tiempo convenido, o necesario para que el comodatario pueda emplear la cosa en el uso para el cual ha sido prestada; en tanto que en la convención de precario, el que recibe la cosa

⁶⁶ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, tomo II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 20.

⁶⁷ RAMOS Pazos René. Del precario. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N°180 julio- diciembre de 1986. P. 2

precariamente la recibe para servirse de ella indistintamente, y con cargo de restituirla al comodante en cuanto el la reclame”⁶⁸.

La jurisprudencia, en su mayoría, pareciera aceptar la tesis de que el contrato de comodato precario es sólo una modalidad del contrato del que extrae su nombre (comodato) y en ese sentido numerosos fallos se refieren al tema, como el fallo dictado por la Corte Suprema en el año 1971 que dice “cuando en este contrato (comodato) no se señala la naturaleza del uso que se otorga, o no se fija tiempo por el cual se presta la especie toma el carácter de comodato precario, caso en que el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo como lo señalan los artículos 2194 y 2195 del código recordado.

Más cercana a la distinción hecha al principio se encuentra un fallo del Juzgado Civil de San Miguel del año 1997 (confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema) que señala “el legislador al tratar el contrato de comodato en el Título XXX del Libro IV, entre los artículos 2174 y 2195, distingue dos clases de comodato: el comodato puro y simple, y el comodato precario, describiendo para este último, tres figuras: a) Cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo;

⁶⁸ POTHIER, Robert “Oeuvres de Pothier”, citado, RAMOS PASCUAL, Graciela: “Comodato precario y precario”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1982, p. 10.

figura descrita en el artículo 2194 del Código Civil; b) Cuando no se presta la cosa para un servicio particular; figura descrita en el artículo 2195 inciso 1º del Código Civil; y c) Cuando no se fija tiempo para la restitución de la cosa prestada; figura también descrita en el inciso 1º del artículo 2195 del Código Civil⁶⁹.

1.5.1 Importancia de la distinción entre comodato puro y simple de comodato precario.

La importancia de diferenciar entre el comodato puro y simple del comodato precario radica en lo siguiente:

En primer lugar, la importancia de la distinción radica en que, en el contrato de comodato la obligación de restituir nace del uso o el plazo acordado, es decir, de dar estricto cumplimiento de lo pactado en la entrega. En cambio, en el comodato precario, el fundamento de la restitución de la cosa se encuentra en la mera voluntad del comodante, es decir, hecha la entrega, puede solicitar su devolución en cualquier momento y el comodatario la retiene sólo por la mera tolerancia del primero. Es por ello, que en el “comodato, el comodatario estará en mora de su obligación restitutoria, al expirar el plazo expreso convenido o el

⁶⁹ Juzg. Civil de San Miguel, 28 abril 1997. L. P. N° 14842 (C. 8°).

tácito que se desprenda de los términos del contrato; en el comodato precario, una vez que el comodatario sea reconvenido judicialmente”⁷⁰.

En segundo lugar, la importancia de la distinción radica en el procedimiento bajo el cual se puede perseguir la restitución. En el comodato, la acción para obtener la restitución de la cosa se tramitará de conformidad a las normas del procedimiento ordinario, en cambio, en el comodato precario según las normas del procedimiento sumario⁷¹.

1.6. Precario.

Según el Código Civil en el artículo 2195 inciso 2 “Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”. A raíz de esta definición legal la doctrina ha expuesto que el precario es “aquella situación de hecho en virtud de la cual una persona sin autorización de su dueño y por mera tolerancia de aquél, y sin ningún título que lo justifique tiene en su poder una cosa ajena determinada”⁷². Por su parte, también se desprende la “acción de precario” a raíz de este mismo artículo que la doctrina nacional ha tratado conjuntamente con otras acciones

⁷⁰ ORREGO, Acuña Juan Andrés. Los contratos Reales. Ediciones Universidad Finis Terrae. 2015. p.197.

⁷¹ ORREGO, Ibíd. p. 197.

⁷² ZAVALA Ortiz, José Luis. Precario casos y jurisprudencia. Editorial Thomson Reuters. Año 2010. p.2.

tanto reivindicatoria como querellas posesorias con el fin de proteger el dominio y posesión de los bienes⁷³. Así la acción de precario es “la que tiene el dueño de una cosa determinada para exigir de quien la ocupa, sin título que la justifique, la restitución siempre que exista mera tolerancia de su parte”⁷⁴.

Este concepto de precario no está exento de críticas, en orden primero a señalar que su ubicación en el Código Civil, precisamente se encuentra inserta en el Libro IV que lleva por título “de las obligaciones en general y de los contratos” siendo que lo característico del precario según lo que hemos expuesto precisamente es la inexistencia de vinculación contractual entre las partes, lo que sería en palabras de Vergara “una confusa institución”⁷⁵ que a pesar de ser una simple situación de hecho es tratada como contrato. Además, de la utilización de la palabra “también” que Bello mencionó lo que conduciría a interpretar que esta figura se subsumiría directamente con la anterior analizada en este trabajo, con la hipótesis de comodato precario del inciso 1 de dicho artículo lo cual sería erróneo.

Se ha reforzado la separación de la figura jurídica de precario en la jurisprudencia a diferencias de las anteriores expuestas, así vemos “a) El artículo 2195 del Código Civil distingue dos situaciones jurídicas inconfundibles:

⁷³ Ibíd. p.1.

⁷⁴ Ibíd.p.2.

⁷⁵ VERGARA, S.I “El comodato precario y el Simple precario ante el derecho y la Jurisprudencia. Santiago. Editorial Conosur. 1991. p.48.

a) la del inciso 1º, que rige para cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución, préstamo que envuelve la idea de un convenio o contrato sobre el uso de una cosa, y b) la del inciso 2º, en que el legislador ha querido considerar especialmente como comodato precario el simple hecho de la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño⁷⁶⁻⁷⁷.

Así se distingue claramente el inciso 2 del artículo 2195 en la figura jurídica del precario como “situación de hecho” a diferencia del contrato de comodato como figura contractual “a) El comodato o préstamo de uso es un contrato, o sea, un acuerdo de voluntades que liga jurídicamente a las partes, en la forma establecida en el artículo 1438 del Código Civil. En cambio, lo que para la ley constituye también *precario*, conforme al artículo 2195, inciso 2º del mismo Código, es una simple situación de hecho, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título

⁷⁶ En voto especial de la sentencia de la Corte Suprema de 6 de agosto de 1956 (R., t. 53, sec. 1ª, p. 156) se observa que el comodato precario es una variedad del contrato de comodato propiamente tal. También supone dar el uso de una cosa; pero su modalidad está en que dicho uso se proporciona sin fijación de plazo ni determinación concreta de su aplicación, y su revocabilidad depende del mero arbitrio del comodante y puede tener lugar en cualquier momento y circunstancia. El nombre mismo, precario, viene de esta situación incierta del comodatario ante el absoluto arbitrio del comodante para reclamar, a su libre voluntad, la devolución de la cosa prestada. En resumen, si hay plazo o determinación de uso, existe comodato propiamente tal; si no hay, existe precario, pero una y otra situación quedan comprendidas dentro de los términos del contrato de comodato.

La tenencia precaria es institución distinta de la del comodato precario. Mientras este último es un contrato unilateral, real y gratuito, la primera no constituye contrato, sino que representa una situación de hecho, y aunque el legislador la llama precario, no es, en verdad, un comodato precario, que siempre tiene figura contractual.

⁷⁷ C. Valparaíso, 12 diciembre 1945. G. 1945, 2º sem., N° 44, p. 205 (C. 9º, p. 209).

jurídicamente relevante. En esta última hipótesis se trata entonces de una situación radicalmente opuesta al comodato, desde el momento que supone, como requisito esencial, la ausencia de contrato⁷⁸.

1.6.1 Naturaleza Jurídica.

Conceptualmente hemos expuesto que el precario corresponde según la definición 2195 inciso 2º a una situación de hecho. Principalmente el precario se encuentra en la situación de que quien es dueño de una cosa e ignora que otro la tiene o lo permite tiene el derecho a exigir restitución. “Así en el caso del precario no hay contrato, simplemente se trata de una cuestión fáctica, pues la norma habla de la tenencia de una cosa ajena, lo cual implica una situación de hecho”⁷⁹.

Es interesante mencionar que frente a la naturaleza jurídica de procedencia del precario podemos encontrar variada jurisprudencia. Así la Corte de Apelaciones de Temuco en un fallo de 1996 indica una naturaleza cuasicontractual así “La tenencia precaria, descrita en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, es, en el fondo y en su esencia jurídica, un cuasicontrato que obliga al tenedor de la cosa a restituirla al dueño de la misma,

⁷⁸ C. Presidente Aguirre Cerda, 27 noviembre 1986. G. J. 1987, t. 80, N° 6, p. 30 (C. 1º, p. 30).

⁷⁹ RAMOS Pazos, René. del precario en revista de derecho. Universidad de Concepción. N°180, julio-diciembre de 1986. p. 7 y 8.

según se desprende de los términos que señala dicha disposición legal. Ello en atención a que se trata de un hecho voluntario, lícito, no contractual, que origina obligaciones, de conformidad con lo previsto en los artículos 1437 y 2284 del referido Código⁸⁰.

En otra opinión jurisprudencial, en “Flores con Valenzuela y Otra”, se establece que la procedencia es en virtud del contrato de comodato del artículo 2191 del Código Civil establece normas especiales en materia de indemnización por concepto de expensas o mejoras, las cuales también operan tratándose de los casos previstos en los artículos 2194 y 2195 inciso 1 del Código citado. Lo anterior en tanto, como se señaló son modalidades del contrato de comodato. Por su parte, en cuanto al precario contemplado en el artículo 2195 inciso 2 del Código Civil, si bien no se está frente a una situación contractual, su ubicación en el título XXX del Código citado, que reglamenta el contrato de comodato, permite sostener, aun cuando ello no es pacífico, que el precario, no obstante emanar de una situación de hecho, en sus efectos se regiría por las disposiciones del contrato de comodato, específicamente dada su naturaleza jurídica del 2191 del Código Civil⁸¹.

⁸⁰ C. Temuco, 24 septiembre 1996. R., t. 93, sec. 1ª, p. 159 (C. 1º, p. 159). M.J. N° 870 (C. 1º).

⁸¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de Mayo de 2007, recurso Rol 4376-2006. Sentencia N°1.

Como lo mencionamos con anterioridad, para explicar las distintas teorías o lecturas del precario y su naturaleza, vale recalcar la tesis tradicional, donde el precario es una acción real que protege al dueño de un bien ante quien lo detenta sin un título que lo justifique, por ignorancia o mera tolerancia del propietario. Bajo esta tesis tradicional, se distinguen tres figuras: comodato, comodato precario y precario, dos de estos tipos son contractuales (comodato y comodato precario) y la tercera de las figuras correspondiente al precario difiere del comodato precario precisamente en que no ha existido “contrato previo”. Lo que se entiende por precario no respondería al marco contractual del contrato de comodato que se encuentra en el artículo 2195 inciso 2º del Código Civil. En este enfoque tradicional, el precario es una figura a la que tiene acceso el propietario de una cosa para hacerse cargo de una situación de hecho incómoda en que una cosa de su dominio es usada por otro “sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia” suya “; y una tesis alternativa, donde el precario es una acción real en el contexto del contrato de comodato o préstamo de uso, cuyo objetivo es restablecer el equilibrio entre las partes y aligerar la prueba de la transferencia patrimonial. Bajo esta tesis alternativa el profesor Atria, menciona que se desprenden dos figuras comodato y (comodato) precario, siendo este binomio el resultado, de captar el sentido de ambas reglas que contiene el artículo 2195 cuna del precario: el inciso 1º norma que pretende interpretar la voluntad de las partes contratantes y el inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil asimila precario a una situación no contractual “tenencia de una

cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”⁸². Para entender por qué está tratada la figura del precario en este artículo, se comprende dentro de la explicación de los contratos reales, por ello es que la situación en que una persona usa algo de otro previo acuerdo y en que lo usa sin previo acuerdo tiene un rasgo que los caracteriza y otro que los distingue, menciona que desde el punto de vista de la doctrina clásica del contrato (*pacta sunt servanda*) lo que lo asemeja es primario y lo que los distingue es secundario, pero del punto de vista de los contratos reales lo que los asemeja es primario y lo que los distingue es secundario. Por ello es que la regla del inciso 2º del artículo 2195 es indiferente si hay o no contrato lo decisivo es que el dueño tenga o no la obligación de soportar el uso de la cosa, porque sólo en este caso gozará de protección ante la demanda de aquél.⁸³

Analizando lo anterior, nosotros estamos en orden a adoptar la postura tradicional extendida a nivel doctrinario y jurisprudencial de que la figura jurídica del precario del 2195 inciso 2 proviene de una situación de hecho, y que dicha acción está tratada dentro de las acciones reales que protege al dueño de un bien ante quien lo detenta sin título que lo justifique, por ignorancia o mera tolerancia del propietario. Conforme con esta postura, la jurisprudencia de la Corte Suprema en reiterados fallos ha expresado que “ e) Se desprende que un

⁸² ATRIA, Fernando. Derechos reales. Ibíd. p. 30.

⁸³ ATRIA, Fernando. El sistema de acciones reales, parte especial: La acción de precario. Revista de Derecho Valdivia (año 2017). P.35.

elemento inherente del precario constituye una simple situación de hecho, la absoluta y total ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor de la cosa, esto es, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante.”⁸⁴

1.6.2 Elementos.

Los elementos del precario, según el autor René Ramos Pazos corresponderían a los siguientes: a) que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución reclama. b) que el demandado sea tenedor sin contrato. c) que la tenencia se deba a ignorancia o mera tolerancia del dueño. Otros autores, entre otros, como Halabi y Saffirio o José Luis Zavala Ortiz, enuncian dichos elementos dentro de los requisitos de la acción de precario, con ello los requisitos serían “a) que el que deduce la acción sea dueño de la especie cuya restitución se reclama b) que la persona contra la cual se deduce, sea simple tenedora y por lo tanto carezca de título de dominio y aun de mera tenencia y c) que tenga la cosa por mera tolerancia o ignorancia del dueño”⁸⁵. Zavala Ortiz agrega el requisito de la determinación del inmueble objeto de la acción⁸⁶.

⁸⁴ C. Suprema, 26 mayo 2007. L.P. N° 39048 (C. 6°).

⁸⁵ HALABI y Saffirio, op. cit. P.19.

⁸⁶ ZAVALA Ortiz, José Luis. *Ibíd.* p.5.

La jurisprudencia también agrupa los requisitos de la acción de precario y sus elementos. Es por ello que la Corte Suprema menciona “que de conformidad con lo preceptuado en el inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil los elementos o requisitos del precario son los siguientes a) que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución reclama b) que el demandado sea un tenedor sin contrato respecto de la misma cosa y c) que la tenencia se debe a la ignorancia o mera tolerancia del dueño”⁸⁷. En especial a los requisitos que se desprenden de la figura jurídica en particular del 2195 inciso 2, existen también fallos con una interpretación restrictiva a estos requisitos por ser institución excepcional, finalmente el inciso 2° del artículo 2195 dispone que "constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño", de manera que el precario que alude esta última norma se configura cuando concurren todas y cada una de las exigencias que ella establece, las que deben interpretarse restrictivamente, por ser una institución excepcional.⁸⁸ Cada uno de los elementos del precario y sus correspondientes requisitos se verán en el siguiente apartado.

1.6.3 Acción de precario.

⁸⁷ C. Suprema, 13 enero 2004. F. del M. N° 518, sent 1ª, p. 3694 (C. 1°, p. 3694). L.P. N° 29547 (C. 1°).

⁸⁸ C. Suprema, 25 octubre 2001. L. P. N° 22943 (C. 9°).

La jurisprudencia contextualiza a la acción de precario dentro de las acciones reales toda vez que uno de los presupuestos es el dominio de quien se pretende ser su titular⁸⁹. Además de recalcar la naturaleza de acción real del precario la jurisprudencia también esboza ciertas diferencias con la acción reivindicatoria y las acciones posesorias⁹⁰. Así, en “Flores con Valenzuela y otro” según la Corte de Apelaciones de Concepción se asignan importantes diferencias “ a) que la cosa pedida en la acción reivindicatoria es la posesión; en la de precario, la tenencia material para poder usar y gozar de la cosa; b) en la acción reivindicatoria el demandado debe ser poseedor actual del bien reclamado, y en la de precario el demandado debe tener la calidad de tenedor sin título; c) la acción reivindicatoria se tramita según el juicio ordinario, y la de precario mediante el procedimiento sumario; d) que a propósito de la acción reivindicatoria existe una detallada reglamentación sobre prestaciones mutuas entre reivindicador y poseedor vencido; en cambio, la acción de precario carece de una reglamentación específica sobre la materia”⁹¹.

1.6.3.1 Requisitos de la acción de precario.

1. Determinación del inmueble objeto de la acción.

⁸⁹ Véase apartado acción de precario número 74 y 75. C. Suprema, 16 septiembre 2003. R., t. 100 N° 2, sec. 1ª, p. 158 (C. 3°, p.160). M.J. N°9356 (C. 3°)

⁹⁰ Véase apartado acción de precario número 76 y 77.

⁹¹ C. Concepción. 10 de mayo 2007.Rol N4376-2006. Referencia. José Luis Zavala Ortiz. Precario casos y jurisprudencia. Referencia además repertorio N°76. C.Concepción.10 mayo de 2007.L.P.N°36345 (C.8°).

Mediante esta acción se persigue la restitución de la cosa corporal mueble o inmueble siendo indispensable, su individualización. Así lo han considerado varios autores como Larroucau, en cuanto a la exigencia de individualizar la cosa, siendo su explicación de manera lógica al considerar que si nadie se preocupa de individualizarla no se sabría qué es lo que se tiene que restituir, de modo tal que en ningún caso podría prosperar su pretensión, al no especificarse ni individualizarse debidamente, el bien reclamado⁹².

Dicha carga procesal recae en el demandante. Por consiguiente si se solicita la restitución de un bien mueble habrá que establecer las características más distintivas de modo que no exista ninguna duda de que la cosa reclamada es la misma que tiene el demandado. Cuando esta acción se refiere a un inmueble en la demanda se deberá referir a la ubicación, cabida, y deslindes y si éste se encuentra inscrito en el Registro Conservador de Bienes Raíces tendrán que mencionarse además de lo anterior, los datos relativos a dicha inscripción tales como número, foja y año. La mayoría de la jurisprudencia versa en la postura de que aparte del requisito de probar el dominio el demandante debe individualizar y singularizar el bien que se debe restituir, “por lo que no basta sólo para acoger la acción que el demandante haya probado que es dueño del fundo y que los demandados ocupan ciertas superficies de él, sino se han

⁹² Larroucau. Ibíd. p. 52.

especificado suficientemente las porciones que cada uno de los demandados ocupa.⁹³ O como en la sentencia dictada en la causa “Labrador S.A con Pastén y Otros” donde “Se estableció que uno de los requisitos de la acción de precario es que el actor acredite ser dueño del inmueble cuya restitución reclama, y respecto de dicho primer requisito habrá de profundizar en el sentido de que como el objeto de la acción de precario es la restitución de la cosa, en este caso, de diversas partes de un inmueble, resulta esencial que éste se encuentre debidamente individualizado, correspondiendo a la demandante aportar los necesarios antecedentes que demuestren de manera inequívoca, la identidad del bien que reclama”⁹⁴ Excepcionalmente, en otra línea jurisprudencial contraria a la postura que antecede encontramos la sentencia dictada en la causa “Sociedad Agrícola el Pabellón Ltda con Badillo Araos” donde “se señaló que el hecho de no determinarse con precisión el lugar específico que ocupa el demandado de precario, cuando lo que se demanda es la restitución de un terreno que forma parte de un predio de mayor extensión, no puede ser obstáculo para que la acción sea acogida”⁹⁵.

⁹³ C. Apelaciones Concepción, 25 octubre 2007. Estrada con Estrada Rol 499-2002 sentencia N°5.

⁹⁴ C. Apelaciones Serena, 19 de diciembre de 2006, Labrador S.A con Pastén y Otros. Rol 1287-2006, p.7. Precario casos y Jurisprudencia. Zavala.

⁹⁵ C. Suprema, 13 mayo del 2008. Sociedad Agrícola el Pabellón Ltda. con Badillo Araos recurso. Rol 1788-2007. Sentencia N°7. Para mayor abundamiento la sentencia justifica esta decisión indicando que si se prueba que una persona se encuentra ocupando materialmente parte del predio de que otra es dueña, resulta irrelevante que esa prueba no se extienda a la cantidad exacta y determinada de metros cuadrados o los deslindes puesto que cualquiera sea el número de metros cuadrados o los deslindes, el demandado se encuentra detentando un bien que no le pertenece y ello lo pone en situación de tener que restituirlo a su legítimo dueño.

2.- Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución reclama.

Según se ha manifestado ampliamente en doctrina y jurisprudencia, este elemento ya que la causa de pedir de dicha acción es el derecho real de dominio, el demandante debe probar el dominio de la cosa para su restitución, y que se encuentra el demandado usando y gozando el bien, por lo que dichas facultades se esperan que sean reintegradas al dueño del bien y demandante por ser atributos esenciales del dominio.

Dentro de este requisito esencial para que prospere la acción de precario, se analiza además la legitimación activa. Se ha entendido también que no sólo puede ser ejercida por el dueño sino también por el usufructuario⁹⁶ y sobre el particular se ha mencionado en la jurisprudencia en “Pinninghoff con Rivas”, se argumentó que la acción de precario pretende que se restituya un bien al demandante para que éste pueda gozar de él, de manera que resulta evidente que son titulares de la misma el propietario pleno y el propietario del derecho de usufructo o usufructuario, pues ambos tienen la facultad de usar y gozar de la cosa.⁹⁷ Se han mencionado varios argumentos doctrinarios para justificar al usufructuario como titular de esta acción, uno de los más importantes sin duda,

⁹⁶ C. Suprema, 2 enero 2006. F. del M. N° 530, sent. 10, p. 3461 (S. de reemplazo, C. 3°, p. 3464). G. J. N° 307, p. 86 (S. de reemplazo, C. 3°, p. 97). M.J. N° 10309 (S. de reemplazo, C. 3°). L.P. N° 33573 (S. de reemplazo, C. 3°).

⁹⁷ Zavala Ortiz, José Luis. Precario casos y jurisprudencia. Corte Suprema. 2 de enero 2006. Rol 1446-2004 sentencia N°12.

si al nudo propietario le asiste el derecho a entablar acción reivindicatoria y las posesorias tratándose de inmuebles, con igual forma al ser la acción de precario comprendida dentro de las acciones reales podría intentarlas. Esta idea además se ve confirmada por el artículo 802 inciso 2º del Código Civil que le impone al usufructuario la obligación de denunciar al propietario las usurpaciones cometidas en la cosa fructuaria haciéndolo responsable por su falta de aviso oportuno, de los perjuicios que dichas usurpaciones hayan inferido al nudo propietario⁹⁸.

Una situación particular que es preciso detenerse a propósito de la legitimación activa es lo referente a los comuneros. Entendida el cuasicontrato de comunidad según el artículo 2304 Código Civil “La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”. El profesor Larroucau lo analiza en varios supuestos.

i) Si la demanda ha sido interpuesta por un comunero como si fuera dueño exclusivo de la cosa que reclama

ii) La demanda de un comunero a un tercero en nombre de toda la comunidad

⁹⁸ HALABI y Saffirio, op. cit. Ibíd. p.36

iii) La demanda de un comunero en contra de otros comuneros

En el primer supuesto i) demanda de un comunero como si fuera dueño exclusivo de la cosa, se puede ejemplificar en el caso, de la acción de la mujer casada en sociedad conyugal que tras la separación de hecho demanda a su cónyuge para recuperar el bien que fuera del hogar común. En estos casos, la jurisprudencia niega la acción al demandante porque el dominio de la cosa no es exclusivo. Así, en el caso “*Rojas con Varas*” la Corte de Apelaciones expresó “de conformidad a lo prescrito en los artículos 131 y 133 del Código Civil los cónyuges están obligados a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida y ambos tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a algunos de ellos les asistan razones graves para no hacerlo. Como las partes son cónyuges y el inmueble cuya restitución solicita la actora tiene la calidad de hogar común, se debe necesariamente concluir que no concurre uno de los supuestos de hecho que permite demandar de precario al marido, y obtener que se lo lance con el auxilio de la fuerza pública, en el evento que no haga restitución de propiedad”⁹⁹.

Pensamos y adherimos a la posición de Larroucau que la decisión jurisprudencial basada en el régimen matrimonial que existe en Chile debe regularse caso a caso. No es lo mismo que se impida por el caso anterior

⁹⁹ C.A. Santiago. 6 mayo 2009. Rol N°10544-06. Legalpublishing N°42100, cons 3 (redacción de la ministra Gloria Ana Chevesich)

debido a los “deberes de socorro y de habitar el hogar común que por ejemplo la vigencia de la sociedad conyugal, se pueden llegar a distintas soluciones si es que la acción de precario es visto más como una conservación del bien, que como acción protectora del dominio¹⁰⁰.

Además, una sentencia bastante reciente, ha mencionado que debe rechazarse la acción de precario si la actora en su demanda no aludió a su calidad de comunera ni actuó a nombre de la comunidad y tampoco tiene la representación de ella, porque el demandante en esta acción “debe acreditar el dominio total del bien que pretende recuperar”¹⁰¹.

En resumen, vemos que no prospera la acción de precario por un comunero, si es que se atribuye la calidad de dueño exclusivo, pretendiendo que el detentador le restituya la totalidad de la cosa común.

ii- Demanda de un comunero a un tercero en nombre de la comunidad.

Cuando el comunero acciona de precario por la comunidad con un poder suficiente, dado por los demás comuneros, la jurisprudencia no ve inconvenientes de legitimación activa. ¿Qué pasa en el caso que no se esgrime o no se acredita poder? En este caso la jurisprudencia y la doctrina han zanjado

¹⁰⁰ LARROUCAU. *Ibíd.* p.56.

¹⁰¹ HALABI y Saffirio, *op. cit.* *Ibíd.* p. 39.

el debate reconociendo la legitimación activa del comunero en base al mandato tácito y recíproco que existiría entre los comuneros y a que la acción de precario es un acto de conservación no de disposición del bien¹⁰². Así podemos ver amplia jurisprudencia que menciona “el artículo 2305 del Código Civil consagra respecto de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, el denominado mandato tácito y recíproco de administración. La acción de precario interpuesta por el comunero a fin de obtener la restitución de parte del inmueble, sobre el cual recaen sus derechos es un acto de administración, ya que mediante ella no se pretende un acto de disposición sino que de conservación”¹⁰³.

Sin embargo, hay jurisprudencia y doctrina contraria a esta postura de igual importancia¹⁰⁴. Un fallo negó categóricamente que el ejercicio de la acción de precario sea un acto conservativo, afirmando que “como acto de mera administración no se puede considerar la interposición de una demanda de precario cuyos resultados pueden afectar a los demás comuneros que no han manifestado expresamente su voluntad de interponer esta acción, tampoco por estos motivos se puede estimar que el comunero es agente oficioso de los demás integrantes de la comunidad. Todo lo expuesto lleva a concluir que es

¹⁰² LARROUCAU. *Ibíd.* p.56.

¹⁰³ Tercer Juzgado Civil de Concepción, 317 octubre 1990.legal publishing N°1927, cons 5 (redacción jueza Sara Herrera). Véase además número 87. Repertorio.

¹⁰⁴ Véase para mayor abundamiento Somarriva “partición e indivisión “. P. 149.

imprescindible que la totalidad de los integrantes de una comunidad expresen su voluntad en forma expresa para interponer la demanda de precario.”¹⁰⁵.

Esta hipótesis tiene relevancia toda vez que al plantear el caso de un comunero que no manifieste expresamente su voluntad al interponer la demanda por encontrarse impedido por cualquier causa, traería como consecuencia si se acoge la postura anterior que también todos los demás comuneros no podrían deducir acción de precario a fin de obtener la cosa común que detenta un tercero sin título. Claramente consideramos que esto se aleja de los principios de equidad del derecho y del espíritu general de la legislación del artículo 24 del Código Civil, toda vez que pasaría a quedar un tercero que no tiene ningún derecho sobre la cosa, comparado con otros que – en parte- la tendrían y se quedarían sin interponer la acción. Por ende, creemos y adherimos a la primera postura doctrinaria y jurisprudencial, que menciona que el ejercicio de esta acción constituye un acto meramente conservativo, además que con ello ningún perjuicio ocasionaría a los demás indivisarios, lo cual a nuestro juicio corresponde a una integración e interpretación acorde con el artículo 2305 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 2081 del Código Civil, por el cual un comunero puede servirse de las cosas comunes incluso para su uso personal.

¹⁰⁵ Corte de Valdivia. 12 septiembre 1988. GJ N°103. p.14.

iii. Demanda de un comunero en contra de otros comuneros.

Supuesto de esta tercera hipótesis: comunero que acciona como parte de una sucesión en contra de otro miembro de la sucesión quien detenta el bien. En el caso Vega con Astudillo, se acogió la demanda de precario debido a la reticencia de discutir el dominio en esta sede y por dicha acción, así se estableció que “con la documentación acompañada [...] tendiente a cuestionar la exclusividad del dominio de los actores en el predio de autos, por ser de lato conocimiento y en procedimiento ordinario, no corresponden en un juicio sumario como el de autos, que por su naturaleza tiene una tramitación rápida, para que sea eficaz”¹⁰⁶.

Creemos que no se podría acoger la demanda de precario en este caso, básicamente porque el título que detenta el demandante sería exactamente el mismo que detentaría el demandado, por consiguiente, no se cumpliría el elemento de la acción referido a que ninguna de las partes litigantes probaría el dominio de la cosa común, sino que serían codueños. En este caso en particular los comuneros que estaban desprovistos de la tenencia material del bien se entiende que podrían hacer uso de la acción contemplada en el artículo 655 de Código Procedimiento Civil, para poner término al goce gratuito del comunero que ha desconocido sus derechos. O bien recurrir a la justicia para

¹⁰⁶ LARROUCAU. Ibíd. p.59.

que resuelva acerca de la forma en que deben administrarse los bienes comunes y nombrar a un administrador pro indiviso artículo 653 Código Procedimiento Civil. Sin perjuicio, de su derecho a pedir la partición mediante la acción respectiva, con arreglo de los artículos 646 y siguientes del Código citado¹⁰⁷. En definitiva, no prospera la acción de precario sino que otros procedimientos judiciales que la ley establece que correspondan de manera idónea a salvaguardar y poner término conforme a derecho a esta situación jurídica.

3.- Tenencia de cosa ajena por parte del demandado.

El artículo 714 del Código Civil señala que se debe entender por “tenencia” señalando que es la que se “ejerce sobre una cosa, no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño”, “lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”. El mensaje del Código Civil por otra parte señala que el que a nombre ajeno posee, no es más que un representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia” “las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él, la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno”. Las fuentes de la mera tenencia pueden encontrarse en dos situaciones jurídicas diversas; puede tener la mera

¹⁰⁷ HALABI y Saffirio, op. cit. sobre la situación del ex comunero demandado de precario C. Suprema RDJ 1953 T.51 sec1 pag. 84. Donde se acoge la acción en sentido contrario. C. suprema. 1982 F del M N°283 pag. 174.

tenencia la cosa en virtud de un derecho real sobre la misma; cuyo ejercicio implica detentar la cosa (como un usufructo, una prenda) o porque tiene un derecho personal respecto del dueño (como un arrendamiento o un comodato). Puede anotarse que en la primera alternativa se es mero tenedor (de la cosa), pero poseedor del respectivo derecho real¹⁰⁸.

En la jurisprudencia se ha tratado la tenencia en el fallo “Pinochet y Abarca” en que se señaló que es requisito indispensable probar que el inmueble esté siendo efectivamente ocupado por el demandado. En la especie, ello no fue posible en razón que las pruebas dieron cuenta que aquel ocupaba un inmueble cuya numeración no corresponde con el reclamado en la acción.¹⁰⁹

En cuanto a las características de la mera tenencia, se ha sostenido doctrinariamente que tiene carácter absoluto, se es mero tenedor tanto respecto del dueño de la cosa como ante los terceros. Por regla general, si el mero tenedor pierde la tenencia de la cosa no puede entablar acciones posesorias, salvo, si al mismo tiempo fuere titular de un derecho real como el usufructuario por ejemplo, excepcionalmente si el mero tenedor es despojado violentamente de su tenencia, podrá interponer la querrela de restablecimiento en el plazo de 6 meses. En el caso por ejemplo, del arrendamiento se tiene derecho personal

¹⁰⁸ PEÑAILILLO, Arévalo Daniel. Los bienes la propiedad y otros derechos reales. Editorial Jurídica. Año 2006. p. 362.

¹⁰⁹ José Luis Zavala Ortiz. Precario casos y jurisprudencia. Editorial Thomson Reuters. Año 2010. Corte de Apelaciones de Talca. 11 noviembre de 2008 Rol 1513-2007 Sentencia N°18.

sólo ante el arrendador, para que este lo proteja en el caso que se requiera una restitución del inmueble, si existe evicción.

Es perpetua, si el causante es mero tenedor también el causahabiente o sucesor a cualquier título lo será, por regla general -artículos 1907 y 1108- ello porque la condición jurídica del causahabiente (heredero o legatario, por ejemplo será la misma que tenía su causante.

Es inmutable o indeleble, la mera tenencia no puede transformarse en posesión, puesto que nadie puede mejorar su propio título; artículos 716,719 inciso 2 (la expresión poseer a nombre ajeno utilizada en la última disposición, es incorrecta, porque siempre se posee a nombre propio). Esta característica tiene dos excepciones 1.- la contemplada expresamente en el artículo 716, que se remite al artículo 2510 regla tercera (otros señalan que se trata más bien de una excepción aparente). 2.- la del artículo 730 del Código Civil¹¹⁰.

4.- Ausencia de contrato previo.

¹¹⁰ ORREGO, Juan Andrés. Apunte posesión. Fuente: www.juanandresorrego.cl. p. 25.
Artículo 730 Código Civil: Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior. Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

El elemento que se expone al señalar sin previo contrato entendiendo contrato en un concepto legal como 1438 Código Civil “el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Sin embargo, la jurisprudencia ha ampliado este concepto refiriéndose a “La expresión contrato que ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si bien éste es el concepto legal, la expresión que utiliza el inciso 2º del artículo 2195 citado debe entenderse en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aun cuando no sea de origen convencional o contractual. Así como también a la expresión contrato que utiliza el artículo 2195 inciso 2 del Código Civil se le ha atribuido el amplio significado de título o antecedente jurídico de fundamento o apoyo jurídicamente relevante, que sirva de basamento a la tenencia de la cosa¹¹¹.”

En la jurisprudencia se señalan muchos casos en orden a establecer si existe un justo título que justifique la tenencia del demandado. Algunos de estos casos de relevancia jurisprudencial son los siguientes:

¹¹¹ Véase el apartado de repertorio B.3. 13 a) y b).

- i) Cuando el demandado invoca como título el matrimonio que lo une con la demandante.

La jurisprudencia no está conteste acerca de si el matrimonio es un título que justifique la tenencia, hay fallos en una u otra posición en orden a acogerla o rechazarlo.

La situación que se presenta en este caso por el cual la mujer separada totalmente de bienes deduce acción de precario contra su cónyuge, quien por su mera tolerancia ocupa un inmueble del cual ella es dueña. El marido opone la excepción de encontrarse allí no por mera tolerancia o ignorancia de la demandante, sino porque la ley lo autoriza, pues se encuentra unido en matrimonio con la actora y ese contrato le impone la obligación de vivir junto a su marido, siendo además la propiedad reclamada la residencia conyugal, hasta que la demandante hizo abandono del hogar común¹¹².

La Corte de Apelaciones frente a este caso confirmó el fallo de primera instancia, que negó lugar a la demanda, considerando que estando las partes unidas en matrimonio no disuelto, y con lo dispuesto en los artículos 133 y 71 del Código Civil, el demandado tenía título eficiente y eficaz para oponerse a la

¹¹² HALABI y Saffirio. op cit. Ibíd. p.75.

acción de precario. Asistiéndole el derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

No obstante, tuvo un voto disidente muy importante del Ministro Gálvez, fundado a) uno de los efectos del matrimonio es el de dar nacimiento a las obligaciones del marido que contempla el artículo 133, y en la medida que éstas tengan una repercusión patrimonial deben naturalmente gravar a dicho cónyuge, pero nunca a la mujer en su casa, pesa precisamente sobre éste la carga de establecer un hogar común. B) la circunstancia de haber vivido ambos en el inmueble de la actora no constituye título de tenencia, sino que configura únicamente una situación de hecho que se ha prolongado por la mera tolerancia de la mujer. C) que de aceptarse 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 irrevocable¹¹³.

La demandante a este fallo recurrió de queja contra los ministros que dictaron voto de mayoría. La Corte Suprema acogió el recurso queja, dejó sin efecto la sentencia de alzada y revocó la primera instancia, acogiendo la demanda de precario.

¹¹³ HALABI y Saffirio, op. cit. p. 76 véase a mayor abundamiento F.del Mes., 1983. N°301, pag 740 y GJ N°42, pag 23. C. Concepción, 26 agosto 2008. M.J. N° 18270 (C. 5°). L.P. N° 39682 (C. 5°).

Es interesante y es por ello que reproducimos en parte los principales argumentos porque este fallo precisamente marca un precedente con respecto a varias aristas en este tema, más allá de que algunos de los argumentos del voto disidente hoy en día estén obsoletos porque precisamente la ley posterior 18.802 publicada en el diario oficial el año 1989 derogó el artículo 71 invocado y reemplazo el artículo 133 del Código Civil, marca referencia en primer lugar al dejar establecido que la acción de precario es una acción objetiva, conforme lo señala el artículo 2195 del Código Civil y es precisamente siguiendo la postura que hemos planteado a lo largo de nuestra monografía, esta es acreditándose el dominio del bien por el demandante, la tenencia del mismo por el demandado y la circunstancia que esta tenencia sea sin previo contrato, la acción debe ser necesariamente acogida, es decir, invocándose los requisitos objetivos de la acción de precario.

En otra arista, “podemos ver que este fallo marca un precedente al hecho que constituye un reconocimiento a que la separación de hecho de los cónyuges tiene un *status* jurídico determinado y una consagración en nuestro ordenamiento positivo, consagración que se ha ido abriendo paso lentamente a través de distintas modificaciones al Código Civil o a la dictación de leyes complementarias. En efecto, la separación de hecho está expresamente reconocida en la ley, circunstancia que se inició con el artículo 24 de la ley

14.901 que hacía aplicables los artículos 223 a 227 del Código Civil en los casos de separación de hecho o convencional de sus cónyuges”¹¹⁴.

En otro supuesto más reciente del año 2009 señala que de conformidad a lo prescrito en los artículos 131 y 133 del Código Civil los cónyuges están obligados a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida y ambos tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos les asistan razones graves para no hacerlo. Como las partes son cónyuges y el inmueble cuya restitución solicita la actora tiene la calidad de hogar común, se debe necesariamente concluir que no concurre uno de los presupuestos de hecho que permite demandar de precario a su marido, y obtener que se lo lance con el auxilio de la fuerza pública, en el evento que no haga restitución voluntaria de la propiedad¹¹⁵. Este caso es distinto al anterior, acá vemos según nuestro criterio que no existe una separación de hecho, y que debido a su vínculo contractual que los une en matrimonio, se entienden incorporados todos los derechos y deberes propios de dicho vínculo (artículo 131 y 133 Código Civil), y con mayor razón en el supuesto que estén casados en sociedad conyugal y entre el bien inmueble al haber absoluto ambos son dueños de éste. Por lo que no se cumpliría que la actora en este caso pruebe su dominio de la cosa- iguales derechos y dominio tendría el demandado sobre

¹¹⁴ Comentario jurisprudencial Davor Harasic Yacksic. Gaceta Jurídica, diciembre 1983/Nº42. Editorial jurídica Cono Sur.

¹¹⁵ C. Santiago, 6 mayo 2009. G.J. Nº 347, p. 154 (C. 3º, p. 154). L.P. Nº 42100 (C. 3º).

dicho bien inmueble- ni tampoco el otro requisito de tenencia de cosa ajena sin previo contrato, porque básicamente por lo anterior no sería cosa ajena sino que propia del demandado. En este sentido y también como lo señala la jurisprudencia estaríamos por rechazar la acción de precario.

ii. Relación matrimonial y filial

Podemos ver dos posturas jurisprudenciales en este tema, el primero en orden a mencionar que la relación matrimonial y filial no es título válido para ocupar el inmueble de la propiedad de la mujer. “por lo que, acreditado que la demandante es dueña del bien raíz cuya restitución se solicita, debió acogerse la demanda de precario en contra de su marido y de su hijo que ocupaban la propiedad por su mera tolerancia, y al no hacerlo así, incurren en falta los jueces que confirman la sentencia que negó lugar a la demanda”¹¹⁶.

Otra postura jurisprudencial en orden a establecer que la relación matrimonial y filial, sí es título válido para enervar la acción de precario, así, según la jurisprudencia de la Corte Suprema “No concurre el elemento del precario constituido por la falta de título e ignorancia o mera tolerancia del dueño de la cosa si en la especie la demandada ocupa la propiedad con sus hijos, que, a su vez, son medios hermanos del hijo de la actora y todos ellos son

¹¹⁶ C. Suprema, 14 julio 1993. F. del M. Nº 416, sent. 6ª, p. 454.

herederos del padre común, según auto de posesión efectiva de sus bienes dictado a su fallecimiento¹¹⁷. Básicamente, la jurisprudencia demuestra que si la relación filial y la vinculación jurídica que existe entre el demandante y demandado si es un título que justifica la tenencia, y que por ende, se estaría por rechazar la acción de precario. No obstante concordamos que se llega al mismo resultado, es decir, rechazando la acción de precario, debido a que el primer requisito de la interposición de la acción que es el ser dueño de la cosa no se cumple, ya que los hijos de la demandada eran herederos y por tanto también dueños en parte del inmueble habitado, por lo que dicha acción no opera cuando se trata de ejercer contra otro dueño al presentar los mismos derechos y dominio sobre la cosa.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial anterior y en diversos fallos recientes ¹¹⁸ la Corte Suprema ha señalado el mismo criterio en relación al vínculo de parentesco, en cuanto a rechazar la acción, esto en gran medida por los bienes jurídicos envueltos, como el interés superior del niño, niña y adolescente, que prevalecen sobre los bienes patrimoniales, agregando que “En concreto, la mera tolerancia que es precisamente el fundamento de la demanda, se trata de un concepto que importa una actitud permisiva, la simple condescendencia o consentimiento del propietario de la cosa que luego trata de recuperar, presupuesto que no se da en la especie, dado que se funda en un

¹¹⁷ C. Suprema, 4 enero 1973. R., t. 70, sec. 1ª, p. 1.

¹¹⁸ ROL C-15.005-2013, 5.550-2014, 24.304-14, 24.343-14 y 29.095-14, en base jurisprudencial fallos pjud.cl. Fallos que siguen esta perspectiva.

contexto de relaciones de familia, el cual en diferentes ocasiones esta Corte Suprema y precisamente esta Cuarta Sala, ha considerado antecedente suficiente para la ocupación y ha rechazado demandas de precario.

iii. Caso que el demandado invoca el concubinato para enervar la demanda

La jurisprudencia tampoco no es conteste en este caso. Existe una primera postura según la cual se acoge la acción de precario cuando el título esgrimido es una relación de convivencia. Una segunda postura entiende que las relaciones de convivencia sí son un título válido para oponerse a dicha acción. Respecto de la primera postura, se ha resuelto en la causa 1541-2008 por la Corte Suprema. En este caso, la demandante era una sociedad cuyo socio mayoritario y representante legal había convivido por más de diez años con la demandada, quien continuó viviendo en el inmueble objeto del litigio una vez que la relación entre ellos finalizó. La Corte consideró que esto no conformaba un título de ocupación ni significaba que ese estado pudiera prolongarse indefinidamente en el tiempo, y que la demandada llevaba a cabo su ocupación amparada únicamente en la mera tolerancia, por lo que sí era procedente acoger la acción de precario¹¹⁹. En una sentencia más reciente dictada en el año 2017 por la Corte Suprema, que rechazó el recurso de casación en el fondo en el cual la demandada argumentaba que ella habitaba la propiedad por haber

¹¹⁹ Corte Suprema, causa rol 1541-2008, del 25 de marzo del 2009. Primera Sala, considerando sexto.

mantenido una relación de convivencia con el anterior dueño y causante de los demandantes, pero la Corte determinó que carecía de título que la habilitara para hacer la ocupación legítima del inmueble, rechazando el recurso interpuesto, correspondiendo dar lugar a la acción”¹²⁰.

Respecto a la segunda postura se ha entendido y así lo recogen la jurisprudencia y doctrina que el concubinato, sí es un título válido para oponerse a dicha acción. En este sentido encontramos la sentencia rol 10336-2017, en la que las partes habían sido convivientes por más de doce años, desde antes que se trasladaran a vivir al inmueble sublite el que fue adquirido por el demandante. Allí tuvieron cuatro hijos, y luego que la relación de convivencia terminara, el actor hizo abandono del hogar común y acordó con la demandada que esta continuará viviendo ahí hasta que el menor de sus hijos cumpliera la mayoría de edad. La Corte Suprema, frente a esto, sostuvo que esta relación de convivencia sí era un título válido señalando que sí era posible establecer un vínculo de hecho suficiente entre el inmueble y su ocupante, dados los hechos que, probados en particular, las relaciones de familia existentes entre las partes, en cuyo mérito la demandada ocupaba el inmueble en tanto madre de sus hijos y por haber sido el lugar residencia habitual de la familia.¹²¹

¹²⁰ Corte Suprema, causa rol 5092-2017, del 14 de marzo del 2017. Primera Sala, considerando tercero.

¹²¹ Corte Suprema. Causa rol 10336-2017, 28 de junio de 2017, Cuarta Sala considerando cuarto.

Nos parece correcta la postura que el concubinato si es un título válido para oponerse a la acción de precario, ya que considerarlo de esta forma, refleja protección de la convivencia en el mismo sentido que el matrimonio, y va de la mano con el sentido de propender a la familia como mención fundamental.

Cabe destacar al respecto que actualmente existe la ley N° 20.830 de Acuerdo de Unión Civil que es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Que ya está aprobado en nuestro país y por el cual las personas que lo celebran tienen un estado civil de conviviente civil, básicamente para salvaguardar esta laguna legal que existía con respecto a los convivientes y para que se le reconozcan en plenitud una serie de derechos y reconocimientos jurídicos perse, filiativos, sucesorios, de protección laboral, y también patrimonial pudiendo pactar separación de bienes o comunidad de bienes, y teniendo también los deberes de ayuda mutua y solventar gastos generados por su vida en común, conforme a las facultades económicas y al régimen patrimonial que exista.

Por lo que celebrado este contrato y cumpliendo los requisitos de validez y existencia respectivos, y el acta correspondiente en el registro especial de la ley AUC, los convivientes estarán en comunidad de bienes si optan por dicho régimen patrimonial, tal y como lo dispone el artículo 15 de la ley 20.830. Por

ende, en el supuesto que actualmente exista una demanda como el caso analizado anteriormente por el cual el actor como conviviente civil demande de precario a su conviviente, para restituir el inmueble, se rechazaría la acción de precario, al advertir que existe comunidad de bienes establecido el vínculo de convivencia civil por el artículo 15 de la ley 20.830 y por ende, no podría probar el dominio sobre cosa singular e individualizada, ya que ambos tendrían los mismos derechos y serían dueños del bien, por lo que con ello además, el requisito de tenencia de cosa ajena, tampoco se podría probar ya que sería también dominio del demandado al quedar demostrada la comunidad de bienes.

Respecto a la hipótesis de seguir planteándose casos de comunidad entre convivientes que no hubieran celebrado este AUC a pesar de existir, no contamos con jurisprudencia reciente que avale esta situación pero estimamos que seguiría la lógica de los criterios planteados con anterioridad en la jurisprudencia que si se darían estos casos de comunidad entre convivientes pero cumpliéndose con ciertos requisitos propios de la formación de la comunidad y no sólo por el hecho de existir la misma, así vemos, por ejemplo, que en el caso que el demandado invoque como título la convivencia en el precario tenemos que una sentencia del año 2014 menciona en su considerando cuarto “Que si bien la Excma. Corte Suprema ha afirmado la existencia de comunidades nacidas de la convivencia entre dos personas, de manera tal de estimar que los bienes adquiridos por uno u otro durante ella son

de dominio común de ambos, al tener su origen en el trabajo conjunto, también se ha precisado que el concubinato no constituye una presunción de existencia de comunidad entre concubinos, es decir, el concubinato por sí solo no crea comunidad alguna, sino que ésta se formará en la medida que haya aportes, consistentes en bienes, trabajo, industria o cualquier otra actividad conjunta que haya sido la causa de la existencia de la masa de bienes que forman la comunidad que se pretende establecer¹²².

Asimismo, otra jurisprudencia menciona “El mero hecho de una relación de convivencia entre las partes no importa una comunidad de bienes al tenor de lo dispuesto en el artículo 2304 del Código Civil, mientras no se comprueben los aportes o contribuciones materiales efectuados en la adquisición de los bienes cuya declaración de comunidad se pretende”¹²³.

iv. Referente a los contratos de promesa se tienen criterios jurisprudenciales dispares:

a) Contrato de promesa de compraventa celebrado con el dueño del bien raíz.

¹²² C. Antofagasta. 12 de septiembre del 2014, Rol 447-2014.

¹²³ Corte Suprema, Rol 7568-2009, “Vargas Guzmán, René con Morales González, María”, sentencia de 26 de abril de 2011

b) Contrato de promesa de compraventa celebrado con el antecesor en el dominio.

Se analizan estos casos a propósito de la entrega anticipada que realiza el promitente vendedor (dueño), al promitente comprador, en circunstancias que nunca se llega a cumplir el contrato prometido y el dueño quiere recuperar la cosa.

Mencionado ya, que principalmente son dos las posturas que toman los tribunales de justicia:

a) Contrato de promesa de compraventa celebrado con el dueño del bien raíz. Según la CS, en un fallo de 1992, se expresa en razón de rechazar la acción de precario “En determinada escritura pública de promesa de venta se dejó constancia de que la promitente compradora se encuentra en tenencia material del predio objeto del contrato, que le fue entregado anticipadamente por el promitente vendedor. En esta situación, no puede prosperar la demanda de comodato precario contra la referida poseedora material del predio, ya que no lo es por ignorancia o mera tolerancia del dueño, sino por la aludida entrega anticipada”¹²⁴. Así mismo, señaló la Corte “Que en esas condiciones, no obstante haberse acreditado el dominio del actor y la ocupación de la

¹²⁴ C.Suprema, 29 noviembre 1993. F. del M. N° 420, sent. 14, p. 968.

demandada, se ha comprobado la existencia del título oponible al demandante y que justifica la ocupación por parte de la demandada por lo que no se presentan en el caso todos los requisitos que hacen procedente la acción de precario prevista en el inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil¹²⁵. También se ha fallado que “la acción especial que se dedujo en este juicio es improcedente, toda vez que entre demandado y poseedor habían mediado manifestaciones explícitas de voluntad tendentes al otorgamiento de un contrato de transmisión de dominio del bien raíz que se trata; se dispuso- al efecto- la entrega provisoria del mismo, en favor del presunto comprador que abono parte del precio y la actora adoptó actitudes ciertas y precisas que autorizaron al demandado para asumir la tenencia de que ahora se reclama mediante el juicio especial del precario”¹²⁶, así vemos, que cuando el demandado demuestra que su tenencia deriva de la promesa de venta celebrada con el actor, se rechaza la demanda de precario.

Según otra línea jurisprudencial más bien minoritaria, una sentencia de Corte de San Miguel del año 1981 descarta la defensa del demandado basado en un contrato de promesa de compraventa celebrado con el actor al declarar que “Si la actora en un juicio de precario, acredita la calidad de dueña del inmueble reclamado y el demandado se excepciona invocando el contrato de

¹²⁵ C. Suprema, 28 de mayo del 2014, cuarta Sala considerando duodécimo, causa rol 15005-2013. www.pjud.cl

¹²⁶ C. Suprema, 31 de julio 1973. RDJ. T.70. sec 1, pag 47.

promesa de compraventa, procede acoger la demanda, pues el demandado no ha podido ocupar el inmueble mientras la obligación de firmar el contrato no haya sido declarada judicialmente en otro proceso”¹²⁷.

Adherimos a la postura mayoritaria en orden a considerar a la promesa de compraventa que es un contrato en el que versa un acuerdo de voluntades entre el promitente comprador y vendedor, por lo que si debiese ser considerado un título válido y acogerse la acción de precario, lo relevante es ver los términos en que se ha redactado el contrato para determinar la voluntad real de las partes y cuál es el plazo o condición para la celebración del contrato definitivo, ya que mientras se encuentre pendiente el plazo se estaría en presencia de una tenencia justificada y amparada por el derecho, por el contrario, una vez cumplido el plazo o condición de la promesa sin celebrar el contrato definitivo, se acogería la acción de precario, ya que el título que justifica la tenencia, perdería su vigencia y por ende, se cumplirían los requisitos de procedencia para acoger dicha acción.

¹²⁷RDJ, Vol. II, Año 1981, segunda parte, sección primera, considerando nº 12, Pág. 116. Referencia Orrego. Juan Andrés. “Los Contratos Reales”. Santiago Ediciones Fines Terrae. Año 2015. p. 220. Referencia además Barría Mena, y Carlos Hidalgo Muñoz, Análisis jurisprudencial del comodato precario y del precario desde los años 1970 a 2002. Memoria de Prueba. Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile. p.40.

b) Contrato de promesa celebrado con el antecesor en el dominio del dueño de la cosa. Existe una línea jurisprudencial en un fallo de la Corte Suprema del año 2013 que se refiere en los siguientes términos: “Cuando la promesa de compraventa emana del anterior dueño de la cosa, puesto que en este caso, este instrumento, considerado como tal, no constituye título suficiente que pueda esgrimirse respecto del actual propietario del bien, precisamente por el efecto relativo de los contratos, que no pueden oponerse a los terceros que no son parte en los mismos, puesto que lo que por él se trata produce efecto obligatorio pleno para las partes y no alcanza a terceros, es *res inter alios* acta para el adquirente. Dicho de otro modo, este título per se, no resulta oponible al demandante dueño inscrito del inmueble, esto es, no le empece, no porque no emane de él, sino porque no obliga al propietario, de forma tal que no se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación y, por ello, la ley lo ampara en su derecho a rescatar la tenencia de la propiedad, a fin de ejercer en forma plena los atributos que reconoce al dominio (...)”¹²⁸. Sin embargo, por otro lado, como la sentencia del 20 de abril de 1983 de la Corte de Santiago, han admitido como defensa del demandado la existencia de un contrato de promesa de compraventa celebrado con un tercero que antecedió en el dominio al actual propietario y consecuentemente, han rechazado la demanda de precario, estos fallos siguen el principal razonamiento que si el promitente vendedor permitió al promitente comprador ocupar el inmueble objeto del contrato, hubo

¹²⁸ C. Suprema, 16 septiembre 2013. C-2620-2013. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

entre las partes además de la promesa un contrato de comodato. Así una sentencia de la Corte Suprema señala que “No puede prosperar la acción de precario contemplada en el artículo 2195 intentada por el actual dueño del inmueble en contra de quien lo detenta en virtud de un contrato de promesa celebrado con el propietario anterior”.¹²⁹ Siguiendo esta línea jurisprudencial concordamos con la postura de Orrego Acuña en mencionar que en este último caso, vale decir, cuando el propietario de la cosa permitió que el promitente comprador ocupare materialmente el inmueble objeto del contrato de promesa, se entiende que las partes celebraron un contrato de comodato que tendría la calidad de contrato de comodato precario, pues no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución. Por consiguiente, ocurren dos situaciones: si el contrato de promesa de compraventa no llegare a celebrarse, el promitente vendedor podrá demandar su cumplimiento o su resolución, más la pertinente indemnización de perjuicios. Si el plazo de prescripción de esta acción estuviese prescrito, es decir, si hubiesen transcurrido más de 5 años contados desde la obligación de celebrar el contrato prometido se hizo exigible, la acción que debiera deducir el dueño y promitente vendedor, es la de comodato precario. En ninguno de estos dos casos la acción procedente sería la acción de precario.¹³⁰

¹²⁹ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *Ibíd.* p. 223.

¹³⁰ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *Ibíd.* p. 223.

4.- Que dicha tenencia se tenga por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Trasladando los conceptos al precario, debemos entender por ignorancia “al total desconocimiento del dueño acerca de la tenencia que un tercero extraño ejerce sobre un bien de su dominio”¹³¹ en definición de la Corte Suprema ha mencionado que la ignorancia “comprende también el desconocimiento de la situación jurídica en que el demandado se encontraba ocupando el inmueble de la actora”¹³². Cabe mencionar además que la ignorancia y mera tolerancia no pueden coexistir, o existe una u otra, pero si es posible que la ignorancia inicial, posteriormente se transforme en mera tolerancia.

La mera tolerancia no está definida por la ley pero sí por la doctrina y jurisprudencia, así es como ésta presupone el conocimiento del dueño acerca de la tenencia que el tercero está ejerciendo en la cosa de su dominio y, por esa razón, es inconciliable con la ignorancia¹³³. Se traduce en una conducta objetiva omisiva por el cual el dueño tolera, al no intentar ponerle fin a la situación de hecho propia del precario. En concepto de la jurisprudencia “se ha precisado que la noción de mera tolerancia”, como equivalente a “llevar con

¹³¹ HALABI y Saffirio, op. cit. Ibíd. p.85.

¹³² Ídem .p.86

¹³³ Ídem. p. 86

paciencia”, “soportar”, “aguantar”, “sufrir”¹³⁴ así desde el punto de quien lo tolera son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho de permitirles o no la tenencia de la cosa, pero que no pone en ejecución por benevolencia y considerando que el hecho no atenta contra la integridad del contenido de su derecho¹³⁵.

La jurisprudencia ha indicado además que “el concepto de tolerancia no es rígido y debe revisarse en concreto y considerar todas las circunstancias que rodean las relaciones entre las partes y requiere ser estudiado a la luz de particularidades que emanan de cada experiencia humana”¹³⁶. Siguiendo esta línea según criterio de la Corte Suprema “existen ciertos parámetros que han de permitir al sentenciador -quien resolverá soberanamente sobre la base de las probanzas aportadas por tratarse de una cuestión de hecho y que, por ende, su solución dependerá de las circunstancias en cada caso concreto- dilucidar si se está o no en presencia de un acto de mera tolerancia. Tales factores a considerar al analizar o valorar una situación para calificarla o no de un acto de la naturaleza que se viene examinando dicen relación con actos externos que sirven para apreciar el ánimo de las partes, esto es, consisten en signos visibles más o menos característicos que debidamente ponderados pueden permitir descubrir el fuero interno de las partes,

¹³⁴ Corte Apelaciones San Miguel 31.07.86 Gaceta Jurídica N°73. pag. 63 y ss.

¹³⁵ Véase para mayor abundamiento “Tratados de derechos reales, Bienes de Alessandri. M Somarriva U y Vodanovic. Ibíd. p. 23.

¹³⁶ C. Santiago, 23 marzo 1987. RDJ.t 84 sec 2 pag 29.

a saber: la insignificancia o utilidad del uso o goce que importa el acto de mera tolerancia para el que lo soporta; la transitoriedad o intermitencia versus la permanencia del acto; la frecuencia con que se repiten los actos y el uso público, excluyente y continuo de una cosa sin oposición del dueño que hace presumirla aquiescencia de aquél.”¹³⁷ Es por ello, que a nuestro parecer, dicha jurisprudencia es importante ya que establece ciertos parámetros que el sentenciador debe tomar en cuenta en la fundamentación de la sentencia, que si bien se analiza caso a caso, existen parámetros y baremos generales los cuales pueden considerar al establecer el acto de mera tolerancia.

En concepto de jurisprudencia más actual de la Corte Suprema año 2013 se puede distinguir la mera tolerancia con respeto al que los tolera y también desde el punto de vista del tercero. "puede decirse, desde el punto de vista del que los tolera, que son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuya ejecución no se opone por benevolencia y considerando que no atentan contra la integridad del contenido de su derecho. Desde el punto de vista del tercero, son actos de mera tolerancia los que él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho ejercitado."¹³⁸ Agregan que: "Para calificar un acto como de mera tolerancia o no, es preciso atender al ánimo o

¹³⁷ C. Suprema. 24 de noviembre de 2009. <http://vlex.cl> Rol 5311-2008

¹³⁸ Alessandri, Somarriva y Vodanovic. "Tratado de los Derechos Reales, Bienes." Págs. 23 y 24.

voluntad de las dos partes. Habrá un acto de esa naturaleza si el agente, o sea, el que lo ejecuta, lo hace sin ánimo de realizar un acto posesorio o de ejercicio de un derecho propio, y si, por su lado, el que soporta el acto lo hace por pura condescendencia. Cuando en un pleito se discute si un acto es de posesión o mera tolerancia, hay que determinar el ánimo de las partes atendiendo naturalmente, a algunos signos externos más o menos característicos, cuya ponderación razonada permitirá descubrir el fuero interno del actor y el demandado."¹³⁹.

Podemos también establecer que existe un apartado dentro de la jurisprudencia del repertorio relativo a la vinculación entre la ausencia del título y la ignorancia o la mera tolerancia en orden a establecer cuando entre las partes existe un contrato en virtud del cual el demandado ejerza la tenencia de la cosa, ese hecho, por sí solo, impide sostener que el actor la ignora o tolera. Si hay una obligación que pesa sobre el dueño, no puede concurrir la ignorancia ni la mera tolerancia requerida por el artículo 2195 inciso 2º.

Sin embargo, planteando una hipótesis inversa que sucede cuando el demandado no tiene un título en el cual funde su tenencia ¿esa falta de título supone la ignorancia o mera tolerancia del dueño?

¹³⁹ C. Suprema. 25 marzo 2013. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl> Rol N° 1410.-2012.

Aunque son requisitos copulativos que no deben confundirse y se deben distinguir de forma separada, existe un criterio jurisprudencial tendiente a subsumir este elemento y cuando el demandado no exhibe el título que obligue al demandante a respetarlo corresponde presumir la ignorancia o mera tolerancia de éste. Así la Corte Suprema ha mencionado que si la “demanda carece de contrato o título que justifique la tenencia de su propiedad, debe entenderse que la detenta por mera tolerancia de la actora, y por lo mismo, su tenencia resulta precaria¹⁴⁰.

No obstante, según la Corte Suprema, excepcionalmente, puede existir casos en que ambos elementos no coincidan “por ejemplo, a pesar que el demandado no tiene título para su tenencia ésta se verifica contra la voluntad del dueño, en cuyo evento, podrían ser más apropiadas otras acciones, tales como las posesorias o la criminal de usurpación. Lo mismo sucederá si el dueño ha entablado con anterioridad la reivindicatoria en contra del tenedor sin título, pues ya no podría afirmarse que aquel que ignora o tolera la detentación, al haber manifestado su voluntad contraria a que esa situación de hecho se mantenga¹⁴¹.

1.6.3.2 Aspectos procesales de la acción de precario

¹⁴⁰ C. Suprema, 8 julio 1998. G.J. N° 217, p. 66 (C. 4°, p. 67). L.P. N° 15380 (C. 4°).

¹⁴¹ HALABI y Saffirio. Ibíd. p. 92

La acción de precario se encuentra contenida dentro del Código Procedimiento Civil en el artículo 680 N°6 específicamente conforme al juicio sumario, así también lo ha entendido la jurisprudencia. Existe un conflicto de una situación de derecho-dominio del dueño de la cosa en su calidad de comodante y una situación de hecho tenencia del comodatario sin título alguno, este conflicto según la doctrina y jurisprudencia se resuelve precisamente en el artículo 680 N°6 del Código Procedimiento Civil. Podemos encontrar en el repertorio variada jurisprudencia por el cual se rechaza el precario por versar sobre situaciones de lato conocimiento y que por ello deben versar en una figura distinta de ésta.¹⁴² Por ejemplo, se han rechazado acciones de precario, cuando se refieren a quién pertenece el bien raíz cuando discuten sobre títulos dominio distinto al inscrito sobre éste, la resolución de la litis en este sentido es propia de un juicio reivindicatorio de lato conocimiento.

i. Hechos como causa de pedir

Es muy importante en el juicio precario haber captado el “fundamento inmediato del derecho deducido en juicio” como causa de pedir según el artículo 177 del Código Procedimiento Civil. Depende de los hechos narrados por las partes y no de las reglas que resuelven el conflicto¹⁴³. La causa de pedir es muy importante y sirve para distinguir entre un juicio de comodato y un juicio de

¹⁴² Véase repertorio número 94 y 95 y 97 de los aspectos procesales.

¹⁴³ Larroucau. Ibíd. p. 46

comodato precario, debido a dos circunstancias: “a) el momento para reclamar la cosa –en el comodato debe hacerse en el plazo señalado en el contrato; en el comodato precario puede reclamarse en cualquier tiempo [...] y también b) por el procedimiento aplicable, justamente según lo vimos en el apartado anterior el comodato precario se aplica el juicio sumario según lo dispuesto en el artículo 680 inciso 2 N°6 del Código Procedimiento Civil, mientras que en el comodato se discute entre juicio ordinario artículo 3 CPC en su carácter supletorio a falta de regla especial diversa y uno sumario por aplicación del artículo 680 inciso 1 CPC¹⁴⁴.

ii. El juez civil puede ajustar la calificación jurídica del caso.

Según la doctrina tradicional y viendo la diferencia de las dos figuras jurídicas que existen en el artículo 2195 inciso 1 y 2 según lo hemos expuesto en nuestra monografía, vale decir, comodato precario y precario, se diferencia en una situación contractual y la segunda una situación de hecho. La jurisprudencia chilena mayoritaria “acierta en sostener que la causa de pedir descansa en los hechos narrados y por ende, no existe ningún inconveniente en que el juez modifique de oficio la calificación jurídica que hayan hecho las

¹⁴⁴ Artículo 680 inciso 1 CPC. “el procedimiento que trata este título se aplicara en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz.

partes¹⁴⁵ Es así como en “*Fisco con Sanz y otros*” el Consejo de Defensa del Estado demandó de comodato precario para recuperar unas tierras que habían sido entregadas para una concesión de la playa. El juez fallo como precario, porque como dijo la Corte Suprema, los hechos ocurrieron “en la variedad de mera tolerancia, no obstante que al deducirse la demanda, como consta en autos se calificó la situación como comodato precario”¹⁴⁶.

Hemos de estar de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria toda vez, que la versión y los hechos que mencionan los litigantes en la demanda corresponde al juez determinar el conflicto que elaboran las partes modificando la denominación jurídica “ a las partes toca dar los hechos, y a los jueces el derecho, de manera que si aquellas yerran en la cita del artículo o en la denominación jurídica de una institución, eso no ata a los juzgadores ni les impide enderezar sus fallos en el sentido que jurídicamente corresponda a los hechos expuestos, pues son éstos y no el derecho invocado lo que marca su límite”¹⁴⁷. No obstante, no sucede lo mismo al cambiar la figura jurídica de precario a comodato precario, ya que se rechaza la acción si se entiende que es comodato precario, y existe por tanto, un contrato o título que justifique el vínculo.

¹⁴⁵ Larroucau. *Ibíd.* p. 47

¹⁴⁶ C. Suprema 29 enero 2000. Rol N°2727-00 Legal Publishing. N°17922 cons. 8 (redacción del ministro Ricardo Gálvez).

¹⁴⁷ Juzgado de Letras y Garantía de Pichilemu 3 de junio del 2010. Rol N°5685-09. Legal publishing. N°48277 cons. 8 y 9, sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua (Rol N°622-10 y desechado el recurso de casación en su contra por la Corte Suprema Rol N°10118-10).

iii. Carga probatoria

Con respecto al *onus probandi* que se establece en el juicio podemos decir que tres circunstancias o requisitos deben ser probados y así también lo ha entendido la jurisprudencia. 1.- Que el actor es dueño de la cosa cuya restitución se solicita. 2.- que el demandado tiene la mera tenencia de la misma. 3.- que dicha tenencia obedece a la mera tolerancia o ignorancia del actor, sin previo contrato.

La carga procesal de acuerdo al artículo 1698 del Código civil “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas”. Como consecuencia de lo anterior, incumbe probar al demandante el N°1 que es dueño de la cosa (en el caso de los bienes inmuebles inscritos basta presentar la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. En cambio en el caso de los inmuebles no afectos al sistema registral se daría la aplicación del artículo 925 del Código Civil, demostrando hechos positivos de aquellos que sólo da el derecho de dominio, probada esta forma la posesión entra en plena aplicación el artículo 700 inciso 2 del Código Civil y el poseedor se reputará dueño del bien.

Respecto de la prueba de dominio de los bienes muebles, es un aspecto sobre el cual la jurisprudencia no se ha pronunciado por lo que nos remitimos a las reglas generales.

Además de lo expuesto precedentemente el demandante debe probar el N°2 que el demandado ocupa el bien.

Por último respecto al N°3 corresponde al demandado desvirtuar la carga probatoria si ostenta ganar el juicio, en el entendido que debe acreditar la existencia de algún título que justifique la ocupación o algún vínculo contractual respecto del bien que lo ligue con el actor o demandante y que esa ocupación no fuere por mera ignorancia o tolerancia de él¹⁴⁸.

A mayor abundamiento respecto de este último punto la Corte de Apelaciones de Temuco ha establecido “Se falló que aun cuando el demandado alegue que ocupa con ánimo de señor y dueño, no es posible acreditarlo toda vez que atendidas las reglas de la posesión inscrita no puede resultar prescripción a favor del poseedor material teniendo en consecuencia la ocupación carácter de precario, pudiendo el propietario ponerle término en cualquier momento. Añade el fallo que quien quiere revertir esta situación para

¹⁴⁸ Véase para mayor abundamiento el N° 104 del repertorio letras b), c) y e).

excepcionarse de la obligación de restituir debe acreditar un título que justifique dicha tenencia en detrimento del dominio de su titular”¹⁴⁹.

Otro análisis jurisprudencial, así como lo señalamos en el apartado anterior ha entendido que la sola prueba de los dos primeros requisitos que el actor es dueño y que la demandada ocupa el bien por simple tenencia, no es necesario probar el tercero de modo que es evidente la ausencia de todo vínculo jurídico entre ambos, dueño y tenedora¹⁵⁰.

Este *onus probandi* es muy importante en la práctica ya que numerosas acciones de precario no se han acogido precisamente porque existe un error probatorio en la carga procesal de quien debe probar, en este sentido la jurisprudencia ha mencionado numerosos casos, por ejemplo “ colocar al actor en la necesidad de probar el hecho negativo de la desvinculación jurídica del demandado sería violar el artículo 1698 del Código Civil de acuerdo con el cual corresponde al demandado acreditar la extinción de su obligación de entregar la especie a quien aparece oficialmente como su dueño.”¹⁵¹ Incumbe por tanto al demandado probar su excepción si la quiere desvirtuar en el caso que si ostente un título diferente y que no sea debido a mera tolerancia o ignorancia del actor.

¹⁴⁹ Corte Apelaciones de Temuco 27 enero de 2006 Rol 1145-2004 Sentencia N°58.

¹⁵⁰ C. Valparaíso. 15 septiembre 1997 G.J N°206. (numero 105 b y c).

¹⁵¹ C. Presidente Aguirre Cerda, 13 noviembre 1985. R., t. 82, sec. 2ª, p. 134 (C. 4º y 5º, p. 135).

iv. Causa de pedir y recurso casación en la forma.

La causa de pedir en la demanda de comodato precario está dado por la restitución de la cosa al dueño, que el demandado ocupa, sin título y por mera ignorancia o tolerancia suya, así una jurisprudencia de la Corte Suprema señala con respecto a la causa pedir “que el actor sostiene ser dueño del inmueble y que el demandado lo ocupa por ignorancia o mera tolerancia suya y por el cual quiere la restitución de la cosa¹⁵².”

En base a esta causa de pedir, los requisitos de la acción de precario y la prueba, se han puesto límites en su interposición procediendo a indicar los vicios en los que incurre, y la nulidad de la sentencia que conlleva, según el artículo 768 del Código Procedimiento Civil causal 5, en relación al artículo 170 N°4 del mismo Código. Así la jurisprudencia menciona “Es nula la sentencia sobre acción de precario que contiene los siguientes vicios: a) el de no referirse al dominio del actor sobre el inmueble en torno al cual gira la litis; b) el no decidir si correspondía o no al actor la carga de la prueba de ese dominio; c) el no resolver si la demandada ocupaba por mera tolerancia solamente las habitaciones cuya restitución pide el actor de precario; d) el desestimar las declaraciones de los testigos de oídas prescindiendo de la norma legal de

¹⁵² Véase número 115 del repertorio. C. Suprema, 2 de junio 1971. R, t 68 sec 1 , p. 164 (C.5 a 7, p. 166)

evaluación de dichos testimonios, y e) el omitir ponderar en derecho los documentos acompañados por la demandada para acreditar que no ocupaba las habitaciones por mera tolerancia del dueño, sino en virtud de un contrato de subarrendamiento pactado con el arrendatario del inmueble total”. La mencionada sentencia –que se invalida de oficio– incurre en la 5ª causal de casación prevista en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170, Nº 4º, del mismo Código¹⁵³.

Nos parece del todo importante esta sentencia ya que en virtud de los requisitos del precario, esto es, que el actor es dueño de la cosa cuya restitución se solicita, que el demandado tiene la mera tenencia de la misma y que dicha tenencia obedece a la mera tolerancia o ignorancia del actor sin previo contrato, los sentenciadores deben fallar, y si no se ha rendido prueba acerca de estos hechos la sentencia debe dar los fundamentos de hecho y derecho destinados a demostrar la existencia del precario y si no lo hace es anulable en virtud del recurso de casación en la forma.

¹⁵³ C. Suprema, 1º agosto 1975. R., t. 72 (publicado con retraso en 1977), sec. 1ª, p. 103.

CAPITULO II: MUTUO.

El mutuo está regulado dentro de los contratos reales, según el artículo 2196 del Código Civil dispone “El *mutuo* o *préstamo de consumo* es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.” El Código Civil trata el contrato de mutuo junto con el resto de los contratos reales, como el comodato, depósito, secuestro, prenda y anticresis, que son aquellos que para su perfección es necesaria la entrega de la cosa (*datio rei*) en contraposición a los contratos consensuales y solemnes. De acuerdo al artículo 1443 del Código Civil “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere”. Podemos ver que existe discusión doctrinaria al respecto ya que según algunos autores “ El Código Civil utiliza erradamente el término tradición, puesto que la tradición importa transferencia de dominio de la cosa, y no todos los contratos reales transfieren el dominio de la cosa, por ejemplo el contrato de comodato el comodatario no se hace dueño de la cosa”¹⁵⁴. Al respecto, otros autores mencionan que “la práctica bancaria ha derivado a que los mutuos o préstamos bancarios hayan ido perdiendo la característica de ser un contrato real propiamente tal, pasando incluso a poder ser considerado un contrato consensual, ya que la entrega de suma de dinero

¹⁵⁴ Peña, Carlos. Separata sobre los contratos reales, derecho civil I II. Universidad de Chile.1995.

se efectúa, o transcurrido un tiempo al del acuerdo de las partes o bien no es entregada al mutuario sino que a otra persona distinta por encargo del mismo deudor”¹⁵⁵.

Entonces, con motivo de lo anterior cabe cuestionarse ¿Efectivamente el contrato de mutuo debe perfeccionarse con la entrega del dinero o de las otras cosas fungibles?, ¿O sería más adecuado reglamentarlo como un contrato consensual y bilateral? Algunas de las respuestas para estas interrogantes que revisaremos en nuestro trabajo, siguen una línea argumentativa en que critican al sistema chileno del mutuo, por el cual apoyan la afirmación, “que no parece justificado privar de eficacia al consentimiento cuando no va acompañado de la entrega, el hecho que el mutuante puede obligarse con anterioridad a la tradición mediante un contrato previo y solemne de la promesa de mutuo. Aceptar el consensualismo y la bilateralidad del mutuo significaría una economía de contratos.”¹⁵⁶ En lugar de una promesa y de un subsiguiente contrato definitivo, se celebraría un contrato consensual de mutuo, en virtud del cual el mutuante se obligaría a dar y el mutuario a restituir, haciendo la salvedad de que desde el punto de vista de la prueba, siempre sería prudente otorgarlo por escrito, algo similar a lo dispuesto en el artículo 805 del Código de

¹⁵⁵ CRUZ, Tamburrino, Javier. Tesis mutuo hipotecario endosable. Tesis (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de derecho, Santiago, Chile, 2001. p. 28.

¹⁵⁶ Revista del derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Actas del II Congreso chileno de derecho Privado. XIX 1998. p.8.

Comercio en el sentido de permitir al mutuario que hubiere firmado un pagaré o recibo, confesándose deudor de una cantidad de dinero o mercaderías a probar que aquellas que no le fueron entregadas.

Pese a la discusión anterior, se desprende como característica fundamental del contrato su carácter real, y quedaría claro según lo dispuesto en los artículos 2196 y en especial el 2197, que no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición. Así lo ha mencionado la jurisprudencia “Importa entrega de dinero, y por lo tanto, perfecciona el mutuo la circunstancia de que el deudor se dé por recibido de él mediante la cancelación hecha por el mutuante de igual cantidad que la adeudada como fiador. La cancelación de la fianza unida al otorgamiento de la escritura de mutuo, demuestra que se produjo la tradición ficta, *brevi manus*, del dinero objeto del mutuo, la mera cancelación de la fianza suponía o representaba entrega”¹⁵⁷.

También podemos ver que cobra relevancia en esta materia la prueba en la existencia del mutuo, así podemos ver una jurisprudencia tal que menciona “a) El contrato de mutuo se perfecciona por la tradición de la cosa dada en préstamo, según disponen los artículos 2196 y 2197 del Código Civil, sin que sea necesaria formalidad alguna, de modo que, con la restricción impuesta por el artículo 1708 del Código Civil, son admisibles para acreditarlo cualesquiera

¹⁵⁷ C. Suprema, 3 enero 1938, RDJ Tomo XXXV sec. 2, p.53.

medios de prueba”¹⁵⁸. Es importante mencionar al respecto el tema de la prueba, ya que hay varios fallos recientes (posteriores a 1995) que dan énfasis en este aspecto, también con respecto al pagaré o cheque si son medios probatorios efectivos, por sí solos o no, así se analiza “El otorgamiento de un pagaré no sólo es compatible y no afecta la vigencia de los derechos emanados de un contrato de mutuo con el cual coexiste, siendo el pagaré un antecedente probatorio de aquél”¹⁵⁹. En cambio en cuanto al cheque, la jurisprudencia de 1980 menciona que “*El cheque por sí solo no prueba la existencia de un mutuo realizado al beneficiario del documento*. Los cheques girados por el actor a la orden del demandado y cobrados por éste, no sirven para probar la existencia de un contrato de mutuo o préstamo de dinero que mediante su giro se habría hecho al beneficiario. Tampoco puede estimarse que ellos constituyen un principio de prueba por escrito, ya que tal principio supone un acto escrito del demandado y no del demandante”¹⁶⁰.

Asimismo, en base a los elementos del contrato de mutuo “La declaración hecha en el sentido de que se entregó por el mutuante y se recibió por el mutuario la cantidad dada en mutuo, sin que ello sea efectivo, es un elemento

¹⁵⁸ C. Santiago, 18 noviembre 2005. G.J. N°305, p. 135 (C. 4°, p. 136). L.P. N°36615 (C. 4°).

¹⁵⁹ C. Santiago, 18 noviembre 2005. G.J. N°305, p. 135 (C. 4°, p. 136). L.P. N°36615 (C. 4°).

¹⁶⁰ C. Suprema, 11 noviembre 1960. R., t. 57, sec. 1ª, p. 325.

propio y esencial del contrato; de tal manera que si no se consigna, carece de eficacia legal o degenera en un proyecto o promesa de mutuo”¹⁶¹.

Es también un contrato unilateral, ya que el único que resulta obligado por regla general es el mutuario que debe devolver las especies dadas en mutuo, excepcionalmente podría resultar obligado el mutuante es el caso del artículo 2203 del Código Civil “El mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el artículo 2192”. En el caso del mutuo de dinero, el contrato puede ser unilateral o bilateral, respectivamente, según si el mutuante entrega la suma de dinero al momento de contratar o se obliga a proporcionar la suma dentro de un cierto plazo.

También es traslativo de dominio, ya que el mutuante se desprende del dominio y el mutuario se hace dueño de la cosa prestada.

Es también un contrato principal, que subsiste por sí solo. Así lo ha confirmado en algunos fallos la jurisprudencia, refiriéndose a “*La nulidad de la hipoteca no acarrea la nulidad de mutuo que garantiza*”. El mutuo, siendo un

¹⁶¹ C. Valparaíso, 3 agosto 1951. R, t. 48, sec. 4ª, p. 160.

contrato principal, no es afectado por la nulidad de la hipoteca, que es accesoria”¹⁶².

Por último, como característica vemos que el mutuo es un contrato naturalmente gratuito, a diferencia de las operaciones de crédito de dinero, que lo pasaremos a revisar con más detención en el tema referido a la Ley 18.010, que establece en su artículo 12 la misma característica de onerosidad, y por lo cual la gratuidad no se presupone. Aunque se menciona por algunos autores que “en la práctica el mutuo es naturalmente oneroso y sería muy difícil encontrar casos que tengan cierta continuidad y que sean de carácter gratuito”¹⁶³.

En cuanto al análisis del objeto del mutuo por el cual recae sólo sobre cosas fungibles, entendiéndose por tales, las que poseen idéntico poder liberatorio, es decir cosas que pueden sustituirse o remplazarse unas a otras (de estas también debe excluirse el dinero ya que se encuentra regulado en la Ley 18.010). En este sentido, la jurisprudencia también ha mencionado, la fungibilidad como requisito esencial de éste “a) Es requisito esencial del mutuo que las cosas entregadas al mutuario sean fungibles y éstas, conforme al artículo 575 del Código Civil, que las define, se dividen en dos categorías que

¹⁶² C. Valdivia, 26 mayo 1926. R., t. 24, sec. 2ª, p. 53.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 35

distingue claramente esa definición: aquellas que lo son por su naturaleza, o sea, porque no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan, y las especies monetarias, que son fungibles sólo en cuanto su valor perece para el que las emplea como tales.”¹⁶⁴.

Por último en cuanto a los efectos del mutuo, como señalamos con anterioridad, se trata de un contrato unilateral que genera obligaciones sólo para el mutuario, quien debe restituir, igual cantidad de las cosas del mismo género y calidad (2196,2198 y 2205), si esto no fuese posible, restituir cosas de la misma naturaleza, el mutuario deberá restituir lo que valgan en el tiempo y lugar en que haya debido hacerse el pago, (artículo 2198 del Código Civil).

En cuanto a la época en que debe efectuarse la restitución, es preciso señalar que la obligación del mutuario es siempre una obligación a plazo, o sea, siempre ha de mediar un tiempo entre la entrega y la restitución. La época de la restitución se señala, en primer término es fijada por las partes, en silencio de ellas por la ley, así vemos, que en silencio de las partes la ley establece según el artículo 2200 del Código Civil lo siguiente, no podrá el mutuante pedir la devolución de lo prestado dentro de los diez días siguientes a la entrega, “dado que se trata de un término legal y no convencional transcurrido el mismo el mutuario no estará en mora. Sólo lo estará una vez que el mutuante lo haya

¹⁶⁴ C. Suprema, 1º diciembre 1921. R., t. 21, sec. 1ª, p. 190.

reconvenido judicialmente (art 1551 N°3). En el caso del artículo 2201 del Código Civil, establece una regla relativa a la restitución de lo que se debe que dispone “Si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término”¹⁶⁵ la jurisprudencia reciente respecto a este artículo, ha mencionado *“La estipulación a que se refiere la disposición implica la existencia de un plazo; diferencia con condición. El elemento de certeza que diferencia al plazo de la condición, racionalmente no concurre cuando lo que en verdad las partes acordaron fue que el mutuo se pagara cuando la deudora "lo estimare pertinente", es decir, al libre arbitrio y querer futuro de la mutuaría. Es obvio que ella no se obligó con seriedad ni con certeza. La conclusión que se impone es evidente: la demandada de autos no se obligó a plazo, más allá de la palabra que emplea el contrato, porque en la referida convención no hay -técnica y jurídicamente- plazo o término alguno. Lo pactado fue un simple hecho futuro pero incierto que iba a depender de la sola voluntad o querer o arbitrio de la actual recurrente. "Cuando le sea posible" no es lo mismo que "cuando lo estime conveniente". En el primer caso la certeza existe y es el Juez quien califique y fije el término del cumplimiento. Y no es lo mismo, cuando el deudor se obliga en términos que envuelven su potestad discrecional de cumplir cuando lo estime conveniente, porque en tal caso, bien puede entender que jamás haya tal conveniencia. Es del caso reiterar que desde ese punto de vista, no se acredita la validez de un*

¹⁶⁵ ORREGO. *Ibíd.* p. 538.

contrato que no contiene plazo sino que se celebró sujeto a una condición meramente potestativa”¹⁶⁶.

Por último, vemos que el mutuo tiene varias figuras afines pero las cuales de todos modos se diferencia. Es así como en la jurisprudencia vemos que en cuanto al depósito “c) Es mutuo y no depósito el contrato a cuya virtud un Banco recibe dinero para hacerlo suyo con la obligación de abonar un interés hasta la restitución, y sin cargo de conservar las especies, lo cual no se conforma con lo que constituye la esencia del contrato de depósito”¹⁶⁷. Y el mutuo con la diferencia del contrato de sociedad “a) La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, entidad capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones y que se exterioriza por los medios que la ley ha establecido para que se conozca su existencia y se pueda apreciar cuándo es ella, y no alguno de los socios personalmente, quien actúa en la vida del Derecho. Si la de que se trata en el juicio no habría tenido nombre conocido, ni representante legal que obrara por ella, ni habría exteriorizado su acción por actos o contratos de especie alguna ejecutados en su representación, ya que el pretendido socio administrador (a quien se entregó el dinero) continuó la gestión de sus negocios como antes, en su propio nombre, y no como personero de alguna sociedad, quiere decir que el contrato

¹⁶⁶ C. Antofagasta, 10 julio 2002. G.J. N°265, p. 100 (C. 7°, p. 101).

¹⁶⁷ C. Suprema, 2 septiembre 1878. G. 1878, N° 3.167, p. 1321.

de autos no es de sociedad y, como se deduce de otras razones, debe calificarse de mutuo”¹⁶⁸.

Ley N° 18.010, Operaciones de crédito de dinero.

En dicha ley se establecen normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones que indica. Hasta la dictación de esta ley, las reglas legales sobre la materia se encontraban dispersas en diferentes cuerpos legales como el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley N° 14.949, el Decreto Ley N°455 de 1974 y el Decreto Ley N°1018. Es por ello que debido a esta falta de claridad, se dispuso como “objeto esencial perseguido por la nueva legislación corregir las imperfecciones, contradicciones y falta de claridad existentes en la legislación anterior las que fueron puestas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”¹⁶⁹.

Los principios que inspiran dicha ley son la autonomía de la voluntad, asegurando la eficacia de las estipulaciones libremente pactadas por los particulares, siempre que ellas no afecten el interés general que pudiera verse comprometido en dichas operaciones.

¹⁶⁸ C. Santiago, 23 octubre 1914. R., t. 11, sec. 2ª, p. 75.

¹⁶⁹ Revista de Derecho Universidad de Concepción. Operaciones de crédito de dinero Ley 18.010. Año 1982. p. 119

Además dicha ley, establece normas “que hacen más simple la contratación y el cumplimiento de las obligaciones de crédito de dinero, al aplicar mecanismo muy sencillo de reajustabilidad, como lo es con las Unidades de Fomento”¹⁷⁰.

En dicha ley se establecen normas para las operaciones de crédito de dinero el profesor Álvaro Puelma estableció que “el término operación no es de índole jurídica sino comercial. Por operación se entiende un negocio, el cual puede comprender uno o varios contratos o actos jurídicos, cada uno de ellos regidos por las normas que les son propias”¹⁷¹.

La operación de crédito de dinero, es la causa o antecedente de la celebración de un acto jurídico determinado, pero no es por sí misma un acto jurídico. La ley define el concepto en su artículo 1, así dispone “Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención”. Según la jurisprudencia definen el concepto como “son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que

¹⁷⁰ Revista de Derecho Universidad de Concepción. *Ibíd.* p. 119. (en lugar de los sistemas más complicados que contempla el Decreto Ley N° 455 de 1974).

¹⁷¹ PUELMA, Álvaro. *Estudio Jurídico Sobre Operaciones Bancarias*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 349.

se celebra la convención” (art. 1º, inc. 1º). El concepto enunciado corresponde al mutuo civil que recae sobre dinero, que se rige por las normas del Código Civil y, en especial, por las modificaciones que a dicho cuerpo legal introdujo la mencionada ley. Del claro tenor de la disposición transcrita fluye que lo que caracteriza el mutuo civil que recae sobre dinero, es que el mutuante entrega o promete entregar dinero, y el mutuario, por su parte, a restituir dinero al momento convenido. Hay un contrato real en el cual existe “dinero contra dinero”¹⁷².

-Las características que veremos, que la propia ley señala: Es que éstas son naturalmente onerosas, según se desprende del artículo 12 de la Ley Nº18.010, “La gratuidad no se presume en las operaciones de crédito en dinero. Salvo disposiciones de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre el capital o sobre el capital reajustado en su caso”¹⁷³.

- *Operaciones reajustables o no reajustables*: Existe una importante distinción entre las operaciones que son reajustables y las que no lo son, para determinar el interés, por lo cual si las operaciones son reajustables “es interés toda suma que el acreedor recibe o tiene derecho a recibir por sobre el capital

¹⁷² C. Santiago, 10 diciembre 1985. R., t. 82, sec. 2ª, p. 124, al final (C. 4º y 5º, p. 125).

¹⁷³ WALKER, Mena. Ricardo. Tesis: El mutuo en la ley 18.010. Universidad de Chile. Departamento de Derecho Privado. 1985. p.6.

reajustado”¹⁷⁴, por lo que las tasas de interés son distintas. El sistema básico de la reajustabilidad por tanto es la Unidad de Fomento que habíamos mencionado, y el valor de éste se determinada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) reajustándolo mensualmente de acuerdo a la variación experimentada por el IPC durante el mes calendario anterior a su duración.

- En cuanto a las diversas clases de intereses aplicables a las operaciones de crédito de dinero, (son dos en comparación con la legislación anterior referente a la ley N°455 que establecía además el interés legal), existe por ello el interés corriente “el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile”, según señala el artículo 6 de la Ley 18.010. “Que, al solicitar los demandantes el pago de una cantidad de dinero expresada en unidades de fomento, el pago comprende tanto la cantidad en que estima los perjuicios, como el incremento compensatorio por la devaluación de la moneda, representado por la unidad de fomento. De esta manera, si se ha solicitado por los actores el pago de intereses corrientes de una cantidad expresada en unidades de fomento, ellos no pueden ser otros que los intereses corrientes para operaciones reajustables”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ WALKER, Mena. Ricardo. *Ibíd.* p.6.

¹⁷⁵ C. Suprema, 4 enero 1996. L.P. N°13742 (C. 7°).

Y por otro lado, existe también el interés máximo convencional, como aquel que no excede en más de un 50% al interés corriente que rija al momento de la convención, según el artículo 8 dispone “Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención”. Así lo ha ejemplificado fallos recientes por los cuales se aplica este tipo de interés “La ley en parte alguna ha sancionado con nulidad el cobro de intereses no pactados, y que la máxima sanción a que se expone el ejecutante, si fuere cierto lo que afirma su contraparte, es que no procedería el pago de los intereses que fueren superiores a lo pactado en el pagaré, pero en ningún caso la nulidad de toda la obligación, que aparece como una exageración antijurídica. El cobro de intereses excesivos no está sancionado en la ley N° 18.010 ni tampoco lo estaba ni lo está en el Código Civil, sino que ellos se rebajan a los intereses corrientes según el artículo 8° de dicha ley sobre operaciones de créditos, y en el Código Civil, en el caso de la cláusula penal enorme al máximo de interés que es lícito estipular (artículo 1.544 inciso 3°), y en el artículo 2.206 en el mutuo también al interés corriente, de manera que el principio general de la legislación es la rebaja de los intereses excedidos, pero no la nulidad de la estipulación ni mucho menos de la obligación¹⁷⁶.”

¹⁷⁶ C. Suprema, 28 diciembre 2005. L.P. N°33901 (C. 8°).

Finalmente, el anatocismo, según ha señalado Walker “consiste en que los intereses devengados por un crédito y no pagados por el acreedor se capitalicen y devenguen a su vez en intereses, es decir, se producen intereses de intereses”¹⁷⁷. Según el Código Civil se establecían dos normas al respecto según el artículo 1559 N°3 del Código Civil que al reglamentar la valuación legal de los perjuicios dispone “Los intereses atrasados no producen interés” y el artículo 2210 del Código Civil que dispone “Se prohíbe estipular intereses de intereses”. Este tema del anatocismo tuvo una fuerte discusión doctrinaria¹⁷⁸ ya que se discutía si la norma anterior se establecía sólo para el contrato de mutuo o era de aplicación general, predomina la primera posición por establecerse bajo un carácter prohibitivo por lo que no se podía extender a otras circunstancias. La ley 18.010 lo que hace fue derogar el artículo 2210 y lo admite expresamente. Se distingue el anatocismo convencional y legal, el primero “es aquel que podría existir siempre y cuando las partes lo pacten, de modo que no se debe creer que los intereses sobre los intereses se producen por el sólo ministerio de la ley. Deben pactarse y no podrán pactarse en operaciones que tengan un plazo inferior a 30 días”¹⁷⁹ y el anatocismo legal que está descrito en el artículo 9 inciso 3 que dispone que los intereses corrientes a una operación vencida que no hubiese sido pagada se incorporarán a ella a menos que se establezca expresamente lo contrario” también lo analiza la

¹⁷⁷ WALKER, Mena. *Ibíd.* p.127.

¹⁷⁸ WALKER, Mena. Ricardo. *Ibid.*p.49

¹⁷⁹ WALKER, Mena. Ricardo *Ibíd.* p. 50.

jurisprudencia en algunos fallos recientes posteriores a 1995, que expresan "Respecto del "anatocismo" que motivó el fundamento de la apelación de la demandada, este Tribunal hace suyas las explicaciones de cátedra proporcionadas sobre el particular por el profesor don Claudio Illanes Ríos, acerca de las "Obligaciones Dinerarias, Reajustabilidad e Interés". En ellas expresa que es preciso distinguir entre "operaciones de crédito de dinero" y "obligaciones de dinero". Y así él advierte en la ley N° 18.010 un anatocismo convencional y otro legal. El primero tendrá lugar con motivo del que acuerden las partes expresamente en el tratamiento de los intereses pactados, o sea, si se van a capitalizar o no. El segundo –el anatocismo legal– está determinado en la ley y se entiende incorporado a la obligación correspondiente "de pleno derecho". De allí que éste –siempre a juicio del profesor citado– "tenga cabida en las operaciones vencidas y no pagadas"¹⁸⁰.

¹⁸⁰ C. Santiago, 26 marzo 1996. G.J. N°189, p. 68 (C. 4°, p. 69).

CAPITULO III: DEPÓSITO.

El depósito como contrato real se ha conceptualizado tanto en la doctrina como jurisprudencia como lo menciona el artículo 2211 del Código Civil “Llámesse en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie”. Así los requisitos esenciales que se desprenden de dicho contrato “Es requisito esencial del contrato de depósito que el depositante este habilitado para hacer la entrega de la cosa que da en depósito y para exigir a su voluntad la restitución de ella”¹⁸¹

1. Características del depósito

Es un contrato real, el artículo 2212 del Código Civil consagra expresamente el carácter real del depósito “El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario”. En cuanto a la entrega la doctrina ha expuesto que esta puede ser real o ficticia “la entrega real se puede efectuar según el artículo 2213 de nuestro Código Civil, de cualquier modo que se transfiera la tenencia de la cosa que se trata de depositar. La entrega ficticia está autorizada por el mismo artículo 2213 que en su inciso segundo dice

¹⁸¹ C. Santiago, 21 diciembre 1917.R, t. 18 sec. 1, p. 259.

“podrán también las partes en que una de ellas retenga como depósito, lo que estaba en su poder por otra causa”¹⁸².

El depósito como sus congéneres el comodato y el mutuo, engendra obligaciones sólo para una de las partes. Al tiempo de perfeccionarse el contrato únicamente se obliga el depositario a restituir el depósito, según el artículo 2225 del Código Civil señala que “El *depósito propiamente dicho* es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante”. Así lo ha expresado recientemente la jurisprudencia en un fallo al respecto “*Basta para descartar la existencia de un acuerdo de voluntades para concertar esta convención, como se pretende en el recurso, el hecho que en ella, por definición del artículo 2215 del Código Civil, se impone al depositario la obligación de restituir la cosa corporal mueble a voluntad del depositante, regla reiterada en el artículo 2226 del mismo cuerpo legal. En el caso de autos es evidente que el actor no estaba en condiciones de poder exigir la restitución de los vehículos a su sola voluntad, pues él también se había obligado a pagar por las reparaciones encomendadas el precio convenido. La bilateralidad del contrato de prestación de servicios efectivamente celebrado resulta*

¹⁸² PEREZ Valdez, Gerardo. Tesis El Contrato de Depósito en nuestro derecho civil. Memoria (Licenciado en Leyes y Ciencias Políticas). Universidad de Chile, 1919. p.8.

*incompatible, en virtud de lo dicho, con la unilateralidad del contrato de depósito*¹⁸³.

A posteriori, puede resultar igualmente obligado el depositante a pagar las expensas de conservación de la cosa y a indemnizar los perjuicios que haya ocasionado al depositario, pertenece “a la categoría de los contratos que la doctrina denomina sinalagmáticos imperfectos”¹⁸⁴. En este último punto, según da cuenta el profesor Meza Barros, hay discordancia en las opiniones de los tratadistas. Algunos como Pothier, Delvicourt, Tapia, La Serna, dicen que este contrato es bilateral por cuanto el deponente está obligado a reembolsar al depositario las expensas hechas para la conservación de la cosa, y a indemnizarlo de los perjuicios que el depósito les haya causado, y por esto, tanto el depositario como el deponente tienen obligaciones nacidas del contrato que han celebrado. Por el contrario, otros autores como Planiol, Dávila y Cañas y Barros, según da cuenta el mismo trabajo, opinan que estas obligaciones del depositante no son esenciales al contrato, por lo cual no hay razón para clasificarlo entre los bilaterales¹⁸⁵. Esta discusión se supera con la clasificación que hacen los tratadistas que abogan por clasificarlo dentro de los contratos bilaterales que mencionan que el depósito corresponde a la categoría de sinalagmático imperfecto, que son aquellos contratos en los cuales solamente

¹⁸³ C. Suprema, 15 julio 2008. M.J. N°17806. L.P. N°39564 (C.4°).

¹⁸⁴ MEZA Barros, Ramón. Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, tomo II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 39.

¹⁸⁵ PEREZ Valdez, Gerardo. *Ibíd.* p.9.

es principal y esencial la obligación de una de las partes, en tanto que la obligación de la otra no es sino incidental y eventual, pudiendo en consecuencia, existir o no existir sin que la esencia del contrato sea alterada”¹⁸⁶. Lo que en definitiva ocurre en el contrato de depósito ya que la obligación del depositario del contrato son esenciales, y las del deponente son eventuales, que pueden existir o no. Otra explicación de esta clasificación es si las obligaciones nacen en un mismo instante se denominan sinalagmáticos perfectos, son interdependientes y esto no se agota en el nacimiento del contrato sino que perdura en todo el *iter* contractual, sin embargo podemos ver en el caso del depósito que nacen como unilaterales pero que puede ocurrir como circunstancias posteriores a su generación que originen obligaciones para el deponente que no adquirió obligación alguna en su nacimiento, lo que se denomina sinalagmático imperfecto.

La doctrina critica esta clasificación de los tratadistas de sinalagmáticos o bilaterales imperfectos, ya que de la idea que son contratos bilaterales, lo cual es errado, al seguir la opinión del Código Civil según el artículo 1439 acerca de lo que es contrato unilateral “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. Es por ello que el contrato de depósito sigue siendo unilateral ya que la naturaleza se debe buscar en su

¹⁸⁶ PEREZ Valdez, Gerardo. *Ibíd.* p.9

nacimiento y formación de dicho contrato. “El contrato unilateral no pierde su naturaleza si por hechos sobrevinientes queda obligada la parte que inicialmente no lo estaba. Las nuevas obligaciones, en verdad no tienen su fuente en el contrato sino en la ley, siendo independientes de las otras obligaciones primitivas y no interdependientes”¹⁸⁷

Es importante mencionar esta discusión porque los efectos de clasificar entre uno u otro contrato, son diferentes y se aplican instituciones jurídicas distintas, en el caso de los contratos bilaterales se aplica la condición resolutoria tácita (artículo 1489 Código Civil). La teoría de los riesgos (artículo 1550 Código Civil) y la excepción contrato no cumplido (artículo 1552 Código Civil).

Contrato gratuito, según el artículo 2219 del Código Civil “El depósito propiamente dicho es gratuito. Si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa el contrato depósito degenera en arrendamiento de servicios.” Podemos advertir que tanto la doctrina y jurisprudencia se mantienen contestes a la definición legal, es decir, el contrato de depósito es un contrato gratuito. Así, la doctrina menciona “Está en perfecto acuerdo con la del Código Napoleón que en su artículo 1917 dice expresamente que la gratuidad es

¹⁸⁷ Messineo Francesco ob. cit, Tomo I, p. 415. En el contrato sinalagmático imperfecto las dos series de obligaciones nacen en momentos distintos y en virtud de razones diversas y no se encuentran en ese nexo lógico de interdependencia en que están en los contratos con prestaciones recíprocas.

esencial al depósito propiamente dicho. Decimos que el carácter gratuito del depósito ordinario es esencial a él, porque si se estipula alguna remuneración por la guarda de la cosa, ya el depósito degenera en un contrato de arrendamiento de servicios”.¹⁸⁸

Así lo ha entendido también una sentencia de la Corte Suprema que menciona *“Inciso 2° del artículo 2.219 del Código Civil prescribe que si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicio, pero sólo para efectos de hacer responsable al que presta el servicio hasta de la culpa leve, sujetándolo en todo lo demás a las obligaciones y derechos del depositario, esta regulación no significa que el contrato comercial que interesa pase, por el solo hecho de pactarse remuneración, a convertirse en un contrato de arrendamiento de la especie indicada”*¹⁸⁹.

Otro tema importante en el análisis doctrinario y jurisprudencial es el referido a algunas obligaciones que genera el contrato de depósito como la de restituir, la definición del artículo 2215 del Código Civil establece en síntesis que la restitución debe verificarse “en especie a voluntad del depositante”. La doctrina al respecto ha mencionado que hay que examinar lo que se entiende que debe

¹⁸⁸ PEREZ Valdez, Gerardo. *Ibíd.* p.15.

¹⁸⁹ C. Suprema, 28 julio 2008. F. del M. Nº 550, sent. 3021, p. 61 (C. 9º, p. 62). M.J. Nº 17720 (C. 9º).

restituir el depositario a) La cosa debe restituirse en su idéntica individualidad, esto es, en especie. De este modo debe efectuarse la restitución aunque el depósito verse sobre cosas genéricas o fungibles.

El artículo 2228 dispone: “El depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito, aunque consistan en dinero o cosas fungibles; salvo el caso del artículo 2221” b) La cosa depositada debe restituirse “con todas sus accesiones y frutos” según el artículo 2229, en este sentido la jurisprudencia menciona *Los frutos de la cosa depositada siguen siendo del dueño* Que el art. 546 del Código de Procedimiento Civil dispone que los bienes retenidos serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de créditos que garantizan, semejanza que permite reafirmar el que los frutos siguen siendo del dueño de la cosa ya que así sucede con la garantía hipotecaria, si bien es cierto que la cosa continúa en poder del dueño, y en el caso de la prenda por así disponerlo expresamente el art. 2395 del Código Civil. Igual criterio sigue el legislador respecto del depósito en el art. 2229 del mismo Código.”¹⁹⁰

Sin embargo, y según lo dispuesto en el artículo 2221 del Código Civil “En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave la tiene el depositante, o

¹⁹⁰ C. Suprema, 11 marzo 1996. G.J. N° 189, p. 48 (C. único, p. 48).

con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda”, por ende, la regla del artículo 2229 del Código Civil no se opone a que el depositario no pague interés del dinero del depósito. Así lo ha mencionado la jurisprudencia con el análisis del artículo 2221 3. *“Suerte de los frutos del dinero de que se ha apropiado o ha empleado el depositario. Haciéndose dueño el depositario de los dineros del depósito, sin más obligación que restituir otro tanto en la misma moneda, puede hacer suyos los frutos de la cosa que pasó a ser propia en virtud del contrato, sea en razón de lo establecido en el artículo 684 del Código Civil, sea por virtud de la facultad que al depositario otorga el artículo 2221 del mismo cuerpo de leyes de “emplear” el dinero, lo que tanto vale como decir comerciar, sacar provecho o utilidad, ocupar. Por tanto, la regla del artículo 2229 no se opone a que el depositario no pague interés del dinero del depósito*¹⁹¹.

2. Diferencia entre secuestro y depósito

El secuestro es una especie de depósito en poder de un tercero de una cosa que dos o más personas disputan, mientras se resuelve acerca de sus respectivos derechos. El secuestro es por consiguiente una medida conservativa o de precaución¹⁹² según el 2249 del Código Civil “El secuestro

¹⁹¹ C. Suprema, 9 octubre 1934. G. 1934, 2º sem., Nº 16, p. 62. R., t. 32, sec. 1ª, p. 43.

¹⁹² MEZA, Barros, Ramón. *Ibíd.* p. 52.

es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama secuestre”.

Algunas diferencias que se encuentran entre el secuestro y el depósito propiamente dicho: a) Pueden ponerse en secuestro no sólo cosas muebles, sino bienes raíces (artículo 2251) El depósito puede tener por objeto únicamente bienes muebles. b) En el depósito propiamente dicho el depositario debe restituir la cosa “a voluntad del depositante” (artículo 2226) dura el depósito de la cosa “hasta que el depositante la pida”. En cambio el secuestre no puede restituir la cosa y exonerarse del cargo,” mientras no recaiga sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada (artículo 2256) c) El depositario debe restituir al depositante o a quien tenga derecho a recibir en su nombre (artículo 2181 y 2233) El artículo 2257 dispone que dictada y ejecutoriada la sentencia “debe el secuestre restituir el depósito al adjudicatario”¹⁹³.

¹⁹³ MEZA, Barros, Ramón. *Ibíd.* p. 53.

CAPITULO IV: ANTICRESIS.

1. Concepto.

La anticresis es tratada en nuestro Código en el Libro IV Título XXXIX, específicamente entre el artículo 2435 del Código Civil que la define “como un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos”. El artículo 2445 del mismo cuerpo normativo se refiere a las normas aplicables de la prenda pretoria.

2. Origen e historia.

En el derecho romano, se utilizaba el pacto de anticresis cuando “*un deudor entregaba a un acreedor un bien para que gozara de sus frutos en lugar de los intereses del capital adeudado, hasta el cumplido pago de éste*”¹⁹⁴. La anticresis como la venta era judicial o forzada y se establecía por decreto del juez o pretor constituido en representante legal del deudor tomaba entonces el nombre de prenda pretoria. En su origen y a través de la historia era mal mirada la anticresis, ya que era utilizada por los acreedores, muchas veces para burlar las leyes imitativas de los intereses y los urgidos deudores a quienes quitaba la administración de sus bienes para entregarlas a éstos acreedores, inclinados siempre a permanecer en la ocupación del inmueble. “Es por ello que de alguna

¹⁹⁴ PINCHEIRA, Leiva. Jorge. *Ibíd.* p.1.

manera siempre estuvo asociado con la usura, de ahí la repugnancia de muchas legislaciones a aceptarla”¹⁹⁵.

Por lo anteriormente señalado, y agregado la falta de desuso superado por otras figuras jurídicas como la hipoteca que tenía mayor seguridad al acreedor, en materia de garantía, es que prácticamente la doctrina tanto nacional como extranjera es escasa en cuanto a bibliografía referida directamente con el tema.

La jurisprudencia, es también muy escasa, derivada de la mínima aplicación del contrato en la actualidad, encontramos jurisprudencia hasta antes del 1995 referido al tema de la prenda pretoria minera en donde encuentra aplicación¹⁹⁶.

De igual forma, el objetivo de este trabajo es analizar, los aspectos más relevantes del concepto, características, las diferencias con otras figuras jurídicas con las que se compara y su aplicación en la doctrina y jurisprudencia actual.

¹⁹⁵ PINCHEIRA, Leiva, Jorge. *Ibíd.* p. 2

¹⁹⁶ C. Suprema, 14 junio 1909. R., t. 7, sec. 1ª, p. 47. C. Suprema, 14 junio 1909. R., t. 7, sec. 1ª, p. 47. C. Suprema, 15 diciembre 1922. G. 1922, 2º sem., N° 82, p. 397 (C. 2º, p. 405). R., t. 21, sec. 1ª, p. 1022. C. Suprema, 15 diciembre 1922. G. 1922, 2º sem., N° 82, p. 397 (C. 12 y 13, p. 407). R., t. 21, sec. 1ª, p. 1022.

3. Marco legal.

La anticresis en el Derecho Francés tuvo cabida según los artículos 2085-2091 y en el Código Civil chileno se incluye en el título XXXIX del libro IV (artículo 2435-2445).

La anticresis judicial o prenda pretoria, se encuentra regulada en el Código de Enjuiciamiento, actual Código de Procedimiento Civil vigente desde el 1 de marzo de 1903, en sus artículos 500 al 508 las disposiciones corresponden al juicio ejecutivo, “De la administración de los bienes embargados”. La Corte de Apelaciones de Santiago la definió como “un contrato celebrado por intermedio de la justicia, por el que se entrega al acreedor -y no a otra persona-una cosa mueble o inmueble, embargada en una ejecución, para que se pague con sus frutos, razón por la cual también se la denomina por el artículo 2445 del Código Civil, anticresis judicial”¹⁹⁷

4. Diferencias entre la anticresis convencional y judicial.

- La anticresis sólo puede recaer en bienes raíces en cambio en la prenda pretoria puede recaer en bienes muebles o inmuebles.

- El acreedor anticrético no se encuentra obligado a efectuar facción de inventario solemne, tampoco el acreedor anticrético tiene la obligación de rendir

¹⁹⁷ Gaceta Jurídica N°109, p. 37.

cuenta, dicha obligación resulta de la naturaleza de contrato, en cambio en la prenda pretoria, se encuentra establecida expresamente la obligación de rendir cuenta.

- Finalmente la anticresis no genera derecho real alguno, sin embargo, la prenda pretoria genera el derecho real de prenda o hipoteca, según la naturaleza del bien.

5. Características de la anticresis.

La anticresis se perfecciona mediante la entrega de la cosa artículo 2437 Código Civil. “El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble”. La falta de entrega impide el perfeccionamiento del contrato. Así lo ha expresado la jurisprudencia “*Si no se entrega la propiedad al acreedor para pagar de su crédito no hay anticresis*¹⁹⁸”.

Con respecto a la facultad de administración, “Como un mandatario, el acreedor anticresista no tiene, naturalmente, más poder que el de efectuar los actos de administración, salvo que el contrato o la ley lo autoricen para salir de esos límites” (Artículo 2132 Código Civil).

¹⁹⁸ PINCHEIRA, Leiva. Jorge. *Ibíd.* p.31

La prenda pretoria resulta un medio idóneo de realización en los casos que no es posible proceder inmediatamente a la enajenación forzosa de los bienes embargados porque existe una prohibición legal, judicial o administrativa de enajenar. Ésta supone la entrega al acreedor ejecutante de algunos o de todos los bienes embargados para que vaya pagándose con los frutos que dichos bienes vayan produciendo, y como no exige que los bienes salgan del patrimonio del deudor, es quizá la mejor forma de realización¹⁹⁹.

6. Análisis anticresis con otras figuras jurídicas.

En el derecho minero sobre las minas existe particularmente una anticresis judicial o prenda pretoria ya que si “El producto de esos minerales y el de los demás bienes embargados no alcanzare a cubrir la deuda, tendrá derecho el acreedor para tomar la mina bajo su administración en prenda pretoria hasta hacerse el pago de su crédito con los productos que diere”.

Referido a lo anterior, es en esta figura jurídica la que se encuentra mayor jurisprudencia al respecto según el artículo 2445 Código Civil “En cuanto a la anticresis judicial o prenda pretoria, se estará a lo prevenido en el Código de Enjuiciamiento”. *"El acreedor con prenda pretoria sobre una mina tiene el derecho de hacerse pagar de su crédito con los productos que rindiere, aunque*

¹⁹⁹ Luis Gonzalo Navarrete Villegas la realización de los bienes embargados. P. 345.

*el deudor esté concursado y no se halle aún ejecutoriada la sentencia de grados. Este acreedor tiene la obligación de rendir cuenta anual de su administración conforme al artículo 506 (antiguo 528) del Código de Procedimiento Civil*²⁰⁰. Es importante esta jurisprudencia ya que fija el derecho que tiene el acreedor prendario de hacerse pagar su crédito con los productos que rindiere la mina, aún cuando el deudor se encuentre concursado y no se encuentre ejecutoriada la sentencia de grados, a la vez, fija las obligaciones que debe tener el acreedor prendario de rendir cuenta anual tal cual lo establece el artículo 506 del Código Procedimiento Civil.

La anticresis se distingue del usufructo, ya que el anticresista no tiene sobre la cosa derecho real, ni facultad de ceder su derecho a los frutos. Pagando la deuda puede el propietario hacer cesar la anticresis, en el usufructo no hay deuda que pagar ni cuenta que rendir.

En síntesis, vemos que a pesar de su escasa aplicación doctrinal y jurisprudencial, siendo tratado en su origen negativamente por dar paso muchas veces a la usura, además que se ha visto opacado en el transcurso del tiempo por otros contratos como la hipoteca por muchos motivos ya que confiere un derecho real lo que se traduce en un derecho de persecución, que se materializa procesalmente en la acción de desposeimiento. También otorga un

²⁰⁰ C. Suprema, 14 junio 1909. R., t. 7, sec. 1ª, p. 47.

derecho de venta al acreedor insatisfecho y el derecho de preferencia por su categoría de tercera clase. La anticresis efectivamente no da ningún derecho real ni de persecución. El acreedor anticrético sólo tiene un derecho de retención “que se traduce en que mientras no sea satisfecha totalmente su deuda, el acreedor tiene derecho de mantener la cosa en su poder”²⁰¹. Algunos autores sin embargo, han expresado que “la anticresis da mayor fuerza como caución a la hipoteca, cuando se pacta como accesorio de ésta”²⁰² por lo que querían expresar que la hipoteca adquiere más eficacia cuando se complementa con la anticresis. De esta manera aunque existe escasa aplicación y correlativamente escasa fuente directa, podemos ver que existe jurisprudencia actualizada en donde se utiliza mayoritariamente para distinguir en algunos casos la aplicación con otras figuras jurídicas como el mutuo y la hipoteca y la procedencia de pactar intereses como lo vimos en nuestro trabajo.

²⁰¹ PINCHEIRA, Leiva. *Ibíd.* p. 71.

²⁰² PINCHEIRA, Leiva. *Ibíd.* p. 74.

III. EXTRACTOS SOBRE LOS ARTÍCULOS 2174 A 2257 Y 2435 A 2445 DEL CÓDIGO CIVIL.

LIBRO CUARTO

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS

Título XXX

Del comodato o préstamo de uso

Artículo 2174. El *comodato* o *préstamo de uso* es 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.

Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario, pero en aquel se decía “la una de las partes.”

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 1, i. 1 y 2, red. def., pero su i. 1 no traía “la” antes de “una de las partes”, decía “gratuitamente a la otra” en vez de “a la otra gratuitamente” y no decía “mueble o raíz”; y su i. 2 decía además “real o ficta” después de “tradición” y “El carácter de gratuito es esencial en él” después de “cosa”.

P. 1847, art. 529, i. 1 y 2, y *P. 1853*, art. 2323, red. def., pero su i. 1 no traía la palabra “mueble o raíz” y su i. 2 repetía la frase final de los *P.* anteriores.

P. In., art. 2323, red. def.

Corresponde a los arts. 1875 y 1876 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Características del contrato de comodato.* a) Las características legales del comodato indican que es un contrato real, unilateral y gratuito. Es un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa a que se refiere (artículo 1443 Código Civil). Es unilateral porque sólo una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna (artículo 1439); y la parte que se encuentra legalmente en tal situación es el comodatario, cuya obligación reside en la restitución de la cosa al término del uso. Sólo por excepción, puede el comodante eventualmente y después que el contrato se ha generado, encontrarse en situación de indemnizar perjuicios al comodatario en los casos de los artículos 2191 y 2192 del Código Civil, pero ello no es de la esencia del contrato sino que emana de las normas generales de todo acto

jurídico. Por último, el comodato es un contrato, según la propia definición legal, esencialmente gratuito, conforme al concepto del artículo 1440.

C. Temuco, 6 mayo 1998. L.P. N° 16032 (C. 4°).²⁰³

b) Véase el número 2 de la jurisprudencia del artículo 2195.

2. *El contrato real de comodato.* a) Conforme a los artículos 1443 y 2174 del Código Civil, el contrato de comodato es un contrato real, es decir, se perfecciona por la entrega de la cosa, entrega que, tratándose de un inmueble, no puede concretarse sino en permitir el comodante al comodatario que éste entre al inmueble de que se trata para que pueda proceder a usarlo.

C. Concepción, 17 junio 1993. R., t. 90, sec. 2ª, p. 84.

b) El comodato, como contrato real que es, una de las partes entrega a otra gratuitamente una especie mueble o raíz, se perfecciona por la entrega de la cosa, entrega que bien puede ser ficta.

C. Suprema, 4 abril 1995. G. J. N° 178, sent. 4ª, p. 55. R., t. 92, sec. 1ª, p. 21 (C. 8º).

c) La intención manifestada en unas cartas de que cierta persona tenga una casa por toda su vida y la entrega hecha de esta casa, aunque anterior a las cartas, constituyen un contrato real de comodato por toda la vida del comodatario. Fallar lo contrario y ordenar la devolución del inmueble, basándose en que el demandado la estaba ocupando a título precario, sin previo contrato y por mera tolerancia del dueño, importa la infracción de los artículos 1437, 1438, 1445 y 2174 del Código Civil.

C. Suprema, 21 diciembre 1937. G. 1937, 2º sem., N° 103, p. 459. R., t. 35, sec. 1ª, p. 292.

3. *Intransferibilidad de los derechos del comodatario.* El comodato es un contrato que tiene lugar en consideración a la persona del comodatario, por lo cual éste no puede transmitirlo ni transferirlo. Lo primero se desprende de lo previsto en los artículos 2186 y 2187, y a contrario sensu, también de lo dispuesto en el artículo 2190. Y no es transferible, precisamente por ser un derecho personalísimo, que requería para su transferencia de una nueva declaración de voluntad del dueño de la cosa, aceptando como nuevo comodatario al adquirente, lo cual equivale a hablar de un nuevo comodato. En otros términos, el comodatario no está investido de facultad alguna que lo habilite legalmente para traspasar a un tercero la tenencia de la cosa; no puede hacerlo ni aún a título gratuito; menos, a título oneroso. Que, de lo expuesto se desprende que el derecho del comodatario de usar la cosa a título de mera tenencia, se extingue con su titular, de manera que, al ceder a un tercero ese derecho, nada le transfiere, en los términos que, respecto del objeto, exige el artículo 1460 del Código Civil, cuando dice que el mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración. Careciendo de objeto una convención de esta índole, en la cual no ha participado el dueño de la cosa prestada, ello conduce a la nulidad de la misma por falta de un requisito legal del acto o contrato según su

²⁰³ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 31 mayo 1999. L.P. N° 16032).

especie (artículo 1681 del Código Civil). Y la nulidad es absoluta porque, tanto el consentimiento como el objeto y la causa, son requisitos prescritos por las leyes para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan (artículo 1682). Tal es el caso del acuerdo de voluntades según el cual el comodatario cede a un tercero sus derechos en el comodato, que literalmente carece de objeto cedido. De otra parte y del mismo modo, también carece de causa real la obligación del cesionario, consistente en el pago de una determinada suma de dinero por la adquisición de un derecho que legal y materialmente no existe, acorde al concepto de causa final expresado en el artículo 1467 del Código Civil.

C. Temuco, 6 mayo 1998. L.P. N° 16032 (C. 4° y 5°).

4. *Título de mera tenencia.* El comodato constituye un título de mera tenencia.

C. Suprema, 9 septiembre 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 264.

5. *Distinción entre comodato puro y simple y las tres figuras que constituyen el comodato precario.* a) Que el Título del Libro Cuarto del Código Civil titulado Del Comodato de Préstamo de Uso contiene tres figuras jurídicas distintas como lo son: a) el contrato de comodato por el cual, según lo establece el art. 2174, "una de las parte 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 que termina el uso"; b) el comodato precario que según el inciso primero del art. 2195, tiene lugar cuando las partes celebran un contrato de uso en el cual "no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución" y c) el llamado simplemente "precario" definido en el inciso segundo del mismo art. 2195 como "la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Que de las definiciones anteriores se desprende sin lugar a dudas que en los tres casos descritos se requiere del dueño de una cosa mueble o raíz y del tenedor de dicha cosa, sea que la detente en virtud de un contrato en que se haya determinado el uso que puede hacerse de ella y fecha de restitución o no, o bien cuando se tiene la cosa por la mera liberalidad del dueño o por ignorar éste dicha tenencia.

C. Suprema, 22 agosto 1996. G.J. N° 194, p. 35 (S. de reemplazo, C. 3° y 4°, p. 37).

b) Que el legislador al tratar el contrato de comodato en el Título XXX del Libro IV, entre los artículos N°s. 2174 y 2195, distingue dos clases de comodato: el comodato puro y simple, y el comodato precario, describiendo para este último, tres figuras:

a) Cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo; figura descrita en el artículo 2194 del Código Civil;

b) Cuando no se presta la cosa para un servicio particular; figura descrita en el artículo 2195 inciso 1° del Código Civil; y

c) Cuando no se fija tiempo para la restitución de la cosa prestada; figura también descrita en el inciso 1° del artículo 2195 del Código Civil.

Juzg. Civil de San Miguel, 28 abril 1997. L. P. N° 14842 (C. 8°).

6. *Comodato y no compraventa; envases dejados en poder de los compradores de bebidas*

previa garantía. Si ha quedado establecido como hecho de la causa que el dinero depositado por los compradores de bebidas lo fue como garantía de la devolución de los respectivos envases, no puede afirmarse que en el momento del retiro de éstos y de la entrega de la garantía se haya “consumado” un contrato de compraventa. Los hechos no se ajustan a la definición que de este contrato da el Código Civil: ninguno de los contratantes contrae obligación respecto del envase para entregarlo en dominio al vendedor, o para pagarlo en dinero al comprador de las bebidas; por el contrario, los hechos dejan en claro que el vendedor prefiere conservar aquel dominio y el comprador recuperar el dinero entregado en garantía.

El acto posterior del vendedor de aplicar al haber de su contabilidad, cada cierto lapso, los depósitos recibidos, tampoco tiene la virtud de trocar la primitiva convención sobre los envases en compraventa: el acto unilateral realizado por aquél no es capaz de obligar al comprador que no ha participado en la aplicación contable de los fondos.

La entrega de los envases a los compradores es un préstamo; la gratuidad del contrato de comodato no se desvirtúa con el depósito en dinero entregado en garantía, porque este depósito no es precio del uso de los envases, sino caución, que se devuelve íntegra terminado el uso y restituidas las especies.

C. Suprema, 23 abril 1969. R., t. 66, sec. 1ª, p. 41 (C. 6º, 7º y 9º, p. 43).

7. Deudor prendario constituido en comodatario; entrega. Hace verdadera entrega el deudor prendario que se constituye en comodatario respecto de su acreedor de los objetos que le dio en prenda para seguridad de su crédito.

C. La Serena, 1º diciembre 1869. G. 1870, Nº 345, p. 147.

8. Cuenta corriente mercantil; inexistencia de comodato. La cuenta corriente mercantil es un contrato de fisonomía propia e independiente; no importa compraventa, comisión, mutuo ni comodato.

C. Suprema, 4 agosto 1909. R., t. 7, sec. 1ª, p. 51 (C. 9º, p. 54, al final).

9. Cosas susceptibles de comodato. a) El artículo 2174 del Código Civil, al definir el comodato, hace referencia a la entrega de “una especie ; y “los artículos siguientes se refieren a la “cosa prestada , al “objeto prestado , al “deterioro de la cosa o a la “mala calidad del objeto, todo lo cual permite concluir que tanto el contrato de comodato como la situación de hecho derivada de aquél denominada precario, deben recaer sobre una especie o cuerpo cierto, ya que si el demandado ha de restituir la cosa prestada, o detentada sin previo contrato, según el caso, es lógico y natural que solo puede detentarse y restituirse un objeto de dicha naturaleza.

C. Santiago, 7 noviembre 2007. L.P. Nº41848 (C. 2º).

b) El comodato debe recaer sobre una especie o cuerpo cierto, ya que si el comodatario ha de restituir la cosa prestada –la misma que recibió–, es lógico y natural que sólo pueda prestarse un bien de esta naturaleza.

C. Temuco, 25 marzo 1969. R., t. 66, sec. 2ª, p. 10 (C. 10, p. 14).

c) El comodato debe ejercitarse sobre una cosa singular y determinada; luego, para exigir su restitución, el actor necesita especificarla y determinarla suficientemente.

C. Temuco, 13 junio 1930. G. 1930, 1^{er} sem., N° 111, p. 428 (C. 3º, p. 430). R., t. 31, sec. 1ª, p. 540 (C. 3º, p. 541).

d) Dicho predio, por cierto y tal como se sostiene en primer grado y surge del artículo 2174 del Código Civil, debe estar perfectamente determinado, delimitado e individualizado de suerte que no se sea posible confundirlo con otro.

C. Suprema, 29 enero 2001. L.P. N°17922 (C. 9º).

e) Véase el número siguiente.

10. *Comodato de cosa ajena.* El comodato de cosa ajena es válido.

C. Suprema, 4 abril 1995. G. J. N° 178, sent. 4ª, p. 55. R., t. 92, sec. 1ª, p. 21.

11. *Comodato de cuota; improcedencia.* Es inaceptable jurídicamente que se pueda entregar como cosa en préstamo, no una especie o cuerpo cierto, sino la cuota de un comunero en un determinado bien, con el fin de que se haga uso de ella y se la restituya después de terminado el uso.

C. Temuco, 25 marzo 1969. R., t. 66, sec. 2ª, p. 10 (C. 10, p. 14).

12. *Procedencia del comodato vitalicio; obligación de los herederos del comodante de respetar el contrato.* a) Por no prohibirlo expresamente la ley, el contrato de comodato puede estipularse por toda la vida del comodatario y producir efectos aun después de la muerte del comodante, debiendo respetarlo sus herederos.

C. Concepción, 24 septiembre 1954. R. de D. de la U. de Concepción, año XXII, p. 369.

b) Si existe contrato de comodato por toda la vida, no puede hacérselo cesar por la mera voluntad del heredero del comodante.

C. Suprema, 21 diciembre 1937. G. 1937, 2º sem., N° 103, p. 459. R., t. 35, sec. 1ª, p. 292.

13. *Hechos que deben probarse para dar por establecida la existencia del comodato.* Para tener por establecida la existencia del contrato de comodato es necesario probar: a) la entrega de la cosa; b) que la entrega fue gratuita, y c) que la entrega se hizo para que la cosa fuera usada por el que la recibió, y al respecto debe probarse que hubo concurso de voluntades para ese uso, pues el comodato es un contrato. En consecuencia, no basta la aseveración de una persona de que el uso del vehículo de un amigo fue autorizado por éste, para dar por

comprobada dicha autorización.²⁰⁴

C. Suprema, 26 noviembre 1971. R., t. 69, sec. 4ª, p. 287 (C. 8º, p. 289).

Artículo 2175. El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2323 a, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): “Véase Troplong, *Du prêt*, n. 60 y siguientes, que exponiendo la regla contraria, establecida por el C. F., da a conocer suficientemente los inconvenientes de esta regla”.

Artículo 2176. El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIV, art. 1, i. 3, decía: “El comodante conserva todos sus otros derechos sobre la cosa prestada”.

P. 1847, art. 529, i. 3, red. def., pero decía “cuyo ejercicio no es” en vez de “que antes tenía, pero no su ejercicio en cuanto fuere”.

P. 1853, art. 2324 y *P. In.*, art. 2324, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): “C. F., 1877”.

Artículo 2177. El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase.

En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la reparación de todo perjuicio, y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo.

²⁰⁴ En la especie, el demandado por el Fisco, después de internar en el centro del país un auto adquirido en Magallanes (internación para la cual obtuvo autorización legal), partió becado a Alemania y dejó el vehículo en custodia en la casa de un amigo. Este usaba el automóvil a veces; en una de ellas los funcionarios del Servicio de Aduanas lo sorprendieron, y a ellos manifestó que si bien el vehículo no era de él, lo usaba “con autorización” del amigo dueño. El Fisco demandó al último por infracción a las leyes que autorizaban la internación con franquicias tributarias, pero, al mismo tiempo, prohibiendo la realización de diversos contratos que tuvieran como objeto la cosa mencionada, entre ellos el comodato. A la postre, el demandado ganó el pleito.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 2; *P. 1847*, art. 530; *P. 1853*, art. 2325, y *P. In.*, art. 2325, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): Al *inc. 1º*: “C. F., 1880”.

Al *inc. 2*: “C. A., 978 y 979”.

Artículo 2178. El comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima.

Es por tanto responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario.

Pero no es responsable de caso fortuito, sino es,

1º Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora;

2º Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima;

3º Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya;

4º Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 3, red. def., pero su i. 1 no decía “y responde hasta de la culpa levísima”. Su i. 2 decía “el deterioro” en vez de “este deterioro” y “total” en vez de “anterior de la cosa”. Su Nº 1 decía solamente: “Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido o ha demorado la restitución de la cosa”, y su Nº 3 decía: “Cuando ha podido preservar de un accidente previsto la cosa prestada, empleando la suya, o si no pudiendo preservar más que una sola de ellas, ha preferido la suya”.

P. 1847, art. 531, red. def., pero su i. 1 repetía la variante del *P. 1842*, su i. 2 repetía la segunda variante del *P. anterior*. Su Nº 1 decía “la restitución de la cosa” en vez de “su restitución” y su Nº 3, igual al *P. 1842*.

P. 1853, art. 2326, red. def., pero su i. 2 permanecía igual al *P. 1847*, lo mismo que su Nº 3, pero sólo hasta “empleando la suya”.

P. In., art. 2326, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*) Al *inc. 2º*: “C. F., 1884”.

Al inc. 3º: “n. 3º Troplong, *Du prêt*, n. 113 y siguientes. C. F., 1882”.

JURISPRUDENCIA

1. *Legitimario activo de la responsabilidad del comodatario.* En el evento de que el comodatario no pueda restituir las cosas objeto de los vales de prenda, será responsable de ello, conforme lo dispone el inciso 1º del artículo 2178 del Código Civil, responsabilidad que sólo puede exigirla la comodante.

C. Suprema, 4 abril 1995. G. J. Nº 178, sent. 4ª, p. 55. R., t. 92, sec. 1ª, p. 21.

Artículo 2179. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente, si el comodato fuere un pro de ambas partes, no se extenderá la responsabilidad del comodatario sino hasta la culpa leve, y si en pro del comodante solo, hasta la culpa lata.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2327 y *P. In.*, art. 2327, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “L. 21, tít. 2, Part. 5, cum glossa Greg.”.

Artículo 2180. El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada.

Pero podrá exigirse la restitución aun antes del tiempo estipulado, en tres casos:

1º Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse;

2º Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa;

3º Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 4, red. def. hasta el actual Nº 2, pero su i. 1 decía “tiempo y lugar convenidos” en vez de “tiempo convenido” y finalizaba “prestada, y en el lugar propio de ella;

salvo que la mudanza de éste haga más gravoso o peligroso su transporte, en cuyo caso bastará que la ponga a disposición del comodante”. Su i. 2 decía “dos” en vez de “tres”. Su N° 1 decía además “y” antes de “que no pueda” y finalizaba “suspenderse, sin perjuicio de la sucesión del comodatario”. Su N° 2 finalizaba “cosa. La calificación de esta necesidad quedará en este caso al arbitrio del juez”.

P. 1847, art. 532, igual al *P. 1842*, pero en su i.1 decía “que haya ocurrido en éste una mudanza que haga más gravoso o peligroso el transporte de la cosa” en vez de “que la mudanza de éste haga más gravoso o peligroso su transporte”.

P. 1853, art. 2328, red. def., pero en su N° 2 decía además, al final, “En caso de desavenencia, será calificada esta necesidad por el juez”.

P. In., art. 2328, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): Al *inc. 1º*: “C. F., 1888”.

JURISPRUDENCIA

1. *Mora de restituir el comodatario*. El comodatario está obligado a restituir al comodante la cosa dada en comodato al tiempo fijado en la convención, o, si no se ha fijado fecha para la restitución, cuando la justicia lo ordene.

En consecuencia, si el comodatario reconvenido para la restitución no lo hace, faltando al cumplimiento de la obligación que le impone la ley, procede ordenar que indemnice los perjuicios provenientes de la mora, conforme lo establecen los artículos 1551, 1556 y 1557 del Código Civil y a virtud del principio universal de que nadie puede enriquecerse a costa de otro. Tales perjuicios no se reclaman como precio de la cosa retenida, ni a título de comodato, que es por su naturaleza gratuito.

C. Suprema, 18 agosto 1942. G. 1942, 2º sem., N° 8, p. 38. R., t. 40, sec. 1ª, p. 140.

2. *Necesidad urgente de la cosa y necesidad de enajenarla*. Es inaceptable la petición de que se dé por terminado el comodato de un inmueble celebrado por toda la vida del comodatario, fundada en la necesidad urgente del heredero del comodante, si el comodato era en remuneración de servicios prestados por el comodatario y no se alega necesidad urgente de la cosa prestada, sino necesidad de enajenarla, que no es la contemplada en el artículo 2180 del Código Civil.

C. Suprema, 21 diciembre 1937. R., t. 35, sec. 1ª, p. 292 (C. 3º, p. 296).

Artículo 2181. La restitución deberá hacerse al comodante, o a la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre según las reglas generales.

Si la cosa ha sido prestada por un incapaz que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida su restitución al incapaz.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario*:

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2328 a, red. def.

NOTA DE BELLO: Al *inc.* 2º: “Troplong, *Du prêt*, n. 107”.

Artículo 2182. El comodatario no podrá excusarse de restituir la cosa, reteniéndola para seguridad de lo que le deba el comodante; salvo el caso del artículo 2193.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 5; *P. 1847*, art. 533, y *P. 1853*, art. 2329, red. def., pero decían “ni aun reteniéndola a título de prenda para la seguridad” en vez de “reteniéndola para seguridad”.

P. In., art. 2329, red. def., pero decía “ni aun reteniéndola como prenda” en vez de “reteniéndola para seguridad”.

P. A. decía “ni aun reteniéndola” en vez de “reteniéndola”. Bello suprimió “ni aun” en la revisión final del Cd.

Artículo 2183. El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitución, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante; salvo que haya sido perdida, hurtada o robada a su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del comodatario.

Si se ha prestado una cosa perdida, hurtada o robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, se hará responsable de los perjuicios que de la restitución se sigan al dueño.

Y si el dueño no la reclamare oportunamente, podrá hacerse la restitución al comodante.

El dueño por su parte tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante, o sin decreto de juez.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2329 a, red. def.

Artículo 2184. El comodatario es obligado a suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas y de toda otra cosa que sepa se trata de hacer uso criminal; pero deberá ponerlas a disposición del juez.

Lo mismo se observará cuando el comodante ha perdido el juicio y carece de

curador.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2329 b, red. def.

Artículo 2185. Cesa la obligación de restituir desde que el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa prestada.

Con todo, si el comodante le disputa el dominio, deberá restituir; a no ser que se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2329 c, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Procedimiento conforme al cual se tramita el juicio en que el comodatario disputa al comodante la posesión de la cosa; carácter sustantivo, respecto a la naturaleza de la prueba, del inciso final de la disposición.* Si al solicitarse la terminación del contrato el demandado niega su calidad de comodatario, diciéndose poseedor y no usuario del fundo cuya restitución se pide, corresponde tramitar el juicio según el procedimiento ordinario. Porque además de desconocerse la existencia misma del comodato, no hay disposición legal alguna relativa a este contrato que ordene proceder sumariamente o breve y sumariamente o en otra forma análoga en el juicio a que diere lugar su cumplimiento.²⁰⁵

Al hablar el inciso 2º del artículo 2185 del Código Civil de “probar breve y sumariamente” no consigna una regla de carácter procesal para la tramitación del juicio mismo en que se ejercita la acción, sino un precepto sustantivo respecto a la naturaleza de la prueba que el comodatario debe producir en el evento aludido, para el efecto de conservar la cosa en su poder o, más bien dicho, para exonerarse de restituirla.

C. Valdivia, 20 febrero 1926. R., t. 23, sec. 2ª, p. 61.²⁰⁶

²⁰⁵ El artículo 680, N° 6º del Código de Procedimiento Civil, en su texto actual, establece que el procedimiento sumario deberá aplicarse a los juicios sobre comodato precario.

²⁰⁶ El Presidente del tribunal, señor Trucco, y el Ministro señor Sánchez estuvieron por confirmar la resolución de primera instancia. Esta expresa que el procedimiento sumario se aplica en defecto de otra tramitación especial a los casos en que la ley ordena proceder breve y sumariamente (C. Procedimiento Civil, arts. 680 a 692). Agrega que en los

Artículo 2186. Las obligaciones y derechos que nacen del comodato, pasan a los herederos de ambos contrayentes, pero los del comodatario no tendrán derecho a continuar en el uso de la cosa prestada, sino en el caso excepcional del artículo 2180, número 1º.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2329 d, red. def.

Artículo 2187. Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz) exigir de los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan, según viere convenirle.

Si tuvieron conocimiento del préstamo, resarcirán todo perjuicio, y aun podrán ser perseguidos criminalmente según las circunstancias del hecho.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 534, decía: “Los herederos del comodatario son obligados de la misma manera que éste a la restitución de la cosa prestada, salvo que, no teniendo conocimiento del préstamo, la hayan enajenado; mas en este caso podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria) exigir de los herederos que le paguen el precio a que hayan enajenado la cosa prestada, o a que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan”.

P. 1853, art. 2330, igual al *P. 1847*, pero decía “justo precio de la cosa prestada o que” en lugar de “precio a que hayan enajenado la cosa prestada, o a que”.

P. In., art. 2330, red. def., sin la frase final del i. 1, “según viere convenirle”.

Artículo 2188. Si la cosa no perteneciere al comodante y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato, no tendrá el comodatario acción de

juicios sobre terminación del comodato deberá aplicarse este procedimiento, ya que en los juicios de la naturaleza e índole del actual debe existir paridad entre el ejercicio de la acción que corresponde al comodante como al comodatario, y el artículo 2185 del Código Civil contempla el caso del comodatario que sólo puede oponerse a la restitución cuando se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa prestada le pertenece.

perjuicios contra el comodante; salvo que éste haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido al comodatario.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 6; *P. 1847*, art. 535, y *P. 1853*, art. 2331, red. def., pero decían “su dueño” en vez de “el dueño”, “del término estipulado” por “terminar el comodato”, “saneamiento” en vez de “perjuicios” y finalizaban “ajena, que no lo haya advertido al comodatario, y que de la restitución anticipada hayan resultado perjuicios a éste”.

P. In., art. 2331, red. def.

Artículo 2189. Si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 7; *P. 1847*, art. 536; *P. 1853*, art. 2332, y *P. In.*, art. 2332, red. def. Corresponde al art. 1887 del C. F.

Artículo 2190. El comodato no se extingue por la muerte del comodante.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2332 a, red. def.

NOTA DE BELLO: “C. F., 1879”.

Artículo 2191. El comodante es obligado a indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho para la conservación de la cosa, bajo las condiciones siguientes:

1ª Si las expensas no han sido de las ordinarias de conservación, como la de alimentar al caballo;

2ª Si han sido necesarias y urgentes, de manera que no haya sido posible consultar al comodante, y se presuma fundadamente que teniendo éste la cosa

en su poder no hubiera dejado de hacerlas.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1842, tít. XXIX, art. 8, i. 1, red. def., pero decía “en que haya incurrido” en vez de “que sin su previa noticia haya hecho”.

Sus N^{os} 1, 2 y 3 decían:

“1^a Si las expensas han sido extraordinarias;

“2^a Si han sido necesarias, de manera que deba presumirse que el comodante no hubiera podido dejar de hacerlas;

“3^a Si han sido urgentes, de manera que no se haya podido consultar acerca de ellas al comodante”.

P. 1847, art. 537, i. 1, y N^{os} 1, 2 y 3, igual al *P. 1842*, salvo su N^o 1, que era ya red. def.

P. 1853, art. 2333, igual al *P. 1847*, pero su N^o 2 decía “pueda” en lugar de “deba”.

P. In., art. 2333, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): Al *núm. 1^o*: “Troplong, *Du prêt*, comentando el artículo 1886, n. 133 y siguientes. C. F., 1890 y comentario de Troplong”.

JURISPRUDENCIA

1. *Las expensas necesarias extraordinarias son de cargo del comodante; contribuciones*. El comodante está obligado a pagar al comodatario, salvo acuerdo, las expensas necesarias extraordinarias, vale decir, las mejoras o gastos de conservación extraordinarios. Entre éstos no se encuentran las contribuciones que afectan al predio y que el comodatario pague, pues ellas son expensas necesarias ordinarias.

En consecuencia, no son reembolsables por el comodante las contribuciones que afectaban a un predio y que fueron pagadas por el comodatario.

C. Chillán, 21 agosto 1945. R., t. 44, sec. 2^a, p. 49.

2. *Expensas no necesarias; gastos de desmonte; aplicación analógica del artículo 908 del Código Civil*. Debiendo el demandado restituir los terrenos que estaba detentando, no está obligado el actor a pagar los gastos de desmonte hechos por el demandado, ya que no se ha acreditado que esas obras constituyan expensas necesarias a la conservación de la cosa y aprovechen al demandante y hayan sido ejecutadas con mediana inteligencia y economía, como lo exige el artículo 908 del Código Civil, aplicable al menos por analogía.

C. Santiago, 27 mayo 1930. R., t. 35, sec. 1^a, p. 154.

3. *Gastos hechos por el comodatario en una construcción realizada en suelo del comodante*. No es reembolsable el gasto hecho por el comodatario en la construcción de un rancho en la propiedad del comodante, aun en el supuesto que se le haya construido a raíz de la caída de

una casa por un terremoto u otro caso fortuito.²⁰⁷

C. Chillán, 21 agosto 1945. R., t. 44, sec. 2ª, p. 49.

Artículo 2192. El comodante es obligado a indemnizar al comodatario de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad o condición del objeto prestado, con tal que la mala calidad o condición reúna estas tres circunstancias:

1ª Que haya sido de tal naturaleza que probablemente hubiese de ocasionar los perjuicios;

2ª Que haya sido conocida y no declarada por el comodante;

3ª Que el comodatario no haya podido con mediano cuidado conocerla o precaver los perjuicios.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 9; *P. 1847*, art. 537, tercera parte; *P. 1853*, art. 2334, red. def., pero en el N° 3 decían “hubiere” en vez de “haya”.

P. In., art. 2334, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): “Se ha desechado el artículo 1883 del C. F. y el 1636 del *P. Goy.* Véase Troplong, *Du prêt*, n° 119 y siguientes”.

Artículo 2193. El comodatario podrá retener la cosa prestada mientras no se efectúa la indemnización de que se trata en los dos artículos precedentes; salvo que el comodante caucione el pago de la cantidad en que se le condenare.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 8, i. final y *P. 1847*, art. 537, segunda parte, decían: “El comodatario podrá retener la cosa prestada para la seguridad del reembolso de estas expensas, a menos que el comodante asegure el pago de aquellas en que se le condenare”.

P. 1853, art. 2335, igual a los *P.* anteriores, pero decía “de las expensas o indemnización de los perjuicios de que se trata en los dos artículos precedentes” en vez de “de estas expensas” y “la cantidad” en vez de “aquellas”.

²⁰⁷ La sentencia que establece esta doctrina agrega que “si el que construyó el rancho tiene alguna acción, ella podrá emanar de las disposiciones sobre accesión de mueble a inmueble, que no han servido de fundamento a lo pedido” (C. 19, 1ª inst., R., cit., p. 52, al final).

P. In., art. 2335, red. def., pero decía “le reembolsen las expensas” en vez de “efectúa la indemnización” y “el artículo 2333” en vez de “los dos artículos precedentes”.

P. A. no decía “el comodante”. Estas palabras fueron puestas nuevamente por Bello en la corrección final.

Es regla diferente a la del art. 1885 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Juicio en que debe accionar el comodatario para ser indemnizado y para que se declare su derecho de retención.* a) El derecho que le asiste al comodatario para ser indemnizado, debe accionarse en el mismo juicio de comodato, a fin de que el juez de la causa se pronuncie sobre ello y de esta manera ordene la retención en poder del comodatario del bien dado en comodato. Todo esto es sin perjuicio de que ese derecho de indemnización se haga valer en juicio aparte.

Por lo tanto, la facultad que otorga el artículo 2193 del Código Civil de retener la cosa prestada, debe accionarse en el correspondiente juicio de comodato y no puede invocarse ella en un juicio aparte, juicio en el cual la ley otorga otros derechos al demandante, para asegurar el resultado de su acción, sin que con ello se prejuzgue sobre la cuestión ventilada. No cabe, pues, dar lugar a la suspensión del cumplimiento de la sentencia recaída en dicho juicio que se encuentra ejecutoriada.

C. La Serena, 12 julio 1991. G. J. Nº 141, sent. 1ª, p. 25 (C. 5º y 6º, p. 26).²⁰⁸

b) La facultad que otorga el artículo 2193 del Código Civil al comodatario para retener la cosa prestada, debe ejercerse en el mismo juicio de comodato y no en otro diverso, por lo que no cabe dar lugar a la suspensión del cumplimiento de la sentencia recaída en dicho juicio, que se encuentra ejecutoriada.

C. Suprema, 12 julio 1991. G. J. Nº 141, sent. 1ª, p. 25.

Artículo 2194. El comodato toma el título de *precario* si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXIX, art. 10; *P. 1847*, art. 538, i. 1; *P. 1853*, art. 2336, y *P. In.*, art. 2336, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): “Troplong, *Du prêt*, n. 28”.

JURISPRUDENCIA

²⁰⁸ En sentencia de 9 de marzo de 1992, la Corte Suprema denegó el recurso de queja interpuesto contra los Ministros de la Corte de Apelaciones que dictaron este fallo.

1. *Procedencia de la citación de evicción.* No es posible sostener que el juicio especial de la citación de evicción sea improcedente en el de comodato precario, puesto que no existe razón alguna en la legislación civil que induzca a pensar en ese sentido.

C. Suprema, 29 abril 1950. R., t. 47, sec. 1ª, p. 297 (C. 4º, p. 300).

2. *Calificación de un contrato como de construcción de obra y no de comodato precario; hecho de la causa.* Constituye un hecho de la causa la apreciación de los jueces del fondo acerca de que el vínculo jurídico que une a dos personas es un contrato de construcción de obra y no de comodato precario.²⁰⁹

C. Suprema, 25 octubre 1929. R., t. 32, sec. 1ª, p. 357.

3. *Plazo para la restitución del inmueble y apercibimiento de lanzamiento dispuestos por la sentencia, sin haber sido solicitados en la demanda; "ultra petita".* Falla *ultra petita* la sentencia que en un juicio de comodato precario, en que el actor solicita la restitución del inmueble que detenta el demandado, bajo apercibimiento de derecho, pero sin someter a decisión la fijación de plazo alguno para efectuar dicha restitución, ni pedir concretamente el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, resuelve que el demandado deberá restituir la propiedad "dentro del plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ser lanzado con el auxilio de la fuerza pública".

C. Suprema, 15 mayo 1950. R., t. 47, sec. 1ª, p. 195 (C. 2º, 3º y 4º, pp. 196-197).

4. *Inadmisibilidad de la acción reconvenicional en el juicio de comodato precario; mejoras.* Al demandado de comodato precario no le es dable solicitar (para el evento de que se acoja la demanda) que se le paguen los edificios y plantaciones, pues ello importa una acción reconvenicional que no procede ejercitar en un juicio sumario; pero tiene expedito su derecho para probar en un nuevo juicio que él edificó y plantó e hizo mejoras en el predio y que, por lo tanto, esas edificaciones y mejoras podrían serle reembolsadas.

C. Suprema, 22 septiembre 1964. R., t. 61, sec. 1ª, p. 272.

5. *Procedencia de la casación en el fondo contra la resolución que deniega la solicitud de citación de evicción.* Es admisible el recurso de casación en el fondo deducido contra la resolución que, en un juicio de comodato precario, desecha la petición del demandado para que se cite de evicción a la persona a quien habría comprado el inmueble a que se refiere la acción interpuesta en su contra.

1. C. Suprema, 17 diciembre 1913. G. 1913, 4º trim., N° 1.012, p. 2927.

2. C. Suprema, 27 julio 1947. R., t. 45, sec. 1ª, p. 169.

Artículo 2195. Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

²⁰⁹ Véase jurisprudencia del artículo 1560.

Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.²¹⁰

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 538, i. 3, red. def. del actual i. 1 hasta “particular”; a continuación decía “sino para una serie indefinida de servicios; y cuando por otra parte no se fija tiempo”. Su i. 2 decía: “El comodato pasa a precario, luego que termina el servicio para que se ha prestado la cosa, o luego que se cumpla el tiempo prefijado para su uso”.

P. 1853, art. 2337, igual al i. 3 del *P. 1847*. Su art. 2338, igual al i. 2 del *P. 1847*, pero sólo hasta “cosa”.

P. In., art. 2337, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): “C. Báv., libro IV, c. 2, art. 11”.

JURISPRUDENCIA

A. GENERALIDADES

1. *Precario con previo contrato y precario sin previo contrato.* a) El artículo 2195 del Código Civil distingue dos situaciones jurídicas inconfundibles: a) la del inciso 1º, que rige para cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución, préstamo que envuelve la idea de un convenio o contrato sobre el uso de una cosa, y b) la del inciso 2º, en que el legislador ha querido considerar especialmente como comodato precario el simple hecho de la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.²¹¹

C. Valparaíso, 12 diciembre 1945. G. 1945, 2º sem., Nº 44, p. 205 (C. 9º, p. 209).

b) Es esencial para la existencia de un contrato de comodato precario que una de las partes reconozca el dominio de la especie que recibe para usarla. Por otro lado, es esencial para el

²¹⁰ En el artículo 2337 del Proyecto Inédito, correspondiente al actual artículo 2195, hay una nota de Bello que dice: “C. Báv. libro IV, c. 2, art. 11”. Y dicho Código disponía: “Respecto al préstamo de tolerancia, o sea, a título precario (*precarium*), se observarán las mismas reglas (las del préstamo propiamente dicho o comodato), excepto en cuanto el prestador puede pedir la cosa prestada cuando le acomode”.

²¹¹ En voto especial de la sentencia de la Corte Suprema de 6 de agosto de 1956 (R., t. 53, sec. 1ª, p. 156) se observa que el comodato precario es una variedad del contrato de comodato propiamente tal. También supone dar el uso de una cosa; pero su modalidad está en que dicho uso se proporciona sin fijación de plazo ni determinación concreta de su aplicación, y su revocabilidad depende del mero arbitrio del comodante y puede tener lugar en cualquier momento y circunstancia. El nombre mismo, precario, viene de esta situación incierta del comodatario ante el absoluto arbitrio del comodante para reclamar, a su libre voluntad, la devolución de la cosa prestada. En resumen, si hay plazo o determinación de uso, existe comodato propiamente tal; si no hay, existe precario, pero una y otra situación quedan comprendidas dentro de los términos del contrato de comodato.

La tenencia precaria es institución distinta de la del comodato precario. Mientras este último es un contrato unilateral, real y gratuito, la primera no constituye contrato, sino que representa una situación de hecho, y aunque el legislador la llama precario, no es, en verdad, un comodato precario, que siempre tiene figura contractual.

precario el reconocimiento del usuario de que la cosa que tiene por ignorancia o mera tolerancia de un tercero es ajena, o sea, no es propia. La ausencia de esta condición margina el precario, y mucho más queda marginado aún si quien detenta el bien lo hace porque se estima su dueño, no pudiendo aplicarse a su respecto las reglas y modalidades propias a aquella situación jurídica.

C. Santiago, 7 enero 1987. G. J. 1987, t. 79, N° 4, p. 46 (C. 2º, p. 46).

c) Existiendo entre las partes un contrato de comodato, queda excluida entre ellas la situación del precario, ya que el primero, como en todo contrato, supone un acuerdo de voluntades en orden a celebrarlo; en cambio, la segunda es una situación de hecho, en que alguien ocupa una cosa ajena, por ignorarlo el dueño o solamente tolerarlo, pero sin que haya existido un acuerdo para entrar en el uso y, por lo mismo, sin que la cosa haya sido entregada por el comodante al comodatario.

El juez está facultado para allegar fundamentos jurídicos no invocados por los litigantes, pero no para alterar la acción intentada.

C. Concepción, 17 junio 1993. R., t. 90, sec. 2ª, p. 84.

2. *Gratuidad de todo comodato; hecho que la contradice.* Si se establece que el dueño de la faja de terreno por donde pasan las aguas objeto del derecho del otro contratante, puede extraer parte de ellas esporádicamente, cuando escaseen las que le corresponden, debe concluirse que el contrato no es de comodato. Aquella contraprestación obligatoria en caso necesario no se aviene con el carácter esencialmente gratuito de dicho contrato. En consecuencia, procede rechazar la acción de terminación de comodato precario y de restitución de la faja de terreno, entablada por el dueño de ella contra el titular del derecho sobre las aguas del cauce en referencia.

C. Suprema, 12 abril 1956. R., t. 53, sec. 1ª, p. 67.

3. *El comodato precario debe ejercitarse respecto de una cosa singular y determinada.* a) De los artículos 2174 y 2195, inciso 2º, del Código Civil, se deduce que el comodato precario debe 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 de él, si no se han especificado suficientemente las porciones que cada uno de los demandados ocupa.

C. Temuco, 13 junio 1930. G. 1930, 1º sem., N° 111, p. 428. R., t. 31, sec. 1ª, p. 540.

b) La norma legal de la que emana la acción de precario, artículo 2195 inciso 2º del Código Civil, se encuentra inserta en el Título XXX del Libro IV de dicho Código, relativo al contrato de comodato o préstamo de uso, de modo tal que la situación de hecho que le sirve de sustento debe compartir las mismas características de dicho contrato, en cuanto al objeto sobre el cual puede recaer. Sobre este particular cabe señalar que el artículo 2174 del Código Civil, al definir el comodato, hace referencia a la entrega de "una especie"; y "los artículos siguientes se

refieren a la "cosa prestada", al "objeto prestado", al "deterioro de la cosa" o a la "mala calidad del objeto", todo lo cual permite concluir que tanto el contrato de comodato como la situación de hecho derivada de aquél denominada precario, deben recaer sobre una especie o cuerpo cierto, ya que si el demandado ha de restituir la cosa prestada, o detentada sin previo contrato, según el caso, es lógico y natural que solo puede detentarse y restituirse un objeto de dicha naturaleza. Que en el caso de autos el demandante, conforme a los argumentos de su demanda, no alega ser dueño de las pertenencias mineras, sino que invoca ser parte de una comunidad hereditaria dueña de dichas pertenencias; por consiguiente, sus derechos no recaen sobre una cosa singular y determinada sino sobre una cuota en una comunidad indivisa, lo que hace improcedente la acción de precario que ha deducido, atendida la naturaleza del bien que reclama.

C. Santiago, 7 noviembre 2007. L.P. N° 41848 (C. 2° y 3°).²¹²

c) La acción de precario persigue la restitución de una cosa singular y determinada. De ahí que el actor ha de acreditar no sólo 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.

C. San Miguel, 11 junio 1981. R., t. 78, sec. 2ª, p. 104.

d) No estando singularizado el inmueble en la parte de él cuya restitución se demanda, sin indicar deslindes, no procede acoger la demanda de precario.

C. Suprema, 8 octubre 1998. L. P. N° 15547 (C. 2°, 3° y S. de reemplazo, C. único).

4. *La acción de precario con previo contrato supone uno de comodato.* La acción basada en el inciso 1º del artículo 2195 supone un contrato de comodato cuya modalidad estriba en que el préstamo de la cosa no se ha hecho para un servicio particular ni se ha fijado tiempo para la restitución de ella. Consecuentemente, si el demandado ocupa el inmueble reclamado no en virtud de algún comodato, sino de otro contrato, como una compraventa, la acción fundada en dicha disposición debe rechazarse.

C. Suprema, 10 mayo 1965. R., t. 62, sec. 2ª, p. 139 (C. 3º y 5º, p. 142).

B. PRECARIO REGULADO POR EL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 2195

B.1. GENERALIDADES

5. *Precario como "situación de hecho".* a) El comodato o préstamo de uso es un contrato, o sea, un acuerdo de voluntades que liga jurídicamente a las partes, en la forma establecida en el artículo 1438 del Código Civil. En cambio, lo que para la ley constituye también *precario*, conforme al artículo 2195, inciso 2º del mismo Código, es una simple situación de hecho, con

²¹² Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 26 marzo 2009. L.P. N°41848).

absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante. En esta última hipótesis se trata entonces de una situación radicalmente opuesta al comodato, desde el momento que supone, como requisito esencial, la ausencia de contrato.

C. Presidente Aguirre Cerda, 27 noviembre 1986. G. J. 1987, t. 80, N° 6, p. 30 (C. 1º, p. 30).

b) Lo que para la ley civil constituye "también precario", conforme al artículo 2195, inciso 2º del Código Civil, es una simple situación de hecho, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa. Se trata, como ha quedado dicho por la jurisprudencia, de una simple tenencia, o sea, que el legislador ha entrado a considerar una situación material y de hecho, ajena al consentimiento expreso de las partes, que puede llegar al extremo de importar una simple ignorancia del propietario de la cosa ocupada.

1. C. San Miguel, 4 noviembre 1996. G.J. N° 197, p. 101 (C. 10, p. 103). L.P. N° 23138 (C. 10).
2. C. San Miguel, 17 marzo 1999. G.J. N° 225, p. 94 (C. 2º, p. 95). L.P. N° 21553 (C. 2º).
3. C. San Miguel, 27 diciembre 1999. G.J. N° 234, p.82 (C. 7º, p. 83).
4. C. San Miguel, 18 junio 2002. G.J. N° 264, p. 108 (C. 7º y 8º, p. 109).

c) El precario a diferencia del comodato y del comodato precario al referirse a la "tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato" da cuenta de una simple situación de hecho en la cual una persona ocupa una cosa por ignorancia o mera tolerancia de su dueño.

C. Santiago, 22 enero 2002. R. t. 99, sec. 2º, p. 5 (C. 2º, p. 6). G. J. N° 260 p. 152 (C. 2º, p. 152). L.P. N° 23954 (C. 2º).

d) Es necesario destacar que en el precario no se está frente a una situación contractual. Por el contrario, se está ante una situación de hecho.

C. Concepción, 28 abril 2008. M.J. N° 17142 (C. 2º). L.P. N° 38763 (C. 2º).

e) Se desprende que un elemento inherente del precario constituye una simple situación de hecho, la absoluta y total ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor de la cosa, esto es, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante.

1. C. Suprema, 26 mayo 2007. L.P. N° 39048 (C. 6º).
2. C. Suprema, 2 junio 2008. G.J. N° 336, p. 138 (C. 10, p. 145). L.P. N° 39230 (C. 10).
3. C. Suprema, 3 septiembre 2008. M.J. N° 18105 (C. 6º). L.P. N° 39671 (C. 6º).
4. C. Suprema, 30 septiembre 2008. M.J. N° 18423 (C. 4º). L.P. N° 40347 (C. 4º).
5. C. Suprema, 26 mayo 2009. G.J. N° 347, p. 134 (C. 7º, p. 142). L.P. N° 42062 (C. 7º).
6. C. Suprema, 5 agosto 2009. G.J. N° 350, p. 108 (C. 6º, p. 117). M.J. N° 20767 (C. 6º). L.P. N° 42406 (C. 6º).
7. C. Suprema, 7 septiembre 2009. L.P. N° 42717 (C. 5º).
8. C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. N° 43036 (C. 11).
9. C. Suprema, 4 noviembre 2009. L.P. N° 42873 (S. de reemplazo, C. 1º).
10. C. Suprema, 10 noviembre 2009. L.P. N° 42907 (C. 6º).

11. C. Suprema, 12 noviembre 2009. L.P. N° 43232 (C. 6°).
12. C. Suprema, 16 noviembre 2009. L.P. N° 44904 (S. de reemplazo, C. 6°).
13. C. Suprema, 5 enero 2010. G.J. N° 355, p. 126 (C. 6°, p. 131). L.P. N° 43170 (C. 6°).
14. C. Suprema, 8 julio 2010. G.J. N° 361, p. 82 (C. 7°, p. 90). L. P. N° 45070 (C. 7°).
15. C. Suprema, 31 agosto 2010. L.P. N° 45580 (C. 8°).

f) Es un elemento inherente del precario la circunstancia de corresponder a una pura situación de hecho, con total ausencia de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado.

1. C. Suprema, 30 enero 2002. F. del M. N° 497, sent. 5ª, p. 341 (S. de reemplazo, C. 2°, p. 346).
2. C. Suprema, 27 abril 2004. F. del M. N° 521, sent 2ª, p. 399 (C. 3°, p. 402). L.P. N° 30131 (C. 3°).
3. C. Suprema, 23 noviembre 2004. F. del M. N° 528, sent 12ª, p. 2789 (c. 8°, p. 2793). L.P. N° 31414 (C. 8°).
4. C. Suprema, 14 diciembre 2004. R., t. 101, sec 1ª, p. 358 (C. 9°, p. 360). G.J. N° 294, p. 121. (C. 9°, p. 360). M.J. N° 9144 (C. 9°). L.P. N° 31556 (C. 9°).
5. C. Suprema, 18 mayo 2006. R., t. 103, sec. 1ª, p. 145 (C. 3°, p. 147). M. J. N° 17479 (C. 3°).
6. C. Suprema, 22 mayo 2006. F. del M. N° 533, sent. 26ª, p. 1017 (C. 6°, p. 1021). L.P. N° 34468 (C. 6°).
7. C. Suprema, 26 mayo 2009. G.J. N° 347, p. 134 (C. 5°, p. 142). L.P. N° 42062 (C. 5°).

6. *Naturaleza cuasicontractual de la tenencia precaria.* La tenencia precaria, descrita en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, es, en el fondo y en su esencia jurídica, un cuasicontrato que obliga al tenedor de la cosa a restituirla al dueño de la misma, según se desprende de los términos que señala dicha disposición legal. Ello en atención a que se trata de un hecho voluntario, lícito, no contractual, que origina obligaciones, de conformidad con lo previsto en los artículos 1437 y 2284 del referido Código. De ahí la relevancia de que, para que se produzca el efecto legal que le es pertinente, deben cumplirse las condiciones que la ley requiere; esto es, que la tenencia se ejerza sobre una cosa ajena, lo que implica el reconocimiento expreso o tácito del dominio de otro sujeto de derecho; que la tenencia no derive de un vínculo contractual, o sea, distinta a la que considera el artículo 714 del Código Civil en cuanto comprende derechos personales, conjuntamente con derechos reales de goce; y que tenga lugar por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

C. Temuco, 24 septiembre 1996. R., t. 93, sec. 1ª, p. 159 (C. 1°, p. 159). M.J. N° 870 (C. 1°).

7. *Elementos que caracterizan el precario que no supone contrato.* a) Si han quedado reconocidas en el pleito la calidad de dueño de la propiedad que tiene el actor y su ocupación gratuita por el demandado, sin previo contrato ni título alguno, los actos de mera facultad o tolerancia del primero para con el segundo (consistentes en esa ocupación) son circunstancias que caracterizan el comodato precario; por lo que, al acogerse la demanda fundada en el artículo 2195 del Código Civil, se lo aplica bien.

C. Suprema, 2 marzo 1938. R., t. 35, sec. 1ª, p. 513.

b) El dominio reclamado por parte del actor, la tenencia de la cosa por el demandado y la ausencia de un vínculo contractual entre ambos, deben concurrir necesariamente en el precario. Sin embargo, todos esos elementos no bastan para estructurar dicha figura; hace falta, además,

que la tenencia de la cosa ajena se deba a ignorancia o mera tolerancia del dueño. Y es precisamente esta última circunstancia la que caracteriza al precario y lo distingue de otras instituciones de derecho que tienen como comunes los demás elementos.

De aquí fluye que la acción de precario está condenada a perderse si el actor no afirma o insinúa siquiera como fundamento de la demanda que la tenencia del inmueble por el demandado deriva de ignorancia o de mera tolerancia de su parte.

C. Suprema, 14 noviembre 1963. R., t. 60, sec. 1ª, p. 343.

c) Los elementos que caracterizan el precario constituido por la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, son: a) el dominio que el actor debe tener sobre la especie que reclama; b) la mera tenencia que el demandado ejerce sobre este bien, y c) la ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño de la cosa y el mero tenedor de ella. Los dos primeros elementos incumbe probarlos al actor en forma tal que surja con evidencia el tercero.

1. C. Suprema, 4 enero 1973. R., t. 70, sec. 1ª, p. 1.
2. C. Suprema, 7 abril 1992. F. del M. N° 401, sent. 6ª, p. 103.
3. C. Suprema, 28 mayo 1992. F. del M. N° 402, sent. 2ª, p. 195.
4. C. Suprema, 12 abril 1995. G. J. N° 178, sent. 9ª, p. 71.

d) Según lo dispone el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, los elementos que caracterizan el precario constituido por la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, son: a) el dominio que el actor debe tener sobre la especie que reclama; b) la mera tenencia que el demandado ejerce sobre este bien, y c) la ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño de la cosa y el mero tenedor de ella. Los dos primeros elementos incumbe probarlos al actor en forma tal que surja con evidencia el tercero. Al encontrarse acreditado la calidad de dueña que tiene la actora, y la ocupación gratuita de parte de la demandada, sin previo contrato ni título alguno, estamos en presencia de actos de mera facultad o tolerancia de la demandante para con la demandada, circunstancias éstas que caracterizan el comodato precario.

C. Puerto Montt, 4 abril 2003. L.P. N° 29103 (C. 1º y 4º).

e) Del artículo 2195 inciso 2º se deducen los siguientes elementos: a) que la demandante sea dueña del bien cuya restitución solicita, b) que el demandado ocupe dicho bien, c) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia de sus dueños.

C. Valdivia, 7 diciembre 2010. L.P. N° 47007 (C. 2º).

8. *Requisitos de existencia del precario.* a) Para que exista precario es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: a) que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; b) que el demandado ocupe ese bien; y c) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

1. C. Suprema, 30 enero 2002. F. del M. N° 497, sent. 2ª, p. 341 (S. de reemplazo, C. 2º, p. 346).

2. C. Suprema, 27 abril 2004. F. del M. N° 521, sent 19ª, p. 399 (C. 3°, p. 402). L.P. N° 30131 (C. 3°).
3. C. Suprema, 23 noviembre 2004. F. del M. N° 528, sent 12ª, p. 2789 (C. 8°, p. 2793). L.P. N° 31414 (C. 8°).
4. C. Suprema, 14 diciembre 2004. R., t. 101, sec 1ª, p. 358. G.J. N° 294, p. 121 (C. 9°, p. 360). M.J. N° 9144 (C. 9°). L.P. N° 31556 (C. 9°).
5. C. Suprema, 6 marzo 2006. L.P. N° 33816 (S. de reemplazo, C. 1°).
6. C. Suprema, 18 mayo 2006. R., t. 103, sec. 1ª, p. 145 (C. 3°, p. 147). M. J. N° 17479 (C. 3°).
7. C. Suprema, 22 mayo 2006. F. del M. N° 533, sent. 26ª, p. 1017 (C. 6°, p. 1021). L.P. N° 34468 (C. 6°).
8. C. Suprema, 26 mayo 2009. G.J. N° 347, p. 134 (C. 5°, p. 142). L.P. N° 42062 (C. 5°).
9. C. Suprema, 7 septiembre 2009. L.P. N° 42717 (C. 5°).
10. C. Suprema, 4 noviembre 2009. L.P. N° 42873 (S. de reemplazo, C.1°).
11. C. Suprema, 5 enero 2010. G.J. N° 355, p. 126 (C. 6°, p. 131). L.P. N° 43170 (C. 6°).

b) Que de conformidad con lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 2.195 del Código Civil los elementos o requisitos del precario son los siguientes: a) que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución reclama; b) que el demandado sea un tenedor sin contrato respecto de la misma cosa y; c) que la tenencia se debe a la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

C. Suprema, 13 enero 2004. F. del M. N° 518, sent 1ª, p. 3694 (C. 1°, p. 3694). L.P. N° 29547 (C. 1°).

c) Los requisitos para la existencia del precario son: a) que el que entable la acción sea dueño absoluto de la especie cuya restitución demanda; y b) que la persona demandada sea simple tenedor de la especie por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Juzg. Letras Lota, 26 mayo 1998. L.P. N° 17326 (C. 3°).²¹³

d) Que la existencia del contrato de arrendamiento obsta para configurar la situación de precario descrita en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, pues para que ello ocurra es necesario que la tenencia de una cosa ajena se haya originado por un hecho propio y unilateral del ocupante sin que medie vinculación contractual alguna en que se fundamente la tenencia y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. De consiguiente, cualquiera de los hechos mencionados que falte impide la existencia de precario.

C. Santiago, 2 septiembre 1998. G.J. N° 219, p. 95 (C. 2°, p. 96). L. P. N° 15488 (C. 2°).

9. *Interpretación restrictiva de los requisitos del precario en atención a su carácter excepcional.* Finalmente el inciso 2º del artículo 2195 dispone que "constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño", de manera que el precario que alude esta última norma se configura cuando concurren todas y cada una de las exigencias que ella establece, las que deben interpretarse restrictivamente, por ser una institución excepcional.

C. Suprema, 25 octubre 2001. L. P. N° 22943 (C. 9°).

²¹³ Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Concepción, 27 enero 2000. L.P. N°17326).

B.2. REQUISITOS DEL PRECARIO: DERECHO DE DOMINIO

10. *Importancia del primer requisito del precario; que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución se pide.* Que el más importante de aquellos requisitos exigidos copulativamente como se dijo, es que el actor sea dueño del inmueble que reclama porque de él resultará o no creíble que el tercero, mero tenedor, posea la cosa por su propia ignorancia o tolerancia.

C. Punta Arenas, 25 marzo 2008. L.P. Nº 38571 (C. 8°).

11. *La expresión dueño no sólo comprende al titular del derecho de dominio.* Si bien el artículo 2195 del Código Civil, al referirse a la tenencia precaria de una cosa ajena sin previo contrato, alude al dueño que ignora o tolera el hecho, la verdad es que con la expresión *dueño* no sólo comprende al titular del derecho de dominio, sino también al de cualquier otro derecho real sobre la cosa, como el derecho de usufructo.

Nada impide, pues, que el usufructuario, que por mera tolerancia ha permitido que otra persona goce del inmueble materia del usufructo, inicie la acción de precario para recuperar este derecho real del que es titular.

C. Suprema, 20 noviembre 1979. F. del M. Nº 252, sent. 6ª, p. 425.²¹⁴

12. *El dueño de la cosa puede reclamarla en cualquier tiempo del precarista sin contrato válido.* a) El precario, sin que medie previo contrato válido, se rige en sus efectos, según disposición de la ley, por las normas del comodato precario. Luego, aplicando el artículo 2194 del Código Civil, el propietario de la cosa tiene facultad para reclamarla en cualquier tiempo.

C. Concepción, 19 abril 1955. R. de D. de la U. de Concepción, año XXIII, p. 337 (C. 17, p. 348). R., t. 52, sec. 2ª, p. 11.

b) La facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo respecto de quien la ocupa “sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”, pertenece privativa y exclusivamente –como lo señala la norma en cuestión– a su “dueño” de manera tal que quien no lo es a la época de la presentación de la demanda, no debiera ser oído favorablemente en una sentencia de condena de término.

C. Santiago, 15 abril 1999. R., t. 96, sec. 2ª, p. 31 (C. 11, 11, p. 32). M.J. Nº 893 (C. 11).

B.3. REQUISITOS DEL PRECARIO: TENENCIA SIN TITULO

²¹⁴ La Corte Suprema acogió el recurso de queja entablado en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de La Serena, que habían revocado el fallo de primera instancia. En consecuencia, dejó sin efecto la sentencia de alzada y confirmó la de primer grado, en atención a los fundamentos de ésta y del voto disidente de la de segundo, emitido por el abogado integrante señor Waldo Laso Correa. La doctrina del texto corresponde a la que fluye del último considerando de dicho voto (F. del M. citado, p. 428).

La sentencia de la Corte Suprema fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Abraham Meersohn y el abogado integrante señor Luis Cousiño. Estimaron ellos que el usufructuario debió entablar la acción real que nace del derecho de usufructo y no la acción de precario basada en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, “que sólo concierne al dueño” (F. del M. citado, p. 426, al principio).

13. *Alcance del concepto de "contrato" contenido en el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil.* a) La expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si bien éste es el concepto legal, la expresión que utiliza el inciso 2° del artículo 2195 citado debe entenderse en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aun cuando no sea de origen convencional o contractual.

1. C. Suprema, 26 mayo 2007. L.P. N° 39048 (C. 7°).
2. C. Suprema, 28 abril 2008. L.P. N° 38766 (S. de reemplazo, C. 2°).
3. C. Suprema, 2 junio 2008. G.J. N° 336, p. 138 (C. 11, p. 145). L.P. N° 39230 (C. 11).
4. C. Suprema, 3 septiembre 2008. M.J. N° 18105 (C. 7°). L.P. N° 39671 (C. 7°).
5. C. Suprema, 25 septiembre 2008. L.P. N° 39879 (C. 3°).
6. C. Suprema, 30 septiembre 2008. M.J. N°18423 (C. 6°). L.P. N° 40347 (C. 6°).
7. C. Suprema, 26 mayo 2009. G.J. N° 347, p. 134 (C. 6°, p. 142). L.P. N° 42062 (C. 6°).
8. C. Suprema, 5 agosto 2009. G.J. N° 350, p. 108 (C. 7°, p. 117). M.J. N° 20767 (C. 7°). L.P. N° 42406 (C. 7°).
9. C. Suprema, 7 septiembre 2009. L.P. N° 42717 (C. 6°).
10. C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. N° 43036 (C. 12°).
11. C. Suprema, 4 noviembre 2009. L.P. N° 42873 (S. de reemplazo, C. 6°).
12. C. Suprema, 10 noviembre 2009. L.P. N° 42907 (C. 7°).
13. C. Suprema, 16 noviembre 2009. L.P. N° 44904 (S. de reemplazo, C. 7° y 8°).
14. C. Suprema, 5 enero 2010. G.J. N° 355, p. 126 (C. 7°, p. 132). L.P. N° 43170 (C. 7°).
15. C. Suprema, 28 enero 2010. L. P. N° 43330 (C. 5°).
16. C. Suprema, 8 julio 2010. G.J. N° 361, p. 82 (C. 8°, p. 91). L. P. N° 45070 (C. 8°).
17. C. Suprema, 31 agosto 2010. L.P. N° 45580 (C. 9°).

b) A la expresión "contrato" que utiliza el artículo 2195, inciso 2° del Código Civil, se le ha atribuido el amplio significado de título o antecedente jurídico, de fundamento o apoyo jurídicamente relevante, que sirva de basamento a la tenencia de la cosa.

1. C. San Miguel, 17 marzo 1999. G.J. N° 225, p. 94 (C. 15, p. 97). L.P. N° 21553 (C. 15).
2. C. San Miguel, 27 diciembre 1999. G.J. N° 234, p. 82 (C. 5°, p. 83).
3. C. Presidente Aguirre Cerda, 23 junio 2000. R., t. 97, sec. 2ª, p. 28 (C. 6°, p. 30). M.J. N° 3097 (C. 6°). L.P. N° 21590 (C. 6°).

14. *Características del título de ocupación opuesto por el ocupante de la cosa.* a) Lo relevante, no obstante lo antes expuesto, es que ese título resulte oponible al propietario, de forma tal que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y; como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que no tiene sobre aquella ese derecho real. Que en razón de lo anterior, ese título que justifica la ocupación no necesariamente deberá emanar del actual propietario, evento en el cual resultará indiscutible que le empece, sino que también de algún otro del que ese propietario sea sucesor por acto entre vivos o por causa de muerte. Lo relevante, sin embargo, radicará en que el derecho que emana del referido título o contrato y que legitima la tenencia de la cosa pueda ejercerse respecto del propietario, sea porque él o sus antecesores contrajeron la obligación de

respetar esa tenencia si el derecho del tenedor u ocupante es de naturaleza personal, bien sea porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona si se trata de un derecho real.

1. C. Suprema, 26 mayo 2007. L.P. N° 39048 (C. 8°).
2. C. Suprema, 28 abril 2008. L.P. N° 38766 (S. de reemplazo, C. 2° y 3°).
3. C. Suprema, 2 junio 2008. G.J. N° 336, p. 138 (C. 11 y 12, p. 145). L.P. N° 39230 (C. 11 y 12).
4. C. Suprema, 3 septiembre 2008. M.J. N° 18105 (C. 7° y 8°). L.P. N° 39671 (C. 7° y 8°).
5. C. Suprema, 25 septiembre 2008. L.P. N° 39879 (C. 3° y 4°).
6. C. Suprema, 30 septiembre 2008. M.J. N° 18423 (C. 6°). L.P. N° 40347 (C. 6°).
7. C. Suprema, 26 mayo 2009. G.J. N° 347, p. 134 (C. 6°, p. 142). L.P. N° 42062 (C. 6°).
8. C. Suprema, 5 agosto 2009. G.J. N° 350, p. 108 (C. 7° y 8°, p. 117). M.J. N° 20767 (C. 7° y 8°). L.P. N° 42406 (C. 7° y 8°).
9. C. Suprema, 7 septiembre 2009. L.P. N° 42717 (C. 6°).
10. C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. N° 43036 (C. 12 y 13).
11. C. Suprema, 4 noviembre 2009. L.P. N° 42873 (S. de reemplazo, C. 6°).
12. C. Suprema, 10 noviembre 2009. L.P. N° 42907 (C. 7° y 8°).
13. C. Suprema, 16 noviembre 2009. L.P. N° 44904 (S. de reemplazo, C. 7° y 8°).
14. C. Suprema, 5 enero 2010. G.J. N° 355, p. 126 (C. 7°, p. 132). L.P. N° 43170 (C. 7°).
15. C. Suprema, 28 enero 2010. L. P. N° 43330 (C. 5°).
16. C. Suprema, 8 julio 2010. G.J. N° 361, p. 82 (C. 8°, p. 91). L. P. N° 45070 (C. 8°).
17. C. Suprema, 31 agosto 2010. L.P. N° 45580 (C. 9° y 10).

b) No resulta legalmente exigible -a los efectos de abrir discusión sobre la existencia o inexistencia de título para ocupar una cosa cuyo dueño es otro- que, si se invoca un contrato, éste deba ser oponible jurídicamente al tercero que demanda la restitución. La tesis contraria, apoyada en "el efecto relativo de los contratos", ha sido objetada, tanto por la doctrina especializada, cuando por decisiones de los tribunales superiores de justicia. Se ha declarado que "no es necesario que el contrato o título que exhibe el demandado lo haya celebrado o emane del actor, porque tal exigencia sería imposible tratándose de títulos de dominio que tengan un origen distinto; y también porque de la lectura del artículo 2195 del Código Civil, que define el estado de precario, se desprende que no se contempla tal exigencia, ya que la frase "sin previo contrato" no está modificada o limitada por la frase complementaria final "del dueño", ni por ninguna otra que impida interpretar la referida disposición en el sentido amplio que ha quedado dicho".

1. C. San Miguel, 4 noviembre 1996. G.J. N° 197, p. 101 (C. 7°, p. 102). L.P. N° 23138 (C. 7°).
2. C. San Miguel, 18 junio 2002. G.J. N° 264, p. 108 (C. 5°, p. 109).

c) *En sentido contrario.* Como los contratos por regla general sólo producen efectos jurídicos entre las partes que lo celebran, para que el demandado pueda enervar la acción invocada en su contra, es menester que el título por el cual detenta la cosa emane del dueño actual de la propiedad.

1. C. Suprema, 23 abril 1997. L.P. N° 14386 (C. 2°).
2. C. Suprema, 15 julio 1997. F. del M. N° 464, sent. 3ª, p. 995 (C. 3° y 4°, p. 997).

d) En efecto, como lo ha resuelto esta Corte, el título que habilita la ocupación y que puede ser esgrimido para justificar la permanencia en el predio, debe provenir de las relaciones existentes entre el dueño de la propiedad y los ocupantes de la misma.

C. Suprema, 18 mayo 2006. R., t. 103, sec. 1ª, p. 145 (C. 4º, p. 147). M. J. N° 17479 (C. 4º).

e) No procede invocar, para rechazar la acción de precario por ignorancia o mera tolerancia del actual dueño del inmueble, que mantiene en su poder el demandado, la relación jurídica que pudo tener con una persona ajena al juicio y distinta de aquella contra la cual se quiere hacer valer.

C. Temuco, 12 diciembre 1985. J. N° 31, p. 52, al final (C. 6º y 7º, p. 53).

15. *Tenencia precaria de los herederos del depositario.* Por su naturaleza, es personal e intransferible el cargo de depositario de la especie embargada en un juicio ejecutivo, y de aquí se sigue la procedencia de la acción de comodato precario contra los herederos del depositario que no pueden invocar el título del causante para continuar con la tenencia. Si en tal hipótesis ésta subsistió en aquéllos, sólo puede explicarse por la mera tolerancia de los dueños del inmueble.

C. Santiago, 19 mayo 1959. R., t. 56, sec. 2ª, p. 29.

16. *La calidad de ex-dueño no es título que justifique la tenencia.* Configúrase la situación prevista en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil si son hechos de la causa que el actor adquirió el inmueble rematado en el juicio ejecutivo que se siguió en contra del demandado, el cual lo ocupa por la mera tolerancia de ese adquirente.

C. Suprema, 17 abril 1970. R., t. 67, sec. 1ª, p. 110.

17. *La calidad de ex-comuneros no es título que justifique la tenencia.* Si después de la adjudicación los comuneros que no son el adjudicatario y por aquel acto han dejado de ser ya comuneros en el inmueble que era proindiviso, siguen ocupando éste, es evidente que no pueden tenerlo sino a título precario.

C. Suprema, 27 abril 1954. R., t. 51, sec. 1ª, p. 84.

18. *La calidad de ex-comuneros como título que justifica la tenencia.* La tenencia que de un inmueble tenía una persona en virtud de ser comunero de dicho bien, no se transforma en una tenencia precaria sólo explicable por la mera tolerancia o ignorancia del otro comunero que, en la partición, se adjudicó el mencionado inmueble. Debe, pues, rechazarse la demanda de precario interpuesta por el adjudicatario contra el antiguo comunero. Tal rechazo no entraña ninguna infracción a los artículos 718, 1344, 2195 y 2343 del Código Civil.

C. Suprema, 7 junio 1982. R., t. 79, sec. 1ª, p. 78.

19. *La autorización expresa del dueño como título que justifica la tenencia.* a) Aunque el

demandado de precario no haya demostrado en forma legalmente admisible que la ocupación del inmueble reclamado derivara de un contrato de compraventa pactado entre las partes, bastan para rechazar la acción de precario fundada en la mera tolerancia del dueño, los elementos de prueba con fuerza suficiente que existen en la causa para llevar al tribunal a la convicción de que el actor autorizó expresamente al demandado para instalarse a vivir en el inmueble.

C. Presidente Aguirre Cerda, 31 julio 1986. J. N° 37, p. 31 (C. 3º, p. 31, al final).

b) No hay mera tolerancia del actor ni, por ende, fundamento para la acción de comodato precario, si la ocupación de las habitaciones, actualmente en poder del demandado, y que se le reclaman en la demanda, tuvo su origen en una medida o autorización expresa de la persona que era representante del dueño cuando aquél llegó al inmueble y, todavía, en calidad de cuidador o administrador de dicho bien raíz.

C. Suprema, 19 diciembre 1961. R., t. 58, sec. 1ª, p. 500.

c) Destinados ciertos sitios por su dueño a calles públicas al formar una población, si su empleo en tal objeto constituye tenencia de parte de la Municipalidad respectiva, no podría aquél alegar ignorancia o mera tolerancia suyas, ya que ese empleo ocurriría por su expresa voluntad.

C. Suprema, 6 julio 1938. G. 1938, 2º sem., N° 36, p. 225. R., t. 36, sec. 1ª, p. 55.

20. *La autorización expresa del dueño motivada por caridad no es título que justifique la tenencia.* De la declaración prestada sólo se desprende que, como el demandado no tenía donde vivir, le proporcionó una mediagua para que la instalara en el predio, esto es, actuó motivada por lástima que le produjo la situación en que se encontraba el demandado; no puede servir la confesión judicial invocada, como prueba suficiente para acreditar un título que justifique la ocupación, diferente a la mera tolerancia del dueño, al tenor de lo dispuesto en los artículos 399 del Código de Procedimiento Civil y 1713 del Código Civil, lo razonado conduce, necesariamente; a la conclusión de que el demandado no probó la existencia de un título que legitime la ocupación del bien raíz de propiedad de los actores, que sea diferente a la mera tolerancia de aquellos.

C. Suprema, 16 octubre 1996. L.P. N° 14064 (C. 9º).

21. La autorización del antecesor en el dominio no es título que justifique la tenencia. Que en el caso en estudio los jueces de fondo concluyeron que la ocupación del inmueble por parte del demandado la ejerce en virtud de la autorización que para ello le dio su madre, antecesora en el dominio de la demandante. Sin embargo, tal situación es irrelevante, pues como bien se indicó en el recurso, el título que invoca el demandado para ocuparlo, debe ser oponible al demandante; es decir, este debe estar obligado a respetarlo, situación que no ocurre en el caso de autos, en que el invocado es una convención existente entre el demandado y un tercero ajeno al juicio, a cuyo nacimiento no concurrió el actor y sin que exista disposición legal alguna que lo obligue a respetarla. Por lo anterior, al no haber probado el demandado que su

ocupación derive de una situación distinta de la ignorancia alegada por el actor, factor que era de cargo suyo, forzoso es concluir que debió acogerse la demanda, al reunirse las exigencias de la acción intentada.

C. Suprema, 13 julio 1999. F. del M. N° 488, sent. 11ª, p. 1243 (C. 4°, p. 1245).

22. *La autorización de un tercero no es título que justifique la tenencia.* El fundamento para ocupar el inmueble que ha señalado el demandado, esto es la autorización que para su uso le ha otorgado un tercero, a quien reconoce como su dueño, no es suficiente para dar por acreditada la existencia de un título de ocupación que desvirtúe la situación de hecho que a su respecto existe en relación al actor.

C. Suprema, 27 abril 2004. F. del M. N° 521, sent. 19ª, p.399 (C. 4°, p. 403 y S. de reemplazo, C. 2°, p. 404). L.P. N° 30131 (C. 4°, S. de reemplazo, C. 2°).

23. *Declaración del dueño del predio que no autoriza al detentador precario para ocupar el bien raíz indefinidamente.* Si el dueño del predio –que toleraba su ocupación por el demandado– lo transfirió a un tercero expresándose en la escritura que no hacía entrega material del mismo por hallarse ocupado, esa declaración no configura un título que autorice al detentador para continuar ocupándolo por tiempo indefinido.

C. Suprema, 25 agosto 1970. R., t. 57, sec. 1ª, p. 330 (C. 5°, pp. 331-332).

24. *La asignación de un predio hecha por un tercero como título que justifica la tenencia.* Si un terreno es ocupado materialmente por una persona en virtud de haberle sido asignado por otra, el dueño no puede sostener que dicho poseedor material lo ocupe por mera tolerancia suya y no cabe entonces alegar la existencia de comodato precario.

C. Suprema, 24 septiembre 1991. G. J. N° 135, sent. 2ª, p. 37 (C. 2° y 4°, p. 38).

25. *La convivencia en una propiedad y administración del negocio existente en ella no configura un título que justifique la tenencia.* El solo hecho de existir entre las partes de un juicio de precario una convivencia en el inmueble, materia del juicio, y haber sido administrado por el demandado el negocio que en dicho bien raíz funciona, no basta para dar por acreditada una comunidad de hecho entre la demandante y el demandado. De esta suerte, la actora prueba ser dueña de la propiedad y el demandado no acredita el título que justifique su ocupación y, por tanto, procede acoger la demanda.

C. San Miguel, 8 junio 1981. R., t. 78, sec. 2ª, p. 102.

26. *El concubinato no es título que justifique la tenencia; necesidad de pedir declaración de la existencia de una comunidad o sociedad de hecho sobre el bien raíz.* a) Si el demandante prueba que es dueño por herencia del inmueble de la litis y que éste se encuentra en poder de la demandada, debe acogerse la acción de comodato precario aunque haya quedado establecido que la última hizo vida marital con el causante del actor durante más de treinta años; que se les conoció como marido y mujer; que ésta secundó al concubinario en sus

actividades y que, además, trabajó como modista, siendo dicho inmueble, en que ambos vivían, fruto de sus afanes mancomunados. A pesar de todas estas circunstancias procede la acción de comodato precario si es un hecho cierto que la demandada no ha deducido acción para solicitar se declare que ha existido una comunidad o sociedad de hecho sobre aquel bien raíz.

C. Suprema, 19 noviembre 1963. R., t. 60, sec. 1ª, p. 345.

b) Que, habiendo los actores acreditado ser dueños por herencia del bien raíz y que éste se halla ocupado por la demandada, no obstante la vida marital que hizo con el causante de los demandantes durante un período prolongado que fluctúa entre los quince y los treinta años, en que se les conoció como marido y mujer, siendo el predio sub lite la habitación de los dos; en cambio, no ha formalizado ninguna acción en orden a lograr una declaración judicial acerca de la existencia de la comunidad o sociedad de hecho que alega y los consecuentes derechos sobre la finca, ni que ésta sea el producto del trabajo en común, por lo que cabe acoger la pretensión de comodato precario promovida por la sucesión, pues no puede prosperar la excepción opuesta.

C. Valparaíso, 15 septiembre 1997. G.J. Nº 206, p. 90 (C. 12, p. 92). L.P. Nº 14793 (C. 12).²¹⁵

27. El matrimonio como título que justifica la tenencia; régimen de sociedad conyugal y patrimonio reservado de la mujer. a) Que tal circunstancia no se cumple en el caso en cuestión, pues si bien se encuentra probado que la demandante obtuvo el inmueble que reclama a través de una concesión del Fisco de Chile, Ministerio de Bienes Nacionales, en virtud del Decreto Nº 426 del 17 de julio de 1998, lo cierto es que estando casada con el demandado bajo el régimen de sociedad conyugal, el dominio de ese inmueble ingresa plenamente a su patrimonio reservado, sólo en caso de que al momento de disolución de la sociedad conyugal, renuncie a los gananciales y prefiera dicha propiedad. Que en el intertanto que tal situación no ocurra, el marido tendrá un derecho de recompensa para hacer valer los bienes de la sociedad conyugal, entre los cuales podría ingresar el inmueble de la mujer que hubiere adquirido con su patrimonio reservado, en consecuencia, el dominio del mismo, no se encuentra total y absolutamente radicado en el patrimonio de la cónyuge.

C. Antofagasta, 14 noviembre 2008. L.P. Nº 41212 (C. 7º y 8º).

28. El matrimonio no es título que justifique la tenencia; régimen de sociedad conyugal y patrimonio reservado de la mujer. Que, siendo un hecho no discutido en autos que la propiedad cuya restitución se solicita fue adquirida por la demandante al Serviu, se entiende separada de

²¹⁵ Acordada con el voto en disidente del abogado integrante don Eduardo Niño Tejeda, quien estuvo por revocar el fallo apelado en virtud de los siguientes fundamentos: Que es un hecho probado en la causa, el concubinato notorio del causante de los actores con la demandada por más de treinta años y que establecieron su hogar doméstico precisamente en el inmueble demandado de precario; Que, atendidas estas circunstancias de público conocimiento, no es verosímil la ignorancia de los actores en cuanto al concubinato de su causante y a la existencia en el inmueble del hogar doméstico con la demandada; Que en estas condiciones, no resulta acreditado que la demandada, ocupe la propiedad por ignorancia o mera tolerancia de los demandantes; Que siendo los actores continuadores de la persona del difunto, aunque la relación afectiva del concubinato no sea transmisible, los efectos fácticos y pecuniarios derivados del asentamiento por su causante de un hogar común con la demandada en la propiedad objeto del precario, les empecen; Que, por consiguiente, falta en la especie uno de los requisitos copulativos que exige la ley para que una tenencia constituya precario, de modo que la restitución debe pretenderse por otra vía (C. 2º a 6º, p. 92, al final).

bienes, contra lo cual no cabe prueba alguna por tratarse de una presunción de derecho, según lo dispone el artículo 47 inciso final del Código Civil. En consecuencia, la propiedad ingresó a su peculio profesional, sin que el cónyuge, vigente la sociedad conyugal, tenga algún derecho sobre ella. Que la circunstancia, aun en el evento de ser efectiva, de que el cónyuge demandado haya aportado dineros para el pago de la cuota al contado o de los dividendos posteriores, no altera en forma alguna el hecho que el predio pertenezca al peculio profesional de la demandante. Dicha circunstancia, si bien podría dar lugar a una recompensa, tal crédito sólo sería exigible al disolverse la sociedad conyugal y no puede, por tanto, hacerse valer como excepción a la acción de precario o como fundamento de un derecho legal de retención, puesto que tampoco hay norma legal que ampare, con ello, esta posible recompensa. Que están en lo cierto los sentenciadores de segunda instancia al sostener que no se puede alegar, para oponerse a la restitución, que el predio sea el hogar familiar mientras no se efectúen las diligencias que la ley ordena y se obtenga una declaración judicial en tal sentido.

C. Suprema, 16 marzo 2000. R., t. 97, sec. 1ª, p. 66 (C. 9º y 10, p. 68 y C. 11, p. 69). F. del M. Nº 496, sent.11ª, p. 164 (C. 9º, 10 y 11, p. 167). M.J. Nº 150 (C. 9º, 10 y 11). L.P. Nº 16599 (C. 9º, 10 y 11).²¹⁶

29. *El derecho que el artículo 133 del Código Civil confiere a los cónyuges no constituye título que justifique la tenencia.* El artículo 133 del Código Civil dispone que “Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo. De ello se desprende “que la circunstancia de haber vivido ambos en el inmueble de la actora, configura una situación de hecho que se ha prolongado para el demandado en ocupación por mera tolerancia de su mujer. De aceptarse 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 (sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia publicada en Fallos del Mes Nº 301, página 740 a 742).

C. Concepción, 26 agosto 2008. M.J. Nº 18270 (C. 5º). L.P. Nº 39682 (C. 5º).²¹⁷

²¹⁶ Acordada con el voto disidente del Ministro señor Sr. Eleodoro Ortiz, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo deducido y, luego de anular el fallo de segundo grado, dictar la respectiva sentencia de reemplazo que revoque el de primera instancia y rechace en todas sus partes la demanda interpuesta. Tuvo para ello presente:

3º (...) Que si bien se encuentra acreditado que la actora adquirió del Serviu el inmueble que reclama y con su patrimonio reservado, es lo cierto que, encontrándose casada con el demandado bajo el régimen de sociedad conyugal, tal dominio ingresará plenamente a su patrimonio sólo en el evento de que, al disolverse ésta, renuncie a los gananciales y opte por dicha propiedad;

4º. Que, mientras no concurra el evento indicado en el motivo anterior, el marido tendrá un derecho de recompensa para hacer valer sobre los bienes de la sociedad conyugal, entre los cuales podría ingresar el inmueble de la mujer adquirido con su patrimonio reservado, por ende, el dominio del mismo no se encuentra total y absolutamente radicado en el patrimonio de la cónyuge;

5º. Que, al no haberlo resuelto de esta manera, los sentenciadores de segundo grado incurrieron en error de derecho en la aplicación de los artículos 1740 Nº 3, 1745 y 1746 del Código Civil, en relación al artículo 2195 del mismo texto legal, y tal infracción ha influido en lo decisivo del fallo en estudio, puesto que, de lo contrario, hubieran tenido que rechazar la demanda en lugar de acogerla en todas sus partes.

30. *El matrimonio como título que justifica la tenencia; artículo 133 del Código Civil . a)* Aunque los cónyuges se hayan casado bajo el régimen de separación total de bienes, vivan actualmente aparte y la casa que el marido ocupa sea de propiedad exclusiva de la mujer, ésta no puede solicitar su restitución mediante la acción de precario que contempla el artículo 2195, inciso 2º del Código Civil. Porque estando las partes unidas en matrimonio no disuelto y conforme a lo dispuesto en el artículo 133 en relación con el 71, ambos del Código Civil, el marido tiene título suficiente y eficaz para oponerse a dicha acción de precario interpuesta en contra suya por su mujer.²¹⁸

²¹⁷ Acordada con el voto disidente del Ministro Sr. Claudio Gutiérrez Garrido quien fue de opinión de revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, rechazar en todas sus partes la demanda, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones:

Cuarta: Que sea como fuere, no cabe duda a este que la presencia del demandado en el inmueble responde a su condición de cónyuge, en régimen de sociedad conyugal, de la actora. Vale decir, el inicio de la detentación por el demandado del inmueble sub lite, tuvo su origen en el hecho de servir dicho inmueble de residencia principal a la familia habida con la demandada. Ello legitima la ocupación e inhibe la acción de precario. En el procedimiento correspondiente podrá discutirse sobre el tema de los derechos sustantivos sobre el bien raíz, cuestión para la que el presente trámite no resulta apto;

Séptima: ...En efecto, si bien es cierto que se encuentra acreditado que la actora adquirió del Serviu el inmueble que reclama y con su patrimonio reservado, no lo es menos que, encontrándose casada con el demandado bajo el régimen de sociedad conyugal (hecho no controvertido), tal dominio ingresará plenamente a su patrimonio sólo en el evento de que, al disolverse ésta, renuncie a los gananciales y opte por dicha propiedad;

Octava: Que mientras no ocurra el evento indicado en el fundamento precedente, el marido tendrá un derecho de recompensa para hacer valer sobre los bienes de la sociedad conyugal, entre los cuales podría ingresar el inmueble de la mujer adquirido con su patrimonio reservado, por lo tanto, el dominio del mismo no se encuentra total y absolutamente radicado en el patrimonio de la cónyuge.

²¹⁸ Acordada con el voto del Ministro señor Ricardo Gálvez, quien estuvo por revocar la sentencia aludida en cuanto a su declaración cuarta, por rechazar las excepciones opuestas y por dar lugar a la demanda de fs. 4, teniendo presentes para ello los motivos primero a decimoctavo del fallo en alzada, y los siguientes razonamientos:

a) Que se ha dejado establecido fehacientemente en primera instancia que el demandado ocupa materialmente el bien raíz cuya restitución se solicita (considerando 9º), que dicho inmueble es de propiedad de la actora (considerando 15), que las partes están casadas bajo régimen de separación total de bienes (considerando 9º), y que tenían su hogar común en la casa reclamada hasta producirse separación de hecho (considerando 18);

b) Que, según lo recién expuesto, el bien en cuestión es ajeno al demandado, pues pertenece en dominio exclusivo a su cónyuge, la que puede usar, gozar y disponer de él a su arbitrio;

c) Que no se ha acreditado en autos la existencia de un contrato previo entre las partes –respecto al inmueble de que se trata– que diga relación directa con su tenencia por parte del demandado, como tampoco de alguno que la justifique;

d) Que, en efecto, no existen capitulaciones matrimoniales que aludan a la propiedad de Padre Hurtado 1427, ni se ha acompañado prueba –aun siquiera insinuado su existencia– relativa a alguna otra convención posterior en tal sentido;

e) Que uno de los efectos del matrimonio es el de dar nacimiento a las obligaciones del marido que contempla el artículo 133 del Código Civil, y en la medida que éstas tengan una repercusión patrimonial deben naturalmente gravar a dicho cónyuge, pero nunca a la mujer. Es así que si el marido debe recibir a la mujer en su casa, pesa precisamente sobre él la carga de establecer un hogar común, y no puede trasladarla a su cónyuge como se pretende en la presente causa, mediante el recurso de imponer un verdadero gravamen a un bien raíz de ésta;

f) Que la circunstancia de haber vivido ambos en el inmueble de la actora no constituye para el marido 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 su mujer, y que se inició en iguales términos según se ha visto;

g) Que de aceptarse la tesis contraria a lo recién expuesto 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;

h) Que, por otra parte, es útil recordar que la exigencia establecida en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil

C. Santiago, 30 mayo 1983. R., t. 80, sec. 2ª, p. 47 (C. 8º, p. 49).

b) De conformidad a lo prescrito en los artículos 131 y 133 del Código Civil, los cónyuges están obligados a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, y ambos tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo. Como las partes son cónyuges y el inmueble cuya restitución solicita la actora tiene la calidad de hogar común, se debe necesariamente concluir que no concurre uno de los presupuestos de hecho que permite demandar de precario a su marido, y obtener que se lo lance con el auxilio de la fuerza pública, en el evento que no haga restitución voluntaria de la propiedad.

C. Santiago, 6 mayo 2009. G.J. Nº 347, p. 154 (C. 3º, p. 154). L.P. Nº 42100 (C. 3º).

c) Resulta obvio que la actora tenía pleno conocimiento, a la época en que compró la propiedad, que ésta estaba ocupada por la demandada en su calidad de cónyuge del vendedor. Que, en consecuencia, la ocupación de la propiedad por parte de la demandada tiene su origen en el derecho que le asiste a aquella según el inciso 3º del art. 133 del Código Civil vigente a la fecha en que se adquirió la propiedad según el cual "la mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa", lo que confirma, con mayor fuerza al actual art. 133, reemplazado por la Ley Nº 18.802 de 9 de Junio de 1989, al disponer el "derecho" y el deber de ambos cónyuges a vivir en el hogar común. Que de lo antes expuesto se deduce en forma inobjetable que la demandante no pudo ignorar la ocupación de la propiedad por parte de la demandada toda vez que de ello se deja constancia en la escritura por la cual compró la propiedad. Tampoco concurre el otro elemento disyuntivo como lo es el que se ocupe una propiedad por condescendencia, o gracia de su dueño, puesto que el derecho a vivir en la casa del marido o en el hogar común no puede transformarse en mera tolerancia de parte del nuevo dueño.

C. Suprema, 26 agosto 1998. F. del M. Nº 477, sent. 19ª, p.1354 (C. 12, 14 y 15, p. 1361).

31. *El derecho que el artículo 133 del Código Civil confiere a los cónyuges no constituye un título que justifique la tenencia de un inmueble de propiedad de un tercero.* Que se encuentra establecido en la sentencia, como hechos de la causa, que la demandante es dueña de la propiedad; que la demandada la ocupa y que, además, no acreditó un título que justifique su tenencia; pues, el derecho que está establecido en el artículo 133 de Código Civil, sólo puede hacerlo efectivo la demandada respecto de la persona de su cónyuge y mientras cohabiten.

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;

i) Que, finalmente, por los motivos indicados en los considerandos decimocuarto y decimoquinto de primera instancia, carecen de fundamento las excepciones subsidiarias opuestas por el demandado a fs. 9. A ello debe agregarse en primer lugar que –aun en el caso de ser efectivo que pagara parte del préstamo obtenido por la señora Queirolo– lo único que tendría el señor Vender respecto de la actora sería un crédito personal, muy diferente de los derechos contemplados en el artículo 669 del Código Civil; y en segundo término, las pretendidas excepciones debieron formularse en todo caso mediante demanda reconvenzional, para que los aludidos derechos pudieran haber tenido la posibilidad procesal de ser declarados;

j) Que las razones del disidente para votar por la revocatoria están basadas, además, en lo que disponen los artículos 102, 133, 152, 159, 582, 714, 1446, 1698, 1700, 1715, 1720 y 2195 del Código Civil.

C. Suprema, 8 julio 1998. G.J. N° 217, p. 66 (C. 3°, p. 67). L.P. N° 15380 (C. 3°).

32. *Tenencia precaria del marido que, después de declarada la nulidad del matrimonio, ocupa materialmente un inmueble, que la mujer adquirió con su patrimonio reservado, renunciando oportunamente a los gananciales.* Probado que el inmueble que detenta materialmente el marido después de declarada la nulidad del matrimonio, lo adquirió la mujer, durante la sociedad conyugal, con su patrimonio reservado y que renunció a los gananciales al disolverse aquella sociedad, debe darse lugar a la acción de precario intentada por la mujer si el marido no prueba que la ocupación referida la efectúa en virtud de un vínculo contractual con la demandante y no por ignorancia o mera tolerancia de la misma.

En todo caso, la decisión de fondo que se dicta en el juicio de precario no impide que se discuta en causa de lato conocimiento o de carácter arbitral cualquiera situación o pretensión relacionada con la sociedad conyugal habida entre las partes durante la vigencia del matrimonio.

C. Suprema, 11 agosto 1980. F. del M. N° 261, sent. 7ª, p. 242 (C. 1° a 11, pp. 244 a 246).

33. *La declaración de bien familiar que después es subastado no sirve de título que justifique la tenencia.* La pérdida del dominio de un bien familiar produce *ipso facto* la desafectación del carácter de bien familiar, puesto que no resulta jurídicamente aceptable que se mantenga tal calificación si el respectivo bien ha dejado de ser propiedad de alguno de los cónyuges, situación que consecuentemente es la que se produjo en relación con el inmueble que se adjudicó y adquirió la actora en el respectivo remate judicial. Que de lo razonado y concluido en los fundamentos precedentes, se sigue como lógica consecuencia que la demandada de autos carece de título para detentar o perseverar en la tenencia del inmueble reclamado y, por ende, los jueces del fondo no han incurrido en ninguna infracción de ley al sostener que la demandada ocupa el bien de propiedad de la actora por su mera tolerancia, haciendo por ello lugar, con la concurrencia de las demás exigencias legales, a su demanda de precario.

C. Suprema, 19 junio 2007. M.J. N° 10205 (C. 7° y 8°). L.P. N° 36521 (C. 7° y 8°).

34. *Relación matrimonial y filial no es título válido para ocupar un inmueble propiedad de la mujer.* La relación matrimonial y filial no es título válido para ocupar el inmueble de que se trata, por lo que, acreditado que la demandante es dueña del bien raíz cuya restitución se solicita, debió acogerse la demanda de precario en contra de su marido y de su hijo que ocupaban la propiedad por su mera tolerancia, y al no hacerlo así, incurren en falta los jueces que confirman la sentencia que negó lugar a la demanda.

C. Suprema, 14 julio 1993. F. del M. N° 416, sent. 6ª, p. 454.

35. *Relación filial como título que justifica la tenencia.* a) No concurre el elemento del precario constituido por la falta de título e ignorancia o mera tolerancia del dueño de la cosa si en la especie la demandada ocupa la propiedad con sus hijos, que, a su vez, son medios hermanos del hijo de la actora y todos ellos son herederos del padre común, según auto de posesión efectiva de sus bienes dictado a su fallecimiento.

C. Suprema, 4 enero 1973. R., t. 70, sec. 1ª, p. 1.

b) Al contestar la demanda, la demandante sostuvo que se encuentra ocupando el inmueble de que se trata en su calidad de madre de sus tres hijos naturales del causante, quien a su vez habría cedido derechos hereditarios a la demandante, en el año 1995, cedente que falleció en 1996. La demandante no impugnó como falsas o inexactas las afirmaciones de aquélla en orden al título de parentesco en virtud del cual detentaba materialmente la propiedad reclamada, de manera que no se da en la especie la mera tolerancia que particulariza a la acción de precario invocada por la demandante, por lo que, no concurriendo entonces los presupuestos del artículo 2195 del Código Civil –conclusión a la que esta Corte arriba luego de apreciar en conciencia los antecedentes–, la demanda de precario deducida en autos ha de ser desestimada.

C. Santiago, 29 marzo 2000. L.P. N° 20868 (C. 2° y 3°).

c) No se encuentra en posesión del predio por mera tolerancia o ignorancia del comodante el demandado que ha acreditado ser hijo de una de las personas a quienes el Fisco demandante concedió título gratuito sobre el inmueble y que, además, posee contra la voluntad del actor, según emana de querrela de restitución tenida a la vista.

C. Suprema, 3 diciembre 1990, G. J., N° 141, sent. 7ª, p. 34. (igual revisar si corresponde y mantener el mismo en el 12 de voluntad contrariada)

36. *Avanzado estado de las negociaciones de un contrato de compraventa, como título que justifica la tenencia.* a) Se acredita que las partes del juicio consintieron en la compraventa del retazo objeto de este juicio, aunque no llegaron a perfeccionar dicho contrato por renuencia del vendedor; pero que, no obstante, el estado de las negociaciones se encontraba lo suficientemente avanzado para entender que fue en virtud de ellas que el demandado ocupó el terreno cuya restitución ahora se le demanda.

C. Suprema, 6 julio 1998. F. del M. N° 476, sent. 9ª, p. 1058 (S. de reemplazo, C. único, p. 1063).

b) El predio materia de este juicio no se encuentra ocupado por mera tolerancia de su dueño, ya que la permanencia del demandado en él se debe a las conversaciones que se ha mantenido respecto de la eventual venta del predio, y respecto de la cual la demandante ha recibido diferentes sumas de dinero a cuenta del precio.

C. Valdivia, 7 diciembre 2010. L.P. N° 47007 (C. 5°).

37. *Promesa de compraventa que no cumple con los requisitos legales como título que justifica la tenencia; manifestación positiva de consentimiento.* El documento acompañado por el demandante no reviste los caracteres propios de un contrato de promesa contemplados en el artículo 1544 del Código Civil, mas, éste representa una manifestación positiva de consentimiento, una convención o acuerdo de voluntades, que le confiere a la tenencia del demandado un fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante y la hace incompatible con la

situación de hecho simplemente soportada, permitida, sufrida o tolerada, propia de la figura de precario contemplada en el artículo 2195 inciso 2º del Código Civil, que junto con explicar el motivo de la ocupación elimina la posibilidad de un estado de ignorancia o mera tolerancia a este respecto del dueño.

C. Puerto Montt, 15 abril 2002. G.J. N° 276, p. 56 (C. 4º, p. 61).

38. *El contrato de promesa no es título que justifique la tenencia.* a) Si queda establecido como hecho de la causa que el demandado ocupa, sin título alguno, la propiedad cuya restitución se le exige y que no es dueño ni arrendatario de ella, el carácter de prometiende comprador que invoca no puede autorizarlo para tal ocupación. Y ello porque el carácter jurídico del comodato en que se apoya la acción y el de la promesa con que se le ataca, son ante la ley completamente diversos: el comodato es por naturaleza gratuito, no así la promesa, la cual, aunque obliga al prometiende a cumplirla, no faculta al comprador para ocupar *motu proprio* la cosa, mientras esa obligación, concluida su disputa, no sea judicial y definitivamente declarada.

C. Santiago, 31 julio 1959. R., t. 56, sec. 2ª, p. 55.

b) El contrato de promesa de compraventa no es un título traslativo de dominio ni constituye un acto de disposición; sus efectos jurídicos sólo originan una obligación de hacer: la de celebrar el contrato prometido. De él emanan únicamente derechos personales y no reales. De lo expuesto se infiere que si la actora en un juicio precario acredita la calidad de dueña del inmueble reclamado y el demandado se excepciona invocando el contrato de promesa, procede acoger la demanda, pues el demandado no ha podido ocupar el inmueble mientras la obligación de firmar el contrato no haya sido declarada judicialmente en otro proceso.

C. San Miguel, 7 agosto 1981. R., t. 78, sec. 2ª, p. 116.

39. *Promesa de compraventa como título que justifica la tenencia; entrega anticipada.* a) La promesa de compraventa (como toda promesa de celebrar un contrato) sólo envuelve una obligación de hacer, en los términos contemplados en el artículo 1554 del Código Civil, mas no constituye de por sí un título habilitante, como contrato, que justifique la tenencia de la cosa con la aquiescencia del dueño; sin embargo, es perfectamente posible que la promesa vaya aparejada de la entrega de la cosa, sea porque así se ha estipulado, o porque existe un contrato de mera tenencia (generalmente, arrendamiento), o porque las circunstancias del caso lo demuestran. En el primer caso, la tenencia ejercida por el demandado no es precaria sino contractual.

C. Temuco, 24 septiembre 1996. R., t. 93, sec. 1ª, p. 159 (C. 4º, p. 160). M.J. N° 870 (C. 4º).

b) Establecido como hecho de la causa que el demandado no ocupa el bien raíz sin título alguno y tampoco por ignorancia o mera tolerancia del dueño, sino en razón de las vinculaciones jurídicas que median entre las partes originadas por una promesa de compraventa celebrada entre ellas y en cuya virtud la sociedad demandante recibió parte del precio y autorizó al demandado para ocupar de inmediato el bien raíz, no puede calificarse como comodato precario la situación. Esta nació de un acuerdo de voluntades y no de

ignorancia o mera tolerancia del dueño de la propiedad cuya restitución se pretende.

C. Suprema, 31 julio 1973. R., t. 70, sec. 1ª, p. 47.

c) En determinada escritura pública de promesa de venta se dejó constancia de que la promitente compradora se encuentra en tenencia material del predio objeto del contrato, que le fue entregado anticipadamente por el promitente vendedor.

En esta situación, no puede prosperar la demanda de comodato precario contra la referida poseedora material del predio, ya que no lo es por ignorancia o mera tolerancia del dueño, sino por la aludida entrega anticipada.

C. Suprema, 29 noviembre 1993. F. del M. N° 420, sent. 14, p. 968.

d) Hecha tal aclaración es menester indicar que en la especie se trata de un comodato que está inserto en un contrato de promesa de compraventa celebrado por la recurrente con el anterior dueño de la propiedad, es así como de la cláusula sexta de la referida convención se desprende que la promitente compradora se dio por recibida materialmente del inmueble al momento de celebrar la aludida promesa el 7 de mayo de 1991, vale decir, con anterioridad a la fecha de interposición del presente libelo y no se ha demostrado que ocupe la propiedad por mera tolerancia o ignorancia del dueño. En razón de ello es que la acción de precario no ha podido bajo ningún respecto prosperar.

C. Suprema, 29 diciembre 1997. F. del M. N° 469, sent. 4ª, p. 2185 (C. 5°, p. 2188). G.J. N° 210, p. 23 (C. 5°, p. 29). L.P. N° 14948 (C. 5°).

e) Las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa de dicho bien raíz ordenándose incluso la entrega del mismo a la promitente compradora, y que ésta aun abonó parte del precio siendo todo ello aceptado por el actor quien ahora, no obstante, reclama la restitución del inmueble a través del presente juicio. Que, en efecto la demandada ha probado que entre las partes existió un vínculo contractual que la habilita para ocupar el predio reclamado por el actor y éste es el que emana de la escritura de promesa de compraventa celebrada entre las partes, lo cual excluye la ignorancia o mera tolerancia del demandante. Es más, en virtud de este contrato, el demandante hizo entrega voluntaria a la demandada del inmueble sub lite y no existe nulidad, rescisión ni resolución alguna que pudiera afectarlo.

C. Suprema, 22 mayo 2006. F. del M. N° 533, sent. 26ª, p. 1017 (C. 7°, p. 1021 y S. de reemplazo, C. 2°, p. 1022). L.P. N° 34468 (C. 7° y S. de reemplazo, C. 2°).

40. *Contrato de promesa celebrada con el cónyuge de la ocupante como título que justifica la tenencia.* En el caso en análisis, el título que se ha tenido por bastante para justificar la tenencia del predio por parte de la demandada es el contrato de promesa de compraventa celebrado entre el cónyuge de ésta, como promitente comprador y el actor, como promitente vendedor. Este título reúne las características a que se ha hecho mención precedentemente, por cuanto el ordenamiento le reconoce la virtud de vincular jurídicamente a la tenedora con el predio, de forma tal de situar, a su propietario en posición de tener que respetar esa tenencia, resultando que el título esgrimido le es oponible al demandante dueño inscrito del inmueble, es decir, le

empece, razón por la cual se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación, no resultando ser la presente acción la vía idónea para obtener la pretensión que se contiene en la demanda. En efecto, resulta indiscutible la vinculación entre el actor y el cónyuge de la demandada, relación que ha tenido la virtud de extenderse a ésta última con ocasión del lazo matrimonial que los une y que justifica la permanencia de ésta en el inmueble, lo cual no ha podido ser desconocido por el demandante, quien, por el contrario, ha consentido en dicha tenencia basado sin duda, precisamente en el título invocado, sin que obste llegar a tal conclusión las circunstancias de que la entrega y subsecuente derecho de ocupar y habitar el bien no haya constado por escrito: no haberse suscrito dicho instrumento entre las partes de este litigio o de haberse omitido celebrar el contrato definitivo, más cuando se tiene presente que han transcurrido más de quince años desde la celebración del contrato invocado, convención que, adicionalmente, da cuenta de una fórmula de pago o solución que la demandada intentó justificar con el mérito de los comprobantes agregados. Que, en consecuencia, debe concluirse que la ocupación de la demandada está justificada con el mérito del contrato de promesa de compraventa indicado, de lo cual procede colegir, como corolario, que en la especie no se reúnen los requisitos del artículo 2195 del Código Civil, por cuanto aquélla está provista de un título que justifica su ocupación.

C. Suprema, 26 mayo 2009. G.J. Nº 347, p. 134 (C. 7º, p. 142 y 8º, p. 143). L.P. Nº 42062 (C. 7º y 8º).

41. *Contrato de promesa celebrado con el antecesor en el dominio como título que justifica la tenencia.* a) El demandado probó que el inmueble lo ocupa en virtud de una promesa de compraventa celebrada con los anteriores propietarios, no ha podido prosperar una acción como la impetrada en autos; ya que el demandado detenta la cosa en virtud de un acto jurídico, celebrado con quienes se vincularon jurídicamente con el actual propietario, lo que hace desaparecer la ignorancia o mera tolerancia que exige el artículo citado.

C. Suprema, 20 noviembre 1996. G.J. Nº 198, p. 17 (C. 2º, p. 17).

b) No existe obstáculo jurídico para considerar a un contrato de promesa de compraventa celebrado entre un tercero y el demandado de precario, como un posible título o contrato válido para justificar la ocupación, máxime si, como en el caso sub judice, las partes de la convención estipularon expresamente que la promitente compradora ocupara la propiedad, hipótesis ésta, en que, como apunta el Profesor René Abeliuk, se ha producido un cumplimiento anticipado de la compraventa prometida ("El contrato de promesa", Ediar Editores Ltda., pág. 106). El contrato de promesa representa un fundamento o apoyo jurídicamente relevante para la ocupación de la cosa, siendo ello absolutamente incompatible con la ausencia de todo título, propio de la figura del precario.

C. San Miguel, 4 noviembre 1996. G.J. Nº 197, p. 101 (C. 8º y 11, p. 103). L.P. Nº 23138 (C. 8º y 11).

c) El título que se ha tenido por bastante para justificar la tenencia del inmueble por parte de la demandada está constituido por un contrato de promesa de compraventa celebrado entre ella y la Inmobiliaria –de quien el actual propietario deriva el derecho de dominio respecto del inmueble sub lite–, resultando especialmente pertinente considerar que tanto la promitente vendedora como la demandante de autos son representadas legalmente por la misma persona,

de manera que resulta evidente que la actual propietaria conocía el vínculo contractual. De esta manera el título esgrimido por la demandada resulta oponible a la demandante dueña inscrita del inmueble, esto es, le empece, de forma tal que se encuentran en el imperativo de tolerar la ocupación, por lo que en este punto el fallo recurrido no merece reproche alguno.

C. Suprema, 31 agosto 2010. L.P. N° 45580 (C. 11).

d) El título que esgrime el demandado para justificar la ocupación del predio de propiedad del actor, es el compromiso de venta celebrado con el padre y antecesor en el dominio del actor, con fecha 13 de marzo de 1989, el cual efectivamente vincula jurídicamente al tenedor con el predio, de forma tal de situar a su propietario en posición de tener que respetar esa tenencia. Dicho de otro modo, el título esgrimido resulta oponible al demandante dueño inscrito del inmueble, esto es, le empece, de forma tal que se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación, desvirtuándose de este modo el fundamento del precario opuesto en contra del demandado, por no darse en la especie la tenencia en base a la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor, o gracia de su dueño, por lo que no es posible concluir que la ocupación del inmueble por parte del demandado se deba a mera tolerancia de su actual propietario, debiendo, en consecuencia, desestimarse la pretensión del demandante por no concurrir uno de los presupuestos de la acción deducida.

C. Suprema, 10 noviembre 2009. L.P. N° 42907 (S. de reemplazo, C. 3°).

e) El título que no se tuvo por bastante por los jueces de la instancia para justificar la tenencia del predio por parte de la demandada, es la escritura de promesa de compraventa a que se hizo referencia precedentemente, sin embargo dicho instrumento es suficiente para demostrar que la demandada no ocupa el predio por mera tolerancia de los actores. En efecto, quien celebró la escritura pública de promesa de compraventa, en calidad de promitente vendedor, es antecesor en el dominio del inmueble de los demandantes. Luego, resulta indiscutible la vinculación entre los demandantes y el conviviente de la demandada, relación que ha tenido la virtud de extenderse a ésta última y que justifica la permanencia de ésta en el inmueble, lo cual no ha podido ser desconocido por los actores, quienes, por el contrario, ha consentido en dicha tenencia basada, sin duda, precisamente en el título invocado, más cuando se tiene presente que han transcurrido más de diecinueve años desde la celebración del contrato invocado, convención que, adicionalmente, da cuenta del pago del precio de la compraventa. Que la demandada esgrime como título para justificar la ocupación del retazo del predio de propiedad de los actores, un contrato de promesa de compraventa celebrada entre el antecesor en el dominio del inmueble de los demandantes, como vendedor y el conviviente de la demandada. Que este título vincula jurídicamente al tenedor con el predio, de forma tal de situar a su propietario en posición de tener que respetar esa tenencia.

C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. N° 43036 (C. 14, S. de reemplazo, C. 3° y 4°).

f) El título que se ha tenido por bastante para justificar la tenencia del predio por parte del demandado es la promesa de compraventa de los inmuebles sub iudice, promesa que se inscribió al margen del Registro de Propiedad en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago y en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar correspondiente al año 2000,

inmuebles que la sociedad demandada ocupaba desde la celebración del mencionado contrato, habiendo pagado la promitente compradora una parte del precio al celebrar el contrato y la otra con posterioridad. Este título reúne las características a que se ha hecho mención precedentemente, por cuanto el ordenamiento le reconoce la virtud de vincular jurídicamente al tenedor con el predio, de forma tal de situar a uno de sus propietarios en posición de tener que respetar esa tenencia. Dicho de otro modo, el título esgrimido resulta oponible al demandante, dueño inscrito del inmueble, esto es, les empece, de forma tal que se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación y discutir, sin embargo, ahora, no la tenencia, sino el dominio o posesión de dicho bien.

C. Suprema, 3 septiembre 2008. M.J. Nº 18105 (C. 9º). L.P. Nº 39671 (C. 9º).

g) No puede darse por establecida la mera tolerancia aducida por el demandante en un juicio de comodato precario si el demandado acredita suficientemente que entre dicho demandante y una sociedad cooperativa de viviendas, de la que el demandado era accionista, se celebró un contrato de promesa de compraventa respecto de ciertos terrenos dentro de los cuales estaba comprendido el sitio objeto de la demanda, sitio que el demandado entró a detentar precisamente en su calidad de accionista de la referida cooperativa. Tal conclusión no se altera por la circunstancia de que con posterioridad a la celebración de la promesa el demandado hubiere sido expulsado de esa cooperativa.

Para que el demandado pueda desvirtuar la afirmación del actor de existir mera tolerancia de su parte, no es necesario que pruebe ser dueño de la cosa cuya restitución se demanda en juicio de comodato precario, bastando al efecto que acredite la existencia de algún contrato en cuya virtud haya entrado en la tenencia de dicha cosa.

La circunstancia de que el demandado en su confesión judicial afirme no ser arrendatario, ni prometiente comprador, ni comprador del demandante, no implica que esté reconociendo tener la cosa materia de la acción de comodato precario por mera tolerancia del actor, máxime si consta que en la misma confesión ha explicado el contrato en virtud del cual se encuentra detentando esa cosa, y tal explicación está acorde con lo sostenido por él en el comparendo de estilo y con el mérito de las pruebas rendidas en el juicio.

C. Concepción, 6 abril 1960. R. de D. de la U. de Concepción, año XXVIII, p. 269.²¹⁹

h) Si el demandado de precario exhibe recibos de dinero que entregó a la anterior dueña del terreno en pago de una posible promesa de compraventa, no desconociéndose la entrega de esos dineros, debe concluirse que la demandada no ocupa el predio por mera tolerancia o ignorancia, sino que, en todo caso, existe un principio de derecho que la habilita para esa ocupación, cuyo establecimiento definitivo deberá hacerse por otra vía legal ajena al juicio del precario.

C. Santiago, 20 abril 1983. R., t. 80, sec. 2ª, p. 17 (C. 15, p. 19, al final).

²¹⁹ En voto disidente, el Ministro don Guillermo Novoa opina que la expresión "sin previo contrato" que emplea el legislador en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, al referirse a las formas especiales de precario que esa disposición contempla, implica necesariamente que, de existir algún contrato aducido por el demandado para desvirtuar la mera tolerancia del actor, dicho contrato se haya celebrado precisamente entre el demandante y el demandado y no entre terceros que no sean parte en el juicio de comodato precario.

i) En la especie se trata de un comodato que está inserto en un contrato de promesa de compraventa celebrado por la recurrente con el anterior dueño de la propiedad, es así como de la cláusula sexta de la referida convención se desprende que la promitente compradora se dio por recibida materialmente del inmueble al momento de celebrar la aludida promesa el 7 de mayo de 1991, vale decir, con anterioridad a la fecha de interposición del presente libelo y no se ha demostrado que ocupe la propiedad por mera tolerancia o ignorancia del dueño. En razón de ello es que la acción de precario no ha podido bajo ningún respecto prosperar.

C. Suprema, 29 diciembre 1997. F. del M. N° 469, sent. 4ª, p. 2185 (C. 5°, p. 2188). G.J. N° 210, p. 23 (C. 5°, p. 29). L.P. N° 14948 (C. 5°).

42. *El contrato de promesa celebrado con el antecesor en el dominio no es título que justifique la tenencia.* a) Si es un hecho de la causa que la demandante es dueña del inmueble a que se refiere el juicio y que el demandado ocupa el inmueble por mera tolerancia de la primera y sin previo contrato que emane de la misma, sino que en virtud de una promesa de compraventa 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.

C. Suprema, 6 octubre 1973. R., t. 70, sec. 1ª, p. 71.

b) El contrato de promesa de compraventa celebrado por el antiguo dueño del departamento de la ocupante, no es un título que habilite a ésta para ocuparlo; sólo le da derecho para hacerle a su contratante las exigencias que contempla el artículo 1553 del Código Civil. No existiendo vínculo jurídico entre las partes de este juicio, ya que la demandada de la propiedad constituye precario, procede acoger esta acción interpuesta contra ella.

La alegación de la demandada de haber pagado el precio convenido en la promesa de venta, acompañando al efecto documentos para probarlo, no cabe ponderarlos en esta causa, ya que se refiere a un contrato celebrado con un tercero que no es parte en este juicio.

C. Santiago, 14 marzo 1984. R., t. 81, sec. 2ª, p. 17 (C. 2º y 3º, p. 17).

c) En lo que respecta al recurso en examen, se encuentra establecido como un hecho de la causa, que el demandado ocupa la propiedad materia de la litis, en virtud de un contrato de promesa que celebró con la antecesora del actor en el dominio del inmueble, ello trae como consecuencia que entre el actor y el demandado no existe contrato vinculante que ligue a las partes, vale decir que la demandada carece de contrato o título que justifique respecto del demandante, la tenencia de la propiedad, por lo cual debe entenderse que detenta la cosa sin previo contrato y por mera tolerancia de su dueño, motivo por el cual la demanda fue acogida, en todas sus partes.

C. Suprema, 15 julio 1997. F. del M. N° 464, sent. 3ª, p. 995 (C. 4º, p. 997).²²⁰

²²⁰ Acordada con el voto disidente del Ministro Sr. Efrén Araya quién estimo que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 19 del mismo cuerpo legal, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. En efecto, a juicio del disidente, del texto de la ley se desprende que, para que prospere una acción de precario, es necesario que el actor pruebe que es dueño de una cosa; que el demandado la detenta sin estar legitimado

d) La promesa de compraventa, al ser un contrato, de acuerdo con el artículo 1545 del Código Civil, genera derechos y obligaciones para las partes contratantes y no para terceros, de modo que no es posible oponer dicho acto jurídico a quien no lo ha celebrado, como un título válido para la ocupación de un inmueble. En efecto, aun de aceptarse que la promitente compradora efectivamente le cedió el contrato de promesa al demandado y que dicha cesión fue aceptada por el promitente vendedor, el demandado, como nuevo promitente comprador, tiene el derecho de exigir de su contraparte el cumplimiento de la obligación, que es de hacer celebrar el contrato prometido, pero tal promesa no genera, de ninguna manera, derechos reales, por lo que el actor, dueño del inmueble y que no celebró contrato alguno con el demandado, no le empecen los actos jurídicos que éste haya podido pactar con los antiguos propietarios del bien. Que al decidir el conflicto de autos en la forma señalada en lo expositivo, los jueces del fondo han infringido el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, pues claramente el demandado ocupa el inmueble sin previo contrato y sin título alguno que justifique su permanencia en el lugar. La cesión de derechos celebrada que lo vincularía con el anterior propietario, por más que éste voluntariamente le haya permitido ocupar el inmueble, no puede ser considerado un “previo contrato”, para los efectos de la norma legal recién citada.

C. Suprema, 2 octubre 2000. R., t. 97, sec. 1ª, p. 186 (C. 3º y 4º, p. 187). M.J. Nº 3596 (C. 3º y 4º). L.P. Nº 17435 (C. 3º y 4º).

e) La exigencia del legislador en el sentido de ostentar la mera tenencia sin previo contrato, se refiere a la circunstancia de que el comodatario no debe tener un título o antecedente jurídico que justifique dicha calidad. En este caso, la escritura pública acompañada como título fundante, consiste en una promesa de compraventa de un bien raíz, mediante la cual la sociedad de responsabilidad limitada, se dice dueña de un inmueble, según el considerando primero del contrato, parte de la cual se obliga a vender en el futuro a Silvia Rebeca Yávar Benítez, quien se compromete comprar, pero en, ninguna parte de la escritura se individualiza el bien raíz objeto de la demanda planteada en esta causa, de manera que no puede constituir un título que justifique la mera tenencia. Además, tratándose de una promesa de compraventa respecto de personas y partes que no tienen vínculo alguno con el actor, dicho contrato le es inoponible y no debe producir efectos en su perjuicio, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, que establece el principio conocido por la doctrina y la jurisprudencia, como el efecto relativo de los contratos, en el sentido de que el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones, es vinculante únicamente respecto de las partes que concurren al mismo y no puede por regla general, afectar a terceros ajenos a dichas obligaciones.

C. Antofagasta, 16 mayo 2002. G.J. Nº 268, p. 85 (C. 4º, p. 91).

para ello, por no existir un contrato previo que lo autorice, sin que se requiera que dicho contrato deba emanar del actual dueño de la propiedad y, finalmente que la retención de la cosa ajena sea por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Como está establecido en la sentencia, como hecho de la causa, que el demandado ocupa la propiedad sub lite en virtud de un contrato de promesa de venta, que celebró con el anterior dueño del inmueble, los jueces del fondo han infringido lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, al acoger la demanda de comodato precario.

f) El documento acompañado por la demandada, que da cuenta de una promesa de compraventa que ella habría celebrado respecto del terreno que ocupa, con la antecesora del actor en el dominio del bien demandado, en nada desvirtúa la conclusión consignada en el motivo precedente, puesto que tal documento es ajeno al actor y no acredita a su respecto vínculo contractual alguno con la demandada en relación con el bien de su propiedad cuya restitución reclama.

C. Suprema, 18 mayo 2004. L.P. N° 30200 (S. de reemplazo, C. 3°).

g) La discusión se ha centrado en la existencia del título que justifique la ocupación de las demandadas, y la explicación que los sentenciadores dan para tener por acreditado el título de ocupación respecto de las demandadas, no se ajusta a lo que dispone el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil. En efecto, la suscripción de un contrato de promesa de compraventa, con el anterior dueño del inmueble no constituye título suficiente que pueda esgrimirse respecto del actual propietario del bien, precisamente por el efecto relativo de los contratos, que no pueden oponerse a los terceros que no son parte en los mismos, por lo que debe concluirse que las demandadas no han justificado la ocupación del inmueble con un título suficiente.

C. Suprema, 1 agosto 2007. L.P. N° 36804 (C. 6°).²²¹

43. *Contrato de arrendamiento como título que justifica la tenencia.* a) Si entre el ocupante de la propiedad y el actor existe o existió un contrato de arrendamiento, la ocupación del inmueble por aquél se explica y no se concibe que haya sido o sea por ignorancia o mera tolerancia del demandante, el arrendador.

C. Suprema, 28 mayo 1987. G. J. 1987, t. 83, N° 1, p. 55.

b) En el caso en análisis, el título que se ha tenido por bastante para justificar la tenencia del predio por parte de la demandada es el contrato de arrendamiento. Este título reúne las características a que se ha hecho mención precedentemente, por cuanto el ordenamiento le reconoce la virtud de vincular jurídicamente a la tenedora con el predio, de forma tal de situar a su propietario en posición de tener que respetar esa tenencia, resultando que el título esgrimido le es oponible al demandante, es decir, le empece, razón por la cual se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación, no resultando ser la presente acción la vía idónea para obtener la pretensión que se contiene en la demanda. En efecto, no ha sido discutido que la actora es la administradora de los inmuebles de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, siendo

²²¹ Acordada con el voto en contra de los ministros señores Muñoz y señora Herreros, quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación en el fondo, por estimar que, para acreditar el título en virtud del cual se ocupa una propiedad se puede esgrimir el que origina la ocupación, pues no puede ser de otra manera, como ocurre en la especie, por cuanto ella nace con el convenio privado acreditado en el proceso, que unido a otros elementos de prueba y en especial a la testimonial aludida por la sentencia logra acreditar un título distinto al esgrimido por la actora, de modo tal que correctamente se ha desestimado su pretensión, sin que se incurra en error de derecho al respecto, pues en el caso de autos, además, tal título fue conocido y aludido por la compraventa que origina los derechos de la demandante, sin perjuicio de cualquier rectificación posterior. De esta forma, los errores de derecho sustentados en la infracción del efecto relativo de los contratos no se han configurado e impone el rechazo del recurso.

esta última la que arrendó el inmueble sublime al demandado, de manera que el título que justifica la ocupación emana del actual propietario, quien, en consecuencia, se encuentra vinculado jurídicamente con el tenedor del predio.

C. Suprema, 5 enero 2010.G.J. N° 355, p. 126 (C. 8°, p. 132). L.P. N° 43170 (C. 8°).

c) Debe rechazarse la acción de precario fundada en el artículo 2195 del Código Civil si ha quedado establecido que el demandado ocupa la propiedad arrendada a raíz de un contrato de arrendamiento y que ha cancelado la renta. Además, el título del demandado para seguir ocupando la propiedad subsiste, pues dicha ocupación está ligada a la posibilidad de optar a la venta del inmueble, opción cuyo plazo no se ha cumplido y por lo cual aquel título no ha terminado ni caducado. No cabe entonces dar por finalizada la ocupación y acoger la demanda de precario.²²²

C. Presidente Aguirre Cerda, 20 diciembre 1985. J. N° 31, p. 31, al final (C. 27 a 29, p. 37).

44. *Contrato de arrendamiento celebrado con el antecesor en el dominio como título que justifica la tenencia.* a) Según el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, “constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”. Cualquiera de estos hechos que falte no puede existir el precario recién descrito y no cabe ejercitar la acción correspondiente. Es el caso del tenedor que ocupa la propiedad, no por hecho propio y unilateral de su parte, sino a virtud de un título que deriva de un contrato de arrendamiento legalmente celebrado con el dueño anterior. Este hecho es ajeno al concepto del artículo citado y en el que no concurre la mera tenencia emanada de una ocupación del inmueble que haya sido ignorada o tolerada por el dueño actual.

C. Suprema, 15 diciembre 1972. F. del M. N° 169, sent. 3ª, p. 302.

b) Si el demandado se encontraba ejerciendo la tenencia del objeto *sub lite* en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con el antecesor en el dominio del demandante, o sea, con la persona que vendió a este último la propiedad en referencia, no cabe aceptar la existencia del precario. Porque ese hecho descarta la concurrencia de la mera tolerancia, requisito exigido por el artículo 2195, inciso 2º, del Código Civil para configurar el precario. Es verdad que en la especie el arrendamiento terminó por extinción del derecho del arrendador, pero la ley ha reglado la forma de obtener en estos casos precisos la restitución, otorgando simultáneamente al tenedor determinados beneficios que consagra el artículo 12, inciso 6º de la Ley N° 11.622, reemplazada por la Ley N° 17.600. Por ende, en tales condiciones no se dan los presupuestos que la citada disposición del artículo 2195 señala para que prospere la acción que sobre ella se apoya.

En efecto, al vender el anterior propietario, arrendador del demandado, el inmueble materia

²²² El abogado integrante don Fernando Fueyo L. estuvo, como el juez de primera instancia, en acoger la demanda con efecto restitutorio del inmueble respectivo. En su considerando 18 (p. 42) observa “que en cuanto al contrato de arrendamiento acompañado por el demandado a fojas 15, y no objetado, aquél acredita que el arriendo es consustancial del contrato de trabajo, según su artículo 7º, por lo que ambos se han extinguido a la vez. Por otro lado, otorgado hace veinte años a la fecha, coincide con las expresiones del demandado en tiempo pasado, como algo no vigente durante el comparendo de fojas 7. Por lo mismo, no aparece alegado como título de mera tenencia y sólo se habla de rentas pagadas en otro tiempo y no actualmente”.

del pleito, al demandante, se extinguió el contrato de arrendamiento según las normas de los artículos 1961 y 1962 del Código Civil; sin embargo, por razones de interés social, el legislador ha dispuesto la subsistencia de algunos efectos de dicho contrato, aun en relación con el nuevo propietario que no fue parte en el mencionado contrato de arrendamiento. Dichos efectos, que perduran con posterioridad a la venta de la propiedad, han sido reglados, entre otros preceptos, por los artículos 12 y 14 de la Ley N° 11.622, modificados por la Ley N° 17.600, y mantenidos por el Decreto Ley N° 964, de 1975, actual Ley de Arrendamiento de Predios Urbanos, pudiendo citarse por vía de ejemplo aquel que ordena que el comprador, al pretender la restitución, está obligado a acreditar la plausibilidad de la acción, norma que, como se ve, exige la concurrencia de un elemento esencial para ejercer el derecho y, por tanto, tiene carácter sustantivo. No se trata, pues, de que el nuevo propietario tenga libertad para escoger la acción entre las que la ley contempla dirigidas a obtener la restitución de la cosa, ni que el contrato de arrendamiento le sea inoponible, ya que, en la situación de hecho planteada en autos, el legislador, *de un modo imperativo*, ha creado el ordenamiento jurídico a que debe someterse la materia en cuestión. Esto aparece de manifiesto en el artículo 9° de la Ley N° 11.622, repetido en el Decreto Ley N° 964, en cuanto declara que los derechos que por la misma se otorgan a los detentadores de esos inmuebles son irrenunciables. Siendo así, no procede sino aceptar que se trata de normas de orden público, no pudiendo, por ende, eludirse su aplicación.

C. Suprema, 12 mayo 1975. F. del M. N° 198, sent. 3ª, p. 39 (C. 4° y 5°, pp. 40-41). R., t. 72, sec. 1ª, p. 46 (C. 4° y 5°, pp. 48-49).

c) El propietario actual del inmueble no puede entablar la acción de precario contra el arrendatario del antiguo dueño y que continúa ocupando el bien raíz. Aunque el comprador de la especie no está obligado a respetar el contrato celebrado con su antecesor en el dominio por habersele transferido este derecho a título oneroso y por no constar el actual arriendo por escritura pública y por haber expirado el contrato en virtud de la extinción del derecho del arrendador (C. Civil, arts. 1962, N° 2° y 1950, N° 3°), debe seguir, para recuperar la cosa, el procedimiento señalado por el artículo 604 del Código de Procedimiento Civil²²³ en relación con el Decreto Ley N° 964, de 1975, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de ese año.²²⁴

No cabe aplicar, en el caso de que se trata, el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil, ya que el uso y goce y la consiguiente tenencia del inmueble ajeno provienen, según se ha acreditado, del contrato celebrado entre el demandado y el anterior dueño del predio. Y si bien el actual propietario no tiene obligación de respetar ese contrato por encontrarse terminado, también es verdad, por las razones expuestas, que no le asiste el derecho impetrado ni constituye la manera como debe hacerse valer en juicio.

C. Suprema, 20 enero 1977. F. del M. N° 218, sent. 9ª, p. 348 (C. 3° y 4°, p. 349).²²⁵

²²³ Código de Procedimiento Civil, art. 604, inc. 1°: "El procedimiento establecido en este párrafo (*Del desahucio, del lanzamiento y de la retención*) se observará también cuando se exija la restitución de la cosa arrendada por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arrendamiento o por la expiración del derecho del arrendador".

²²⁴ Este Decreto Ley N° 964 es el que regulaba el arrendamiento de bienes raíces urbanos, hoy Ley 18.101.

²²⁵ Esta sentencia fue acordada contra el voto del Ministro señor Rafael Retamal. Sostenía éste que en la causa procedía aplicar el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil. Porque acreditado por el demandante el dominio sobre el predio ocupado por el demandado y probado que ningún vínculo existió entre aquél y éste, correspondía acoger la demanda de precario, pues la sola permanencia del demandado en el predio del actor importa, hasta la presentación de la demanda, tolerancia de éste.

El fallo de mayoría fue pronunciado por los miembros del tribunal señores Osvaldo Erbeta, Emilio Ulloa, Luis

d) No procede la acción de restitución fundada en el precario, o sea en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, deducida por el actual dueño del inmueble en contra de la persona que lo detenta por haber celebrado un contrato de arrendamiento con el dueño anterior. Es verdad que entre el actual dueño y el ocupante de la propiedad no hay vínculo jurídico alguno; pero la mera tenencia de aquél no deriva de una ocupación del inmueble por ignorancia o mera tolerancia de éste (supuesto del precario del inc. 2º del art. 2195), sino de un título nacido de un contrato de arrendamiento. Tal contrato termina por la venta del inmueble arrendado hecha por el arrendador, que extingue el derecho del mismo (C. Civil, art. 1950, inc. 3º). La acción de restitución para la cual está legitimado el nuevo dueño es la que corresponde al procedimiento que para el caso señala el artículo 604 del Código de Procedimiento Civil, corroborado, además, por el artículo 14 de la Ley N° 11.622.

C. Suprema, 5 diciembre 1972. F. del M. N° 169, sent. 3ª, p. 302 (C. 6º a 8º, pp. 303-304).

e) El demandado acreditó que había recibido el predio, en arrendamiento, de un tercero que antecedió al demandante en el dominio del inmueble; que, en consecuencia, resulta errónea la conclusión de los jueces del fondo, cuando de tal circunstancia presumen la mera tolerancia del dueño, sobre todo si se ha tenido por cierto que el actor conocía la existencia del contrato, pues si bien tal contrato de arrendamiento es inoponible como fuente de obligación para el actor, no lo es menos que su expiración ha operado por la extinción del derecho del arrendador, de conformidad a lo preceptuado por los artículos 1950 N° 3 y 1961 del Código Civil, de modo que la sola extinción del derecho del arrendador no priva de título a la tenencia del demandado, ni substituye el contrato por la mera tolerancia, correspondiendo al actor demandar la restitución del predio afectado por la referida expiración del arriendo mediante un procedimiento distinto al de autos, en el cual, el demandado podría hacer valer los derechos que creyera asistirle. el artículo 2195 del Código Civil exige, para configurar el precario, que la ocupación no tenga otro título que la ignorancia o mera tolerancia del dueño; en la especie, no se acreditó tal circunstancia, sino por el contrario, que tal ocupación estaba justificada por un contrato de arrendamiento anterior que habilitaba al demandado como mero tenedor de la finca; en consecuencia, el acogimiento de la demanda ha importado un error de derecho, pues se ha tenido por establecida la existencia de un precario, en circunstancias que no se reunían los requisitos exigidos por el citado artículo 2195.

C. Suprema, 11 enero 1999. F. del M. N°482, sent. 11, p. 2914 (C. 2º y 3º, p. 2915). G. J. N° 223, p.93 (C. 2º y 3º, p. 95). L.P.N° 15722 (C. 2º y 3º).

f) En el caso de autos, el título que se ha tenido por bastante para justificar la tenencia del predio por parte del demandado es el arrendamiento del inmueble sub judice. Este título reúne las características a que se ha hecho mención precedentemente, por cuanto el ordenamiento le reconoce la virtud de vincular jurídicamente al tenedor con el predio, de forma tal de situar al propietario en posición de tener que respetar esa tenencia. Dicho de otro modo, el título esgrimido resulta oponible al demandante, dueño inscrito del inmueble, esto es, le empece, de

forma tal que se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación y discutir en otro procedimiento su terminación.

C. Suprema, 8 julio 2010. G.J. N° 361, p. 82 (C. 10, p.85). L. P. N° 45070 (C. 10).

g) Establecido que los actuales dueños deben respetar el arrendamiento que con sus antecesores celebró por escritura pública el ocupante del inmueble, no cabe la acción de precario. Si a la fecha subsiste o no el arrendamiento, no es asunto que influya de algún modo en la causa en que erróneamente se ha promovido la acción de precario que corresponde rechazar por falta de existencia real. Tal asunto sólo será relevante en el juicio adecuado en que, discutiéndose sobre la base del arrendamiento, deberá resolverse si el demandado tiene que restituir el inmueble, por hallarse vencido el plazo del arriendo y haberse manifestado la intención de no renovarlo (de acuerdo con exigencia del referido contrato), o si puede todavía conservarlo por haberse producido la renovación.

C. Santiago, 29 mayo 1970. R., t. 67, sec. 2ª, p. 63 (C. 5º a 7º, pp. 64-65).

45. *El contrato de arrendamiento celebrado con el antecesor en el dominio no es título que justifique la tenencia.* a) Procede la acción de comodato precario deducida por el comprador de un inmueble en contra de la persona que lo detenta en virtud de un arrendamiento que tenía celebrado con el vendedor y anterior dueño.

C. Santiago, 14 enero 1957. R., t. 54, sec. 2ª, p. 21.

b) Para que un contrato de arrendamiento pueda enervar la acción de precario del inciso 2º 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. En consecuencia, procede acoger la acción de precario deducida por el actual dueño del inmueble en contra del ocupante que deriva su tenencia de un contrato que afirma haber celebrado con el propietario anterior.

C. Suprema, 9 septiembre 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 264.

c) Para que pueda enervarse la acción de comodato precario en mérito de un contrato de arrendamiento, es menester que éste emane del dueño de la cosa y no del propietario anterior.

C. Arica, 2 mayo 2002. L.P. N° 24843 (C. 2º).

46. *Contrato de arrendamiento celebrado con un tercero como título que justifica la tenencia.* a) El demandado ha hecho valer su calidad de arrendatario del inmueble reclamado, o sea, un contrato, y nada importa que este contrato se haya celebrado con el dueño o con otra persona. Esta conclusión fluye no sólo del propio tenor literal del artículo 2195 inciso 2º del Código Civil, sino, también de su sentido gramatical, por lo que la tenencia del inmueble por el arrendatario no cabe calificarla como precario.

C. Santiago, 9 enero 1995. R., t. 93, sec. 2ª, p. 4 (C. 2º, p. 5). M.J. N° 1550 (C. 2º).

b) En la especie, el contrato de arrendamiento hecho valer por el demandado, es sin duda idóneo para servir de título justificativo de la tenencia del inmueble, contrato que celebró con una hermana del causante, con anterioridad a la fecha en que se inscribiera en el registro conservatorio respectivo, el auto que otorgó a las demandantes la posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento del causante aludido. Que, habiendo acreditado legalmente el demandado que se incorporó al terreno materia de la disputa en virtud del contrato de arrendamiento ya citado, esto es, de un acto jurídico debidamente comprobado en su existencia, naturaleza y estipulaciones, no resulta admisible sostener que esa tenencia provenga o emane de una mera situación de hecho, simplemente soportada, permitida o sufrida por otras personas. En concepto de los sentenciadores, la convención invocada constituye un fundamento o apoyo jurídicamente relevante para la ocupación de la cosa, lo que resulta incompatible con la ausencia de todo título, propia de la situación de "precario". Que, por lo expuesto, ha de declararse que el demandado ya individualizado no ocupa el inmueble por mera tolerancia de quien se transformó en dueño del mismo con posterioridad al inicio de la ocupación.

C. San Miguel, 18 junio 2002. G.J. N° 264, p. 108 (C. 6°, 9° y 10, p. 109).

c) El demandado detenta la propiedad, en virtud de un contrato de arrendamiento, válidamente celebrado, cuyo arrendador a la fecha de otorgamiento del aludido convenio era el legítimo cesionario de los derechos que le asistían a la actora como asignataria de la vivienda y como tal estaba facultado plenamente para dar en arriendo el citado inmueble. De lo que se sigue que el arrendatario celebró un contrato de arrendamiento de buena fe con la persona que a esa fecha ostentaba la calidad de titular de los derechos de asignación del bien raíz y no se ha demostrado en autos que tuviera conocimiento ni vínculo alguno con la actora, por lo que el título que detenta no dimana de la mera tolerancia de aquélla, sino que éste proviene de un conducto diverso, que es justamente el citado convenio celebrado con el cesionario que lo habilita para ocupar la referida propiedad, de modo que no se dan en la especie los requisitos que hagan procedente el acogimiento de la acción deducida.

C. San Miguel, 7 agosto 2000. L.P. N°21622 (C. 6°).²²⁶

²²⁶ Acordada con el voto disidente del Ministro señor Blanco, quien estuvo por confirmar la sentencia de primer grado, que acogió la demanda, teniendo en cuenta para ello, además de los fundamentos que en dicho fallo se exponen, los siguientes argumentos:

1º) Que el contrato de arrendamiento que acompañó el demandado como título habilitante y justificativo de la tenencia del inmueble, por constituir un instrumento privado emanado de terceros que no ha sido ratificado por su otorgante en la litis carece de valor probatorio respecto de la actora, y debe tenerse como si no se hubiere presentado, tal como se ponderó por la Juez a quo en el párrafo segundo del motivo quinto del fallo de primer grado.

2º) Que, en consecuencia, encontrándose fehacientemente establecido en el caso sub examine que el demandado ocupa la propiedad materia de la litis, en virtud de un contrato de arrendamiento espurio celebrado con quien no acreditó ser legítimo cesionario de los derechos que se invocan, lo cual significa necesariamente que entre la actora y el demandado no existe contrato vinculante que ligue a las partes, de lo que se infiere que el demandado carece de contrato o título que justifique respecto de la demandante, la tenencia de la propiedad, por lo que debe entenderse que detenta la cosa sin previo contrato y por mera tolerancia de su dueño, motivo por el cual la acción de precario debió prosperar.

d) La acción de precario fundada en el inciso 2º del artículo 2195 está condenada al fracaso si el tenedor detenta el inmueble en calidad de arrendatario; nada importa que este contrato se haya celebrado con el dueño o con otra persona.

1. C. La Serena, 4 marzo 1960. R., t. 57, sec. 2ª, p. 3.
2. C. Suprema, 22 mayo 1995. F. del M. N° 438, sent. 13ª, p. 398.
3. C. Santiago, 9 enero 1995. R., t. 92, sec. 2ª, p. 4.

e) Que entre los presupuestos de la acción de comodato precario se cuenta que el demandado carezca de fundamento jurídico para ocupar el bien cuya entrega se solicita, lo que en el caso de autos no ocurre, por cuanto ostenta el título que deriva del contrato de arrendamiento celebrado con un tercero, quien a su vez es arrendatario de la Sociedad Limitada y la demandante no ha impugnado la validez de toda esta relación contractual como tampoco ha podido ignorarla, por su prolongación en el tiempo por más de dos años a la fecha de interposición de la demanda, lo que reconocen sus propios testigos, según se indica en el fundamento 11º de la sentencia de primer grado, con lo cual se tiene por establecido que la ocupación de la propiedad por la demandada se efectúa en virtud de título suficiente y con conocimiento de la actora, procediendo, en consecuencia, el rechazo de la demanda y, al no resolver de este modo, los magistrados recurridos cometieron una falta que esta Corte debe enmendar por esta vía disciplinaria.

C. Suprema, 7 agosto 1995. F. del M. N° 441, sent. 11, p. 970 (C. único, p. 975). G. J. N° 182, p. 46 (C. único, p. 46).

47. *El contrato de arrendamiento celebrado con un tercero no es título que justifique la tenencia.* a) Para que pueda enervarse la acción de comodato precario en mérito de un contrato de arrendamiento, es menester que éste emane del dueño de la cosa y no de un tercero que no tiene tal calidad.

C. Suprema, 21 diciembre 1949. R., t. 47, sec. 1ª, p. 36 (C. 6º, p. 41).²²⁷

b) La jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia ha resuelto que "para que un contrato de arrendamiento pueda enervar la acción del comodato precario que se basa en el inc. 2º del art. 2.195 del Código Civil, es necesario que tal contrato obligue al dueño de la propiedad y no a un tercero que no tenga esa calidad" (Corte Suprema. En Fallos del Mes N° 154, páginas 202 y siguientes y en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLVII, segunda parte, sección 1ª, página 36). También se ha fallado que para que el título de ocupación de una propiedad sea

²²⁷ Hay voto de minoría de los Ministros señores Alfredo Larenas y Luis Agüero Pérez y Fiscal don Urbano Marín, quienes opinaron que procede rechazar la acción de comodato precario en mérito de un contrato de arrendamiento no sólo cuando éste emana del dueño de la cosa, sino también cuando el tenedor ha recibido la cosa en virtud de un arrendamiento celebrado con otra persona distinta. Así parece, a juicio de los disidentes, no sólo del propio tenor literal del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, 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 de esa disposición, modificada o delimitada en su significado por la frase complementaria "con el dueño", ni con ninguna otra que no permitiera interpretar ese precepto en el sentido amplio indicado. En el voto minoritario se señala que cuando el tenedor detenta la cosa a virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con otra persona que el dueño, éste no puede interponer acción de comodato precario en contra de aquél, sino dirigirse contra el arrendador, según fluye de los artículos 1916 y 1931 del Código Civil, por una parte, y del contexto de los artículos 700, 725, 889, 895 y 896 del mismo cuerpo de leyes, por otra.

oponible al dueño, éste debe estar obligado a respetarlo, situación que no ocurre en el caso, en que el invocado es una convención existente entre el demandado y un tercero ajeno al juicio, a cuyo nacimiento no concurrió el actor y sin que exista disposición alguna que lo obligue a respetarlo (Corte Suprema. En Fallos del Mes N° 488, página 1.243).

C. Concepción, 8 abril 2005. G.J. N° 303, p. 91 (C. 6°, p. 93). L.P. N° 32757 (C. 6°).

48. *Contrato de arrendamiento celebrado con un tercero como título que justifica la tenencia.* No procede la acción de precario del inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil contra el demandado que ocupa el inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con la persona a quien el actor (Caja de Previsión de Empleados Particulares) entregó dicho inmueble considerando que con ella iba próximamente a realizar una operación de compraventa, aunque a la postre ésta no se efectuara por el fallecimiento del futuro comprador, cuyo heredero persistió en el arrendamiento al demandado. La existencia de este último contrato demuestra que no es exacta la afirmación del demandante de que el demandado ocupa el inmueble por mera tolerancia de aquél, y nada importa que el actor le desconozca valor y oponibilidad al mencionado contrato de arrendamiento. Tampoco tiene trascendencia la alegación de que por el fallecimiento del futuro comprador, sin dejar herederos hábiles para finiquitar la operación, terminó el vínculo jurídico que lo unía con el actor y futuro vendedor. Aunque tal materia, debidamente establecida en derecho con legítimo contradictor, podría tratarse en otro pleito con el demandado, no cabe en el juicio sumario actual por ser ajena al precario.

C. Santiago, 19 octubre 1970. R., t. 67, sec. 2ª, p. 126 (C. 1° a 3°, pp. 127-128).

49. *Contrato de arrendamiento celebrado sobre cosa ajena como título que justifica la tenencia.* Que dicho supuesto no concurre en el presente caso, por cuanto como se dejó establecido en el considerando anterior, la demandada ocupa el inmueble en virtud de un contrato de arriendo, que si bien fue celebrado en la calidad de arrendadora por quien no es la dueña del inmueble es suficiente para enervar la acción invocada en su contra; ya que conforme lo dispone el artículo 1916 inciso 2° del Código Civil, el contrato de arriendo celebrado sobre cosa ajena es plenamente válido y, en consecuencia, es oponible al propietario de la cosa. Este para recuperar las facultades inherentes al dominio, debe intentar las acciones que le confiere la ley, para obtener que se declare judicialmente la terminación de dicho contrato de arriendo y, no la ejercida en los autos en que incide el presente recurso de queja.

C. Suprema, 22 mayo 1995. R., t 92, sec. 1ª, p. 46 (C. 4°, p. 46). F. del M. N° 438, sent. 13ª, p. 398 (C. 4°, p. 399). G. J. N°179, p. 37 (C. 4°, p. 37). M. J. N° 2730 (C. 4°). L.P. N° 13508 (C. 4°).

50. *Contrato de compraventa en que se estipula obligación de transferir el dominio al demandado como título que justifica su tenencia.* De los términos claros y precisos de la escritura pública, aparece que los eventuales precaristas, accedieron al inmueble no por mera tolerancia de los compradores mencionados en dicha escritura y actuales demandantes, sino en virtud de una obligación que, estos contrajeron, de transferir el dominio a dicha entidad deportiva, a la época en que ésta obtuviera su personalidad jurídica. Esta obligación que contrajeron los actores, en la escritura pública, no se condice con una mera tolerancia y por el contrario, permite dar por establecido que los demandados ocupan el inmueble en virtud de un

título, cual es la obligación que contrajeron los actores de transferirles el dominio, una vez obtenida su personalidad jurídica.

C. Valdivia, 31 agosto 1995. L.P. N° 14001 (C. 5°).²²⁸

51. *Contrato de compraventa celebrado con el antecesor en el dominio como título que justifica la tenencia.* En efecto, quien celebró la escritura pública de compraventa pública y cesión de derechos celebrada, es antecesor en el dominio del inmueble de la actora. Lo anterior identifica a la actora con los demandados; puesto que, en su carácter de heredera, ha pasado a ocupar el lugar de aquella en el contrato celebrado con el demandado. "Son partes en un contrato aquellos que concurren a la celebración, personalmente o representados (legal o convencionalmente), pero también son parte, por regla general, y desde el instante del fallecimiento de los contratantes, los herederos o causahabientes a título universal, ya que representan a los contratados según la expresión del artículo 1097 del C. Civil, para sucederles en todos los derechos y obligaciones transmisibles. Los herederos se asimilan a las partes ocupando, a la muerte de éstas, la misma situación jurídica que el causante; de ahí que sea un lugar común señalar que quien contrata para sí, lo hace también para sus herederos" (Jorge López Santa María, Los Contratos, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, página 344) Sabido es que contrato de compraventa general respecto del vendedor dos obligaciones principales: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida", conforme lo expresa el artículo 1824 del Código Civil. La doctrina y la jurisprudencia han expresado que la norma en referencia hace uso de lenguaje con mayor propiedad, puesto que alude a la obligación general de "entrega", que comprende: "1) la de conservar la cosa hasta su entrega; 2) la de responder por los deterioros producidos por el hecho o culpa del vendedor; 3) la de poner la cosa a disposición del comprador, es decir la obligación de entregar propiamente dicha; 4) la de entregarla en el tiempo y lugar convenidos; 5) la de costear los gastos que se hicieren para ponerla en disposición de ser entregada; y 6) la de entregarla con todos sus frutos y accesorios" (Arturo Alessandri Rodríguez. De la Compraventa y de la Promesa de Venta, editorial Jurídica de Chile, año 2003, Tomo I, Volumen 2, página 573 y 574). Efectuada la entrega legal, el comprador, sin duda, tiene la acción personal derivada del contrato para solicitar la entrega material. En el evento que muera el vendedor antes de hacer la entrega legal mediante la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces del título correspondiente, como la tradición exige la voluntad de tradente y adquirente, corresponde que cumplan con esta obligación sus herederos (Alessandri, obra citada, página 682) En el caso de autos el comprador cumplió su obligación de pagar el precio y el vendedor satisfizo parcialmente su obligación de entrega, pues proporcionó la material, pero no la legal mediante la correspondiente inscripción del contrato de compraventa, obligación que era igualmente exigible a su heredera, quien representa a la vendedora. En tales circunstancias correspondía que la heredera del vendedor afrontara y cumpliera la obligación adquirida por ella, lo cual no hizo, todo lo contrario solicitó y obtuvo la posesión efectiva del bien raíz a su nombre y es el que ahora reclaman mediante la interposición de la acción de precario. En consecuencia y para efectos de resolver la acción de precario deducida en autos, el título esgrimido reúne la

²²⁸ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 13 agosto 1996. L.P. N° 14001).

característica de vincular jurídicamente al tenedor con el predio, de forma tal de situar a su propietario en posición de tener que respetar esa tenencia.

C. Suprema, 5 agosto 2009. G.J. N° 350, p. 108 (C. 9°, p. 117). M.J. N° 20767 (C. 9°). L.P. N° 42406 (C. 9°).

52. *Contrato de compra de minerales celebrado con el antecesor en el dominio como título que justifica la tenencia.* No procede la acción de precario entablada por el nuevo dueño de una mina contra el que la ocupa por haber celebrado con el anterior propietario un contrato de compra de minerales *in situ*, que implica dicha tenencia para extraerlos. Es vana la alegación del demandante y actual dueño de que, a su respecto, la tenencia del demandado sólo se funda en la propia mera tolerancia. Porque el artículo 2195 del Código Civil entiende precaria la tenencia de cosa ajena cuando no hay título que la justifique, y es evidente que el mencionado contrato representa un título justificativo de la tenencia en cuestión.

La compraventa de minerales celebrada con la persona que era dueño de la mina a la fecha del contrato, no desaparece por el cambio de dueño y la tenencia basada en ese contrato no se transforma en precaria, como quiera que el tenedor no lo es por ignorancia o mera tolerancia del nuevo dueño, sino por virtud de la contratación con el antiguo.

El problema de si el contrato que otorgó la tenencia de la mina al comprador de minerales *in situ* debe o no ser perpetuamente respetado por el nuevo titular del dominio, es ajeno al pleito en el cual sólo se ha discutido si el demandado tiene título o no para detentar la mina.

Es improcedente alegar el quebranto de las disposiciones legales que preceptúan que los efectos de los contratos sólo se extienden a las partes que los han celebrado (C. Civil, arts. 1438, 1439, 1440 y 1545), pues sobre ellas los jueces de la instancia no han deliberado ni era necesario hacerlo. En efecto, lo pertinente se contraía a decidir si el hecho de la tenencia de la mina por el demandado tuvo origen en un contrato con la persona legitimada para celebrarlo o en la ignorancia o mera tolerancia del dueño, y decidido lo primero, resuelto está que la tenencia no es precaria.

C. Suprema, 10 diciembre 1980. F. del M. N° 265, sent. 8ª, p. 435 (C. 6°, p. 437).

53. *Contrato de compraventa celebrado con un tercero como título que justifica la tenencia.* Si la tenencia que el demandado ejerce sobre el inmueble reclamado es a virtud de un contrato de compraventa (no emanado de los demandantes), mal puede decirse que hay una ocupación sin previo contrato. Mientras dicho acto bilateral no se declare nulo por sentencia judicial, debe reputarse válido y no es lícito privar antes de su tenencia al demandado. Semejante título, aparentemente válido, aleja la posibilidad de que la ocupación en referencia lo sea por la mera tolerancia de alguien.

C. Concepción, 19 mayo 1965. R., t. 62, sec. 2ª, p. 139 (C. 7°, p. 142).²²⁹

54. *Contrato de préstamo como título que justifica la tenencia* Establecido que la tenencia del sitio por el demandado arranca de un préstamo, es decir, de un acuerdo de voluntades, de un

²²⁹ En voto disidente, el Ministro don José Cánovas R. expresa que los actores probaron su condominio; en cambio, el demandado sólo adujo una escritura pública de compraventa no inscrita. Al no haber habido inscripción, la tradición no ha operado ni le ha dado dominio alguno al demandado, el cual no puede invocar el derecho de dominio para su ocupación, la cual, en cambio, por las presunciones graves, precisas y concordantes que se desprenden de los hechos del juicio, lleva a la conclusión que sólo se justifica por la mera tolerancia de los demandantes.

contrato entre las partes, queda desmentido que se deba a la mera tolerancia del demandante y, por ende, debe rechazarse la acción de precario fundada en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil.

C. Concepción, 22 enero 1986. J. N° 33, p. 32 (C. 7º, p. 33).

55. *El contrato de comodato celebrado con el antecesor en el dominio no es título que justifique la tenencia.* Que en la sentencia atacada se hace mención a los elementos del simple precario, y las partes discuten si al efecto se da o no el último de ellos: "ignorancia o mera tolerancia del dueño". Este último, está presente en la especie pues, desde que la sociedad demandante adquiere el inmueble la ocupación que de parte de él hizo la demandada lo es por "mera tolerancia", sin que sea óbice para ello que en un principio haya iniciado su tenencia en virtud de un contrato de comodato celebrado con un antecesor en el dominio del bien raíz en cuestión. Que al resolver como se hace en la sentencia atacada se infringen, cuando menos, los artículos 2195 inciso 2º y 1545 del Código Civil, el primero por falta de aplicación y, el segundo por aplicación indebida. La infracción de este último queda de manifiesto cuando un contrato de comodato, que sólo es ley para las partes que lo suscriben, está siendo impuesto por los jueces de segundo grado a un tercero ajeno, en este caso el demandante.

C. Suprema, 14 junio 1999. G.J. N° 227, p. 65 (C. 3º y 4º, p. 69). L.P. N° 16049 (C. 3º y 4º).²³⁰

56. *Contrato de trabajo como título que justifica la tenencia.* a) Que para que proceda la acción de "precario" es necesario que la ocupación sea por mera tolerancia o ignorancia a lo que se opone la existencia de un fundamento jurídico como lo es el caso de autos la existencia de un contrato de trabajo y la regalía de la casa, situación que el demandante, atendido los procesos en que ha sido parte, no ha podido ignorar.

C. Suprema, 22 agosto 1996. G.J. N° 194, p. 35 (S, de reemplazo, C. 14, p. 40).

b) La tenencia de un bien raíz entregado en virtud de un contrato de trabajo a plazo fijo y para el solo efecto de su cuidado, se constituye en precario por el solo término del contrato, debiendo el demandado restituir la propiedad.

Aun en el caso de que estuviera vigente el contrato referido, no lo habilita para oponerse a la acción de precario interpuesta, ya que se trataría de un contrato que sólo produce sus efectos en la relación laboral entre empleador y empleado, sin tener efecto jurídico para establecer una relación contractual como modo de crear obligaciones.

C. Suprema, 19 abril 1994. F. del M. N° 413, sent. 4ª, p. 126.

²³⁰ Acordada con el voto disidente del Ministro señor Carrasco y abogado integrante señor Castro, quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación de que se trata, porque a su juicio la autorización para ocupar el terreno de que se trata, por el término de siete años, prorrogables automática y anualmente, en forma sucesiva, si razones técnicas así lo aconsejaban, contrato conocido por la actora, es el origen de la ocupación del terreno con lo que queda en claro que en la especie no se dan los presupuestos necesarios para la procedencia del precario en que se sustenta la demanda.

57. *Contrato celebrado antes de la subasta del inmueble como título que justifica la tenencia.* La demanda de comodato precario interpuesta por quien subastó el inmueble en una ejecución debe rechazarse si el ocupante demandado acredita su tenencia en virtud de un contrato celebrado válidamente con el ejecutado antes de la subasta.

C. Santiago, 17 julio 1963. R., t. 60, sec. 2ª, p. 101.

b) Basta que el demandado de precario en virtud del artículo 2195, inciso 2º, del Código Civil tenga la tenencia de terreno que ocupa basado en un contrato válidamente celebrado con el antecesor del subastador, para que, acreditado ese hecho, no pueda prosperar dicha demanda.

C. Santiago, 9 agosto 1986. J. Nº 36, p. 27.

58. *El contrato inválido equivale a la falta de contrato y autoriza la acción de precario.* Al decir el Código que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato, debe entenderse, *a contrario sensu*, que si existe un contrato válido amparador de la tenencia de esa cosa ajena, desaparece uno de los presupuestos del precario y, lógicamente, si el contrato celebrado no produce obligaciones, el tenedor carece de contrato previo para justificar la tenencia.

C. Suprema, 18 junio 1975. F. del M. Nº 199, sent. 6ª, p. 96.

59. *El demandado que detenta un inmueble vendido por el actor por escritura pública a la cual falta la autorización del notario, no es poseedor, sino mero tenedor.* a) Si el demandado tiene en su poder un inmueble vendido por el actor, y aunque éste haya recibido parte del precio, no hay compraventa en caso que la escritura pública respectiva no se haya perfeccionado por falta de autorización del notario. No hay posesión regular, porque el título invocado es jurídicamente inexistente y no se ha efectuado la tradición por inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, sin que baste la entrega material que hizo el vendedor para convertir al demandado en poseedor de buena fe y justo título. En consecuencia, el demandado carece de título para ocupar dicho inmueble y es simple tenedor de éste.

Esa escritura pública, firmada por las partes, pero que el notario dejó sin efecto por falta de comprobantes, es un título ineficaz y, por ende, mal puede servir de base para enervar la acción de comodato precario iniciada por quien lo suscribe como vendedor, en contra de quien aparece como comprador y ocupa materialmente el inmueble, alegando ser dueño de éste por haber pagado el precio según reza la escritura citada.

C. Concepción, 19 abril 1955. R. de D. de la U. de Concepción, año XXIII, p. 337 (C. 9º, 13 y 14, pp. 347-348). R., t. 52, sec. 2ª, p. 11.

b) El proyecto de escritura pública, no puede ser considerado como instrumento público, en los términos que lo define el artículo 1699 del Código Civil, ni, por lo mismo, puede asignársele el mérito probatorio que prescriben los artículos 1700, 1701, 1706 y 1707 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, ese proyecto de escritura, en esas condiciones, no constituye un título jurídicamente eficaz para justificar el vínculo entre demandada y bien. En este contexto, el título mencionado en el primer párrafo de este fundamento e invocado en el fallo objeto del recurso,

no reúne las características a que se ha hecho mención en los motivos cuarto y quinto precedentes, por cuanto el ordenamiento no le reconoce la virtud de vincular jurídicamente a la tenedora con el predio o con la dueña de éste, de forma tal de situar a esta última en posición de tener que respetar esa tenencia. De esta forma, no cabe sino concluir que esa ocupación del inmueble materia del litigio por la demandada se explica únicamente por la ignorancia o mera tolerancia de su propietaria, la que empezó desde el momento mismo en que el Notario no autorizó la aludida escritura.

C. Suprema, 28 enero 2010. L. P. N° 43330 (C. 6°).²³¹

60. *Acción de precario entablada por el comunero que no concurrió a la venta (nula) del predio al actual ocupante del mismo.* a) Si entre el demandado y tres de los cuatro copropietarios de un terreno se celebra una compraventa y en virtud de ésta se le entrega a aquél materialmente el inmueble, la demanda de precario del cuarto comunero que no concurrió a la firma del contrato y por cuya causa el mismo no se perfeccionó, debe rechazarse. Porque entre dichos tres comuneros y el demandado hay una convención que explica o justifica la presencia del último en el inmueble, y ese acto o convenio excluye la posibilidad de considerar como causada por mera tolerancia del demandante la ocupación dicha.

C. Santiago, 27 septiembre 1978. F. del M. N° 256, sent. 7ª, p. 17 (C. 15, 1ª inst., reproducido en el 7º de cas., p. 21).

b) Si en el caso anterior el recurrente de casación estima infringido el artículo 2195, inciso 2º del Código Civil, por ser un hecho de la causa que el demandante no concurrió al proyecto de venta ni a la entrega, hecho que en ningún caso excluye la mera tolerancia como causa de la detención ajena a su respecto, toda vez que en cuanto a su cuota (a la del mismo demandante) no había ánimo de usurpación por parte del demandado que intentó comprársela, estos argumentos resultan vanos en caso de que en el escrito de formalización del recurso de casación en el fondo no se mencione, con la determinación que exige la ley, la forma en que se habría producido la infracción señalada. Por tanto, fuerza es concluir la inadmisibilidad del recurso y que los jueces recurridos no han transgredido el precepto del artículo 2195, inciso 2º del Código Civil y que, por el contrario, le han dado correcta aplicación.²³²

C. Suprema, 31 marzo 1980. F. del M. N° 256, sent. 7ª, p. 17 (C. 8º, p. 21).

²³¹ Acordada contra el voto de las Ministras señoras Herreros y Maggi, quienes fueron de parecer de rechazar el recurso interpuesto, teniendo para ello en consideración que en la situación de autos no puede en caso alguno entenderse que existe ignorancia o mera tolerancia de la demandante, desde que voluntariamente hizo entrega a la demandada del bien cuya restitución ahora reclama y recibió dinero a título de precio por él. Esta actividad, que supone un acuerdo de voluntades entre los involucrados en aquella operación, no puede ser desconocida y constituye el título que justifica la ocupación que actualmente detenta la persona contra la cual se dirigió la acción de precario (C. 2º).

²³² En voto contrario, el Ministro señor José M. Eyzaguirre declara que establecido que el actor es dueño, en comunidad, del predio materia de la acción y que el demandado celebró con tres de los comuneros en el inmueble un contrato de compraventa que no llegó a perfeccionarse, careciendo por lo mismo de valor legal, cabe concluir que en la especie se reúnen los dos requisitos esenciales prescritos por el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, esto es, que el demandante es dueño de la propiedad cuya restitución solicita y que el demandado la ocupa sin título válido y legal que lo habilite para hacerlo. En consecuencia, se ha infringido, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo atacado, la norma legal en referencia y, por lo tanto, el recurso de casación en el fondo debe ser aceptado (C. 1º a 3º, p. 21, al final).

61. *La resolución administrativa que deja sin efecto la asignación hace desaparecer el título que justifica la tenencia.* La situación de precario adquirió un mayor perfil, desde el momento en que se dictó la resolución que dejaba sin efecto la asignación, pues desde entonces desapareció toda razón jurídica que pudiera justificar la tenencia del bien raíz de que se trata, por parte del demandado, quien perdió los derechos de asignación por un doble motivo: ser su cónyuge propietaria de una vivienda y mantener el demandado arrendada la propiedad objeto del presente juicio, esto es, por haber infringido las condiciones a que se debería haber sometido. Que, por lo anteriormente expuesto, resulta evidente que la vivienda continuó en poder del demandado sólo por la mera tolerancia de la entidad que primitivamente se la había asignado y sin previo contrato, lo que configura la institución jurídica descrita en el fallo recurrido, por lo cual éste ha hecho correcta aplicación del artículo 2195 del Código Civil.

C. Suprema, 24 octubre 2000. L.P. N° 17500 (C. 6° y 7°).

B.4. REQUISITOS DEL PRECARIO: MERA TOLERANCIA O IGNORANCIA DEL DUEÑO

62. *Concepto de mera tolerancia.* a) Se ha precisado por la jurisprudencia la noción de "mera tolerancia", como equivalente a "llevar con paciencia", "soportar", "aguantar", "sufrir" (Corte Suprema, R.D.J., 1955, T.LII, 2ª parte, secc. 1ª, pág. 341 y s.s., Corte de Apelaciones de San Miguel, 31.07.86, Gaceta Jurídica N° 73, pág. 63 y ss.).

1. C. San Miguel, 4 noviembre 1996. G.J. N° 197, p. 101 (C. 3°, p. 101). L.P. N° 23138 (C. 3°).
2. C. San Miguel, 17 marzo 1999. G.J. N° 225, p. 94 (C. 10, p. 96). L.P. N° 21553 (C. 10).
3. C. San Miguel, 27 diciembre 1999. G.J. N° 234, p. 82 (C. 3°, p. 82).
5. C. Presidente Aguirre Cerda, 23 junio 2000. R., t. 97, sec. 2ª, p. 28 (C. 6°, p. 30). M.J. N° 3097 (C. 6°). L.P. N° 21590 (C. 6°).
6. C. Concepción, 26 octubre 2000. L. P. N° 22943 (C. 1°).²³³
7. C. San Miguel, 18 junio 2002. G.J. N° 264, p. 108 (C. 2°, p. 108).

b) La "mera tolerancia" de que habla el artículo 2195 ha de entenderse precaria cuando está causada en la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor o gracia de su dueño.

1. C. Santiago, 23 marzo 1987. G. J. 1987, t. 81, N° 1, p. 32 (C. 3° y 4°, p. 32).
2. C. Santiago, 13 octubre 1988. R., t. 85, sec. 2ª, p. 95 (C. 2° y 3°, p. 96).
3. C. Valdivia, 31 agosto 1995. L.P. N° 14001 (C. 3°).²³⁴
4. C. San Miguel, 4 noviembre 1996. G.J. N° 197, p. 101 (C. 4°, p. 101). L.P. N° 23138 (C. 4°).
5. C. San Miguel, 17 marzo 1999. G.J. N° 225, p. 94 (C. 10°, p. 96). L.P. N° 21553 (C. 10°).
6. C. Santiago, 14 julio 1999. G.J. N° 229, p. 67 (C. 1°, p. 67).
7. C. San Miguel, 27 diciembre 1999. G.J. N° 234, p.82 (C. 4°, p. 82).
8. C. Presidente Aguirre Cerda, 23 junio 2000. R., t. 97, sec. 2ª, p. 28 (C. 6°, p. 30). M.J. N° 3097 (C. 6°). L.P. N°

²³³ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 25 octubre 2001. L. P. N° 22943).

²³⁴ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 13 agosto 1996. L.P. N° 14001).

21590 (C. 6°).

9. C. Concepción, 26 octubre 2000. L. P. N° 22943 (C. 1°).²³⁵

10. C. Chillán, 7 junio 2002. L.P. N° 29063 (C. 10).²³⁶

11. C. San Miguel, 18 junio 2002. G.J. N° 264, p. 108 (C. 3°, p. 108).

c) La mera tolerancia no está definida por la ley, pero desde el punto de vista de quien tolera, puede decirse que son actos de mera tolerancia aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho de permitirles o no la tenencia de la cosa, pero que no pone en ejecución por benevolencia y considerando que el hecho no atenta contra la integridad del contenido de su derecho. Desde el punto de vista del tercero, "son actos de mera tolerancia los que él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho". Para determinar o calificar un acto como mera tolerancia o no, es preciso atender al ánimo o voluntad de las dos partes y para ello deben considerarse los signos externos de los actos para calificar aquél. Así, por lo general, para el que lo soporta, el acto de mera tolerancia es insignificante; también es característica la transitoriedad o la intermitencia; será elemento a considerar, asimismo, la frecuencia y, por último, el uso público, excluyente y continuo de la cosa. (Ver "Tratado de los Derechos Reales, Bienes, de A. Alessandri R., M. Somarriva U. y H. Vodanovic H., Tomo II, Edit. Jdca. de Chile, 1993, pág. 23).

1. C. Valparaíso, 7 noviembre 2003. L.P. N° 29296 (C. 3°).

2. C. Valparaíso, 22 agosto 2002. R., t. 99, sec. 2ª, p. 103 (C. 11 y 12, p. 105). L.P. N° 28350 (C. 11 y 12).²³⁷

3. C. Suprema, 4 noviembre 2009. L.P. N° 42873 (S. de reemplazo, C. 9°).

d) El inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil se refiere a aquella situación que se produce cuando, sin la existencia de un contrato previo, una persona detenta una cosa mueble o raíz, ignorándolo el dueño o bien, si conoce tal circunstancia, lo tolera por un acto de mera pasividad o de permisión.

C. Valparaíso, 15 septiembre 1997. G.J. N° 206, p. 90 (C. 1°, p. 90). L.P. N° 14793 (C. 1°).

e) Esta Corte entiende que la mera tenencia, en el marco conceptual del Derecho Civil, tiene una doble acepción. Por una parte, la idea se refiere a la situación jurídica clásica en la que una persona tiene la cosa a nombre y en lugar de otro, en virtud de un título no traslativo de dominio (o título de mera tenencia), como el arriendo, el comodato o la prenda. A esa acepción aluden (a título ilustrativo) los artículos 700, 714 y 2510 regla 3ª del Código Civil. Pero también el Código acepta bajo la idea de mera tenencia una situación meramente de facto, distinta de la anterior, consistente en la pura detentación de la cosa, sin ánimo de señor, detentación permitida por la mera tolerancia o por el desconocimiento del dueño. Esta situación de hecho, en la que no hay título, es asimilada por la ley a la mera tenencia, como se aprecia ya en el inciso segundo del citado artículo 714, que dispone que "lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno", y muy especialmente, a propósito del

²³⁵ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 25 octubre 2001. L. P. N° 22943).

²³⁶ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 9 octubre 2003. L.P. N°29063).

²³⁷ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 20 marzo 2003. L.P. N° 28350).

precario en el segundo inciso del artículo 2195 del Código Civil, que expresa con claridad que "constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

C. Valdivia, 15 septiembre 2008. L. P. N° 39905 (C. 2°).

f) La "mera tolerancia", supone, *per se*, la ausencia u omisión de cualesquiera actos o relaciones de orden comercial, tendientes a concretar la transferencia del dominio del inmueble de que se trata. La doctrina no deja sola la opinión que se insinúa; la mera tolerancia, se ha dicho, supone conocimiento del ejercicio de un derecho por parte de un tercero y la existencia de hechos que demuestren el ánimo de tolerar ese ejercicio.

C. Valparaíso, 22 agosto 2002. R., t. 99, sec. 2ª, p. 103 (C. 8° y 9°, p. 105). L.P. N° 28350 (C. 8° y 9°).²³⁸

g) La mera tolerancia, implica que el actor sepa que la demandada ocupa su propiedad y lo tolere, sin que exista ningún vínculo contractual entre ambos.

C. San Miguel, 15 octubre 2010. L.P. N° 45917 (C. 6°).

h) Que no hay mera tolerancia, ya que según lo que señala el Diccionario de la Lengua Española "mero" significa "puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa" y "tolerancia" es "acción y efecto de tolerar, y "tolerar" significa "sufrir, llevar con paciencia. Permitir algo que no se tiene por lícito sin aprobarlo expresamente".

C. Valdivia, 7 diciembre 2010. L.P. N° 47007 (C. 6°).

i) La mera tolerancia por parte del dueño de una cosa implica que éste deje que otra persona la ocupe sin oponerse a ello, constituyendo un hecho que es posible deducirse de otros. En este caso no es necesario rendir prueba directa sobre este punto.

C. Santiago, 9 abril 1991. R., t. 88, sec. 2ª, p. 32 (C. 5°, p. 33).

63. *El concepto de tolerancia no es rígido y debe revisarse en concreto.* Como se ha declarado, "el concepto de tolerancia no es rígido y requiere ser estudiado a la luz de los innumerables detalles que constituyen las experiencias humanas" (Gaceta Jurídica N° 59, pág. 35), por lo que el tribunal ha debido ponderar y considerar todas las circunstancias que verosíblemente han rodeado las relaciones vitales habidas entre las partes.

1. C. San Miguel, 17 marzo 1999. G.J. N° 225, p. 94 (C. 14, p. 97). L.P. N° 21553 (C. 14).

2. C. San Miguel, 27 diciembre 1999. G.J. N° 234, p. 82 (C. 11, p. 84).

64. *La mera tolerancia debe venir del dueño de la cosa.* Cabe precisar que lo exigido por el artículo 2195 inciso 2°, es que sea el dueño quien permita o haya permitido en el pasado esta ocupación y no que la mera tolerancia provenga directa y exclusivamente del actor. Desde esta

²³⁸ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 20 marzo 2003. L.P. N° 28350).

perspectiva, carece de toda relevancia el tiempo durante el cual se ha prolongado la ocupación o si, como ocurre en este caso, precede a la adquisición del dominio por parte del demandante. Que, sostener lo contrario, aparte de contribuir a que se consolide una simple situación de hecho conduce al extremo de que la mera tolerancia constituiría, en sí misma, un título para la ocupación lo que, por cierto, contraría el verdadero sentido de la norma.

C. Suprema, 30 enero 2002. F. del M. N° 497, sent. 2ª, p. 341 (S. de reemplazo, C. 3° y 4°, p. 347).

65. *Supuestos de la mera tolerancia.* La mera tolerancia supone conocimiento del ejercicio de un derecho por parte de un tercero y la existencia de hechos que demuestren el ánimo de tolerar ese ejercicio.

C. Suprema, 2 agosto 1934. R., t. 31, sec. 1ª, p. 540.

66. *Relevancia del supuesto de que la tenencia de cosa ajena se debe a ignorancia o mera tolerancia del dueño.* Según el inciso 2º del artículo 2195, constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato, con la concurrencia disyuntiva de dos circunstancias enteramente diversas una de otra. Ellas son: a) o bien el dueño ignora la ocupación de la cosa que le pertenece; b) o bien, aunque la conoce, la tolera. En ambos casos puede pedir la restitución en cualquier momento, ya sea probando la ignorancia en el primer caso, ya probando la mera tolerancia en el segundo.

En la especie, el actor sabía que el demandado ocupaba su propiedad y lo toleraba, sin que existiera ningún vínculo contractual entre ambos y no se probó que hubiese existido cesión de derechos entre la persona que fue arrendataria –aunque con contrato vencido– y el demandado, que hubiera sido notificado legalmente al propietario y demandante, en forma que su dueño y cesionario quedara ligado por un vínculo contractual.

Es procedente, pues, la demanda de precario interpuesta por el actor.

C. Suprema, 21 diciembre 1976. F. del M. N° 217, sent. 3ª, p. 297 (C. 4º, letras c) y d), p. 299).

67. *Posesión inscrita y mera tolerancia.* a) No infringe el artículo 2195 del Código Civil la sentencia que acoge la demanda de restitución basada en esa disposición, teniendo el actor título inscrito sobre el terreno, por lo que conserva la posesión aunque el demandado detente la tenencia de la cosa en virtud de habersele facultado la ocupación de los terrenos para ciertos fines; lo que importa ejecutar actos de mera tolerancia de que no resulta gravamen, ni confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción, máxime cuando en este caso lo han sido con el consentimiento del dueño.

C. Suprema, 26 octubre 1937. G. 1937, 2º sem., N° 77, p. 329. R., t. 35, sec. 1ª, p. 154.

b) Teniendo el demandante dominio y posesión inscrita del terreno y no habiéndose acreditado que la ocupación o mera tenencia del demandado derive de alguna convención con el dueño ni de aquiescencia expresa, debe considerarse que tal ocupación material o tenencia sólo ha podido comenzar y mantenerse por ignorancia o mera tolerancia del actor; tenencia de la cual, atendidas las reglas de la posesión inscrita, no puede resultar prescripción ni gravamen alguno para el poseedor, siendo ella, por consiguiente, de carácter precario, de modo que el

propietario puede ponerle término en cualquier momento.

C. Santiago, 27 mayo 1930. G. 1937, 2º sem., Nº 77, p. 329. R., t. 35, sec. 1ª, p. 154.

c) Si no se permite al comprador el disfrute de la cosa conjuntamente con la inscripción de la venta, la ley ha puesto en sus manos las acciones, según los artículos 915 y 2195 del Código Civil, destinadas a poner término a esa anomalía.

C. Talca, 12 enero 1925. G. 1925, 1º sem., Nº 89, p. 610.

68. *La existencia de un acto jurídico que vincule al propietario con el tenedor excluye la mera tolerancia.* Obsta a la idea misma de tolerancia la existencia de un título en cuya virtud el supuesto precarista se haya incorporado al predio.

Claro está que en tal caso no se detenta la especie en razón de la mera gracia del dueño, sino como consecuencia de un acto jurídico vinculante.

1. C. Santiago, 23 marzo 1987. G. J. 1987, t. 81, Nº 1, p. 32 (C. 3º y 4º, p. 32).

2. C. Santiago, 13 octubre 1988. R., t. 85, sec. 2ª, p. 95 (C. 2º y 3º, p. 96).

3. C. Santiago, 14 julio 1999. G.J.Nº 229, p. 67 (C. 1º, p. 67).

4. C. San Miguel, 27 diciembre 1999. G.J. Nº 234, p. 82 (C. 4º, p. 82).

69. *Hecho que excluye la mera tolerancia del dueño de la cosa.* a) El hecho de que el demandado ocupe los terrenos contra la voluntad del demandante (dueño de ellos), excluye la mera tolerancia por parte de éste.

C. Suprema, 2 agosto 1934. R., t. 31, sec. 1ª, p. 540.

b) Quedando establecido el hecho de que el actor entregó o prestó el inmueble al demandado, la concurrencia de ese hecho es incompatible con el presupuesto de la mera tolerancia característico de la acción de precario señalada en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil. Los sentenciadores de la causa han tomado la existencia de tal hecho para ese solo fin excluyente. No era necesario ni obligatorio hacerlo. Por tanto, y no habiendo pretendido dar por configurado algún contrato, es imposible pensar en la violación de los artículos 2174 y 2193 del referido cuerpo legal, normas relativas al contrato de préstamo de uso o comodato ordinario.

C. Suprema, 3 noviembre 1974. F. del M. Nº 204, sent. 1ª, p. 221.

c) No puede sostenerse que la demandada ocupe la propiedad de que se trata por mera tolerancia del actor, si este 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 cuestionada no emanaba de la mera tolerancia del actor, y mal puede alegarse entonces la existencia de un precario “ex contrato”.

1. C. Suprema, 12 julio 1976. F. del M. Nº 212, sent. 3ª, p. 137 (C. 3º, p. 138).

2. C. Valparaíso, 22 agosto 2002. R., t. 99, sec. 2ª, p. 103 (C. 14, p. 106). L.P. N° 28350 (C. 14).²³⁹

d) El concepto legal de tolerancia no condice con la actitud de quien al advenir al dominio de una cosa, acciona judicialmente para expulsar de él a quien lo gozaba como propietario, pues con ello no hace sino rechazar, impedir, inhibir la tenencia, que es precisamente lo opuesto a la tolerancia.

1. C. Santiago, 23 marzo 1987. G. J. 1987, t. 81, N° 1, p. 32 (C. 3° y 4°, p. 32).
2. C. Santiago, 13 octubre 1988. R., t. 85, sec. 2ª, p. 95 (C. 2° y 3°, p. 96).
3. C. Santiago, 14 julio 1999. G.J.N° 229, p. 67 (C. 3°, p. 68).
4. C. Concepción, 26 octubre 2000. L. P. N° 22943 (C. 3°).²⁴⁰

e) Las partes en la compraventa sabían que el inmueble era ocupado por la cónyuge del vendedor, razón por la cual éste retardó la entrega y se obligó a remover el obstáculo representado por la referida ocupación. Que, en consecuencia, debe tenerse por cierto que la ocupación del bien raíz no proviene de la mera tolerancia de la demandante sino de circunstancias anteriores a la época en que adquirió el dominio, las que no sólo fueron conocidas por ella, sino que consentidas en cuanto otorgó un plazo dentro del cual debía hacerse cesar la ocupación, liberación que se hizo de cargo del vendedor, de lo que se sigue que la demandante no puede accionar de precario por no reunirse uno de los requisitos esenciales del artículo 2195 del Código Civil, esto es, que la ocupación no se justifique sino por ignorancia o mera tolerancia del dueño, cuyo no es el caso de la especie.

C. Suprema, 26 septiembre 2000. L.P. N° 17314 (S. de reemplazo, C. 4° y 5°).

f) La actora, al momento de adquirir el inmueble, tenía conocimiento de la infraestructura que en él se encontraba construida, cuyas dimensiones superiores a los 300 metros cuadrados, no permiten sino haberlas conocido; y que la demandada con ocasión de antecedentes previos a la adquisición del dominio por parte de la actora pasó a ser dueña de las referidas obras de infraestructura, circunstancias que no permiten acreditar palmariamente que la presencia de la demandada en el lugar haya ocurrido o se mantenga en el tiempo por la simple condescendencia o mera tolerancia de la actora y sin título que la justifique, de lo que se sigue que debió desestimarse como se hizo la acción de la actora, por no concurrir, como se ha visto, todos los presupuestos que la hacen procedente.

C. Suprema, 26 mayo 2008. M.J. N°17186 (C. 4° y 5°). L.P. N° 39047 (C. 4° y 5°).²⁴¹

²³⁹ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 20 marzo 2003. L.P. N° 28350).

²⁴⁰ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 25 octubre 2001. L. P. N° 22943).

²⁴¹ Voto disidente del Ministro Sr. Sergio Muñoz Gajardo quien estimo que, el pretendido título de dueño de las instalaciones sanitarias emplazadas en terrenos de propiedad de la demandante no resulta oponible a ésta, en modo tal que la ley la ponga en situación de tener que respetarlo y, como resultado de lo anterior, de tolerar o aceptar su ocupación. Dicho de otro modo, el título esgrimido resulta inoponible a la demandante propietaria inscrita del inmueble, esto es, no le empece por lo que no se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación.

70. *Incompatibilidad entre la mera tolerancia y la voluntad contrariada del dueño de la cosa; presunciones judiciales.* a) Si es un hecho del pleito que el demandado se halla dentro del fundo contra la voluntad de su dueño (el actor), no puede éste pretender que se deduzcan presunciones judiciales para establecer que aquél está allí por mera tolerancia suya.

C. Suprema, 2 agosto 1934. R., t. 31, sec. 1ª, p. 540.

b) Si ha quedado establecido que el demandado ocupa el terreno contra la voluntad del demandante (dueño), procede desechar la demanda de restitución del actor; por lo que no influyen en lo dispositivo las infracciones aducidas que no afectan a esa parte del fallo.

C. Suprema, 2 agosto 1934. R., t. 31, sec. 1ª, p. 540.

c) Véase el número 35 c) de la jurisprudencia de este mismo artículo 2195.

71. *La mera tolerancia es una calidad que no se transmite a los herederos.* La mera tolerancia, como requisito constitutivo del precario, es una calidad que no se transmite a los herederos del comodante. Fallecido uno de los convivientes que tenía bienes muebles en común, sus herederos no pueden pretender que el sobreviviente tenga la calidad de precarista, a su respecto, sobre los bienes que posee. Los jueces que acogen la demanda de comodato precario en las circunstancias señaladas y sin que se reúna la totalidad de las exigencias invocadas, ineludibles para la procedencia de la acción, cometen falta que corresponde enmendar por la vía disciplinaria.

C. Suprema, 30 diciembre 1992. F. del M. N° 409, sent. 10, p. 91.

72. *Presunción de la mera tolerancia del dueño.* a) Acreditado por el demandante de comodato precario que es dueño de un terreno y que lo ocupa el demandado, cabe presumir la mera tolerancia de aquél si el último no exhibe título alguno que autorice o justifique esa posesión, punto que a él incumbe probar.

1. C. Suprema, 14 mayo 1980. R., t. 77, sec. 1ª, p. 25, al final (C. 6º, p. 27).

2. C. Suprema, 3 abril 2000. L.P. N° 16716 (C. 4º).

3. C. Suprema, 4 enero 2001. R. t. 98, sec. 1ª, p. 19 (S. de reemplazo, C. 3º, p. 21). M.J. N° 6462 (S. de reemplazo, C. 3º).

4. C. Suprema, 6 marzo 2006. L.P. N° 33816 (S. de reemplazo, C. 3º).

5. C. La Serena, 16 septiembre 2010. L.P. N° 45767 (C. 14).

b) De la definición que el artículo 582 del Código Civil da del dominio se desprende que si el titular del derecho real no usa de la cosa, por tener la tenencia de ésta otra persona sin título para ello, debe presumirse que dicha tenencia es por mera liberalidad o ignorancia del dueño. Quien desea revertir esta situación debe acreditar un título que justifique la tenencia.

1. C. Suprema, 21 agosto 1995. G. J. N° 182, sent. 12, p. 61 (C. 2º).

2. C. La Serena, 16 septiembre 2010. L.P. N° 45767 (C. 14).

c) Como la demandada no esgrimió título alguno para justificar su ocupación del inmueble cabe concluir que la ha efectuado por mera tolerancia del dueño y que, en la especie, el demandante, propietario inscrito del inmueble, no se encuentra en el imperativo de seguir soportando dicha ocupación. Que sin perjuicio de lo señalado, existe una razón más de índole histórica que permite sostener que la ignorancia o la mera tolerancia del dueño, es posible inferirlas cuando probado su dominio, el demandado no ha justificado el título de su tenencia. Al efecto cabe recordar que "el autor del Código Civil se inspiró, con las variantes propias de cualquier adaptación, en el precario del Derecho Romano, y en éste se infería la concesión que originaba la figura en estudio, cuando la situación ya estaba constituida, vale decir, el tercero se encontraba disfrutando de la cosa ajena, estimándose que su continuación en el goce sólo se explicaba por la mera tolerancia de su dueño. De manera que planteado el interdicto de precario en contra de aquel que disfrutaba sin limitaciones de un bien determinado, si éste no podía oponer algún título que le otorgara el derecho a disfrutar, automáticamente se suponía que su permanencia se debía a la benevolencia o simple tolerancia de quien tenía derecho a poseer ese bien" (Fuad Halabi Riffo, Carlos Saffirio Suárez, "La Acción de Precario ante la Doctrina y la Jurisprudencia", páginas 92 93, Editorial Jurídica Conosur, 1996).

C. Suprema, 16 noviembre 2009. L.P. N° 44904 (S. de reemplazo, C. 9° y 10).

d) Si demandado de precario el ocupante de una parcela no justifica un vínculo contractual con el demandante y dueño de ésta que explique esa ocupación, debe entenderse que ha detentado el bien raíz por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

C. La Serena, 1° octubre 1986. J. N° 39, p. 50 (C. 5°, p. 52).

f) Que, no habiendo probado la demandada la existencia de un título que ampare la ocupación del inmueble reclamado, se presume la mera tolerancia del actor, y en consecuencia, se tienen por cumplidos todos los elementos necesarios para que prospere la acción de precario.

C. La Serena, 16 septiembre 2010. L.P. N° 45767 (C. 15).

g) Como la demandada carece de contrato o título que justifique la tenencia de la propiedad, debe entenderse que la detenta por mera tolerancia de la actora y, por lo mismo, su tenencia resulta precaria.

C. Suprema, 8 julio 1998. G.J. N° 217, p. 66 (C. 4°, p. 67). L.P. N° 15380 (C. 4°).

h) No existiendo vínculo jurídico alguno entre la demandada y la demandante, ni tampoco vínculo tal entre la demandada y los antecesores de la demandante en el dominio del inmueble, la detentación del inmueble por parte de la demandada obedece a una pura situación de hecho, que sólo resulta explicable por la mera tolerancia de la anterior propietaria.

C. Valdivia, 15 septiembre 2008. L. P. N° 39905 (C. 3°).

73. *La falta de instrucción y noticias como ignorancia que autoriza la acción de precario.* Consolidada la nuda propiedad vendida a la empleada doméstica por el fallecimiento de la usufructuaria, vendedora y antigua patrona de aquella, puede dicha empleada y actual propietaria demandar de precario a quien, sin acreditar título alguno, ocupa esa propiedad. El argumento de que no cabe la acción de precario porque la ocupación no podía ignorarla la demandante, ya que vive en la casa del lado, pierde consistencia ante la prueba de la demandante que explica su hasta ahora pasividad por ignorar la situación jurídica del ocupante en relación con la propiedad. El Diccionario de la Real Academia define el término *ignorancia* como “la falta de instrucción y noticias”, y como lo expuesto por la demandante encuadra en ese concepto, debe concluirse que el estado de ignorancia de la actora de la situación jurídica en que se encontraba el demandado en el inmueble resulta atendible con lo sostenido por los testigos que aseveran las humildes luces de la demandante.

En consecuencia, ésta ha podido invocar la ignorancia como fundamento de la acción de precario intentada.

C. Suprema, 29 julio 1986. F. del M. N° 332, sent. 2ª, p. 406 (C. 1º a 11, pp. 407-408).

C. LA ACCIÓN DE PRECARIO

74. *Naturaleza real de la acción de precario.* a) La acción de precario es una acción de naturaleza real y no personal pues deriva directamente del derecho de dominio, por lo cual, para que sea procedente, es indispensable que quien la intente, acredite ser dueño de la cosa cuya restitución solicita.

C. Santiago, 22 enero 2002. R. t. 99, sec. 2º, p. 5 (C. 3º, p. 6). G. J. N° 260 p. 152 (C. 3º, p. 152). L.P. N° 23954 (C. 3º).

b) La acción de precario se inscribe entre las acciones reales toda vez que uno de sus presupuestos es el dominio de quien pretende ser su titular.

C. Suprema, 16 septiembre 2003. R., t. 100 N° 2, sec. 1ª, p. 158 (C. 3º, p.160). M.J. N°9356 (C. 3º).

c) 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.

C. Concepción, 28 abril 2008. M.J. N°17142 (C. 2º). L.P. N° 38763 (C. 2º).

75. *La acción personal de entrega de la cosa no excluye la real de precario que pueda corresponder al comprador.* Que nuestro Máximo Tribunal ha fallado que la acción personal de entrega de la cosa no excluye la real que pueda corresponderle al comprador (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 28, sección 1ª, página 21). Si bien en aquel caso se demandó de reivindicación, y en el caso presente de precario, el fundamento es el mismo. Así, no se divisa ninguna buena razón para que no se pueda demandar de precario a la vendedora y actual ocupante del predio, desde que al haber hecho la tradición de la cosa vendida, es evidente que está detentando un inmueble ajeno sin título alguno. Repugna a la equidad que se

prive al actor de la acción de precario, no obstante haber probado su derecho de dominio sobre el bien objeto de la litis, favoreciéndose con ello a una persona que, carece de todo título para permanecer en él. Más grave todavía, si se piensa que de esa forma la demandada se está aprovechando desde hace varios años de su propio incumplimiento contractual. Lo anterior permite concluir que el dueño del inmueble tiene un derecho discrecional para deducir la acción personal, que emana del contrato de compraventa forzada o la real, que nace del derecho de propiedad, esto es, la de precario, para obtener su restitución.

C. Concepción, 28 abril 2008. M.J. Nº 17142 (C. 5°). L.P. Nº 38763 (C. 5°).

76. Acción de precario y acción reivindicatoria; diferencias. a) i) que la cosa pedida en la acción reivindicatoria es la posesión; en la de precario, la tenencia material para poder usar y gozar de la cosa; ii) en la acción reivindicatoria el demandado debe ser el poseedor actual del bien reclamado, y en la de precario el demandado debe tener la calidad de tenedor sin título; iii) la acción reivindicatoria se tramita según el juicio ordinario, y la de precario, mediante el procedimiento sumario, y iv) que a propósito de la acción reivindicatoria existe una detallada reglamentación sobre prestaciones mutuas entre reivindicador y poseedor vencido; en cambio, la acción de precario carece de una reglamentación específica sobre la materia.

También es necesario tener presente que no cabe la acción de precario en contra del poseedor.

C. Concepción, 10 mayo 2007. L.P. Nº 36345 (C. 8°).

b) Que la cosa pedida en la acción reivindicatoria es la posesión, de la que no goza el dueño; en cambio, en la acción de precario ella es la tenencia material para poder usar y gozar de la cosa.

C. Concepción, 20 julio 2000. L.P. Nº 22145 (C. 5°).

77. Acción de precario y acciones posesorias. Que la naturaleza del acto de administración de la acción de precario deducida, resulta evidente si se observa que el mencionado artículo 2132 enumera entre ese lapso de actos a las acciones posesorias, las que obviamente, tienen una mayor significación jurídica debido a que la acción de precario tienen por objeto la restitución de la tenencia de una cosa de acuerdo con lo que prescribe el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil, las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, conforme lo señala el artículo 916 del Código Civil.

C. Iquique, 5 junio 2000. L.P. Nº 19430 (C. 6°).

78. Cosa pedida en la acción de precario. La cosa pedida en la acción de precario, esto es, la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su justificación en la carencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma.

1. C. Suprema, 26 mayo 2007. L.P. Nº 39048 (C. 6°).

2. C. Suprema, 2 junio 2008. G.J. Nº 336, p. 138 (C. 10, p. 145). L.P. Nº 39230 (C. 10).
3. C. Suprema, 3 septiembre 2008. M.J. Nº 18105 (C. 6º). L.P. Nº 39671 (C. 6º).
4. C. Suprema, 30 septiembre 2008. M.J. Nº 18423 (C. 4º). L.P. Nº 40347 (C. 4º).
5. C. Suprema, 26 mayo 2009. G.J. Nº 347, p. 134 (C. 7º, p. 142). L.P. Nº 42062 (C. 7º).
6. C. Suprema, 5 agosto 2009. G.J. Nº 350, p. 108 (C. 6º, p. 117). M.J. Nº 20767 (C. 6º). L.P. Nº 42406 (C. 6º).
7. C. Suprema, 7 septiembre 2009. L.P. Nº 42717 (C. 7º).
8. C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. Nº 43036 (C. 11).
9. C. Suprema, 4 noviembre 2009. L.P. Nº 42873 (S. de reemplazo, C. 7º).
10. C. Suprema, 10 noviembre 2009. L.P. Nº 42907 (C. 6º).
11. C. Suprema, 12 noviembre 2009. L.P. Nº 43232 (C. 6º).
12. C. Suprema, 16 noviembre 2009. L.P. Nº 44904 (S. de reemplazo, C. 6º).
13. C. Suprema, 5 enero 2010. G.J. Nº 355, p. 126 (C. 8º, p. 132). L.P. Nº 43170 (C. 8º).
14. C. Suprema, 31 agosto 2010. L.P. Nº 45580 (C. 8º).
15. C. Suprema, 8 julio 2010. G.J. Nº 361, p. 82 (C. 7º, p. 90). L. P. Nº 45070 (C. 7º).

79. *Elementos constitutivos de la acción de precario.* El profesor Emilio Rioseco Enríquez señala que los elementos constitutivos de la acción de precario son dos: a) dominio del titular y b) tenencia de la misma cosa por otra persona que el dueño ("La prueba ante la Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, página 89). La tendencia actual de la jurisprudencia se inclina por estimar que la ignorancia o mera tolerancia del dueño no constituye un elemento nuevo, diferente de la falta de título, sino que, por el contrario, se confunde con aquel requisito. La falta de título hace presumir la mera tolerancia o ignorancia. Se ha dicho que en un juicio de precario el reconocimiento del demandado, en orden a que ocupa la propiedad reclamada y no exhibe título alguno que autorice o justifique esa ocupación, circunstancia que a él corresponde probar, hace presumir la mera tolerancia del propietario (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 57, sección 1ª, página 25).

C. Concepción, 28 abril 2008. M.J. Nº 17142 (C. 3º). L.P. Nº 38763 (C. 3º).

80. *Requisitos o supuestos de la acción de precario.* a) Tales requisitos son: a) que la parte demandante sea dueña del bien cuya restitución pide; b) que el demandado ocupe dicho bien sin previo contrato, y c) que lo tenga por ignorancia o mera tolerancia de su dueño.

1. C. Suprema, 17 noviembre 1988. G. J. Nº 101, sent. 7ª, p. 30 (C. 3º, p. 31).
2. C. Santiago, 20 junio 1989. R., t. 86, sec. 2ª, p. 57 (C. 1º, p. 57).
3. C. Valdivia, 31 agosto 1995. L.P. Nº 14001 (C. 1º).²⁴²
4. C. Suprema, 29 diciembre 1997. F. del M. Nº 469, sent. 4ª, p. 2185 (C. 5º, p. 2188). G.J. Nº 210, p. 23 (C. 5º, p. 29). L.P. Nº 14948 (C. 5º).

b) Que de manera uniforme esta Corte Suprema ha sostenido que los presupuestos de hecho de la acción de precario del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil son, en primer término, que la parte demandante sea dueña del bien cuya restitución solicita; en segundo lugar, que el demandado ocupe dicho bien; en tercero, que esa ocupación lo sea sin previo contrato y, por último, que lo tenga por ignorancia o mera tolerancia de su dueño.

²⁴² Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 13 agosto 1996. L.P. Nº 14001).

1. C. Suprema, 26 mayo 2007. L.P. N° 39048 (C. 4°).
2. C. Suprema, 28 abril 2008. L.P. N° 38766 (C. 1°).
2. C. Suprema, 13 mayo 2008. G.J. N° 335, p. 89 (C. 3°, p. 100). M.J. N° 17023 (C. 3°). L.P. N° 38872 (C. 3°).
3. C. Suprema, 2 junio 2008. G.J. N° 336, p. 138 (C. 6°, p. 144). L.P. N° 39230 (C. 6°).
4. C. Suprema, 3 septiembre 2008. M.J. N° 18105 (C. 4°). L.P. N° 39671 (C. 4°).
5. C. Suprema, 26 marzo 2009. L.P. N° 41848 (C. 11).
6. C. Suprema, 5 agosto 2009. G.J. N° 350, p. 108 (C. 4°, p. 116). M.J. N° 20767 (C. 4°). L.P. N° 42406 (C. 4°).
7. C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. N° 43036 (C. 9°).
8. C. Suprema, 10 noviembre 2009. L.P. N° 42907 (C. 4°).
9. C. Suprema, 12 noviembre 2009. L.P. 43232 (C. 4°).
10. C. Suprema, 16 noviembre 2009. L.P. N° 44904 (S. de reemplazo, C.4°).
11. C. Suprema, 28 enero 2010. L. P. N° 43330 (C. 3°).
12. C. Suprema, 8 julio 2010. G.J. N° 361, p. 82 (C. 5°, p. 90). L. P. N° 45070 (C. 5°).
13. C. Suprema, 31 agosto 2010. L.P. N° 45580 (C. 6°).
14. C. Suprema, 1 septiembre 2010. G. J. N° 363, p. 89 (C. 6°, p. 94). L.P. N° 45886 (C. 6°).

c) Los supuestos de la acción de precario son: a) el actor ha de ser dueño de la cosa cuya restitución demanda; b) el demandado debe tener en su poder esa cosa; c) la detentación de la cosa carecerá de título que la justifique, o sea, no debe existir en pro del detentador título de dominio ni de mera tenencia, y d) la simple tenencia del demandado se explicará por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

1. C. Chillán, 21 agosto 1945. R., t. 44, sec. 2ª, p. 49.
2. C. Chillán, 6 enero 1947. G. 1949, 2º sem., N° 46, p. 276 (C. 4º, 1ª inst., p. 277). R., t. 47, sec. 1ª, p. 276 (C. 4º citado, p. 277).
3. C. Concepción, 24 septiembre 1954. R. de D. de la U. de Concepción, año XXII, p. 369.
4. C. Concepción, 19 abril 1955. R. de D. de la U. de Concepción, año XXIII, p. 337. R., t. 52, sec. 2ª, p. 11.
5. C. Concepción, 13 mayo 1957. R. de D. de la U. de Concepción, año XXV, p. 331 (C. 3º p. 334).
6. C. Concepción, 10 mayo 1958. R. de D. de la U. de Concepción, año XXVI, p. 215.
7. C. Suprema, 14 noviembre 1963. R., t. 60, sec. 1ª, p. 343.
8. C. Suprema, 19 noviembre 1963. R., t. 60, sec. 1ª, p. 348.
9. C. Suprema, 17 mayo 1967. R., t. 64, sec. 1ª, p. 54.
10. C. Temuco, 25 marzo 1969. R., t. 66, sec. 2ª, p. 10 (C. 7º, p. 14).
11. C. Suprema, 12 mayo 1970. R., t. 67, sec. 1ª, p. 139.
12. C. Suprema, 30 junio 1970. R., t. 67, sec. 1ª, p. 231.
13. C. Suprema, 28 agosto 1970. R., t. 67, sec. 1ª, p. 358.
14. C. Concepción, 3 diciembre 1970. R., t. 67, sec. 3ª, p. 137.
15. C. Suprema, 19 mayo 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 140.
16. C. Suprema, 9 septiembre 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 264.
17. C. Concepción, 23 noviembre 1971. R., t. 68, sec. 2ª, p. 91.

d) Requisitos de la acción de precario interpuesta son tres: a) Dominio por parte del actor respecto del inmueble cuya restitución solicita; b) Mera tenencia por parte del demandado respecto de la cosa ajena, cuya restitución se solicita, y c) Inexistencia de título alguno que

justifique tal ocupación la que, en consecuencia, existiría sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

1. C. Punta Arenas, 14 julio 2000. L.P. N° 17378 (C. 5°).
2. C. Valparaíso, 18 mayo 2004. L.P. N° 34457 (C. 2°).²⁴³
3. C. Concepción, 8 abril 2005. G.J. N° 303, p. 91 (C. 2°, p. 93). L.P. N° 32757 (C. 2°).

e) Los requisitos que exige perentoriamente el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil son, que el demandante sea dueño indiscutido de la cosa; que por su parte el demandado detente la misma sin un título o contrato previo que lo ampare y que tal tenencia lo sea por mera tolerancia o ignorancia del dueño.

C. Suprema, 29 diciembre 1997. F. del M. N° 469, sent. 4ª, p. 2185 (C. 5°, p. 2188). G.J. N° 210, p. 23 (C. 5°, p. 29). L.P. N° 14948 (C. 5°).

f) Uno de los casos de precario –al que se refiere el inciso 2° del artículo 2195– deriva de una situación de hecho. Y sucede cuando, sin existir contrato alguno, un sujeto se hace tenedor de determinada cosa, ignorándolo el dueño, o si no lo ignora, con la tolerancia del mismo por un acto de permisión o de bondad. En esta hipótesis el propietario, en ejercicio de las facultades que le otorga su derecho de dominio, puede demandar la restitución de la cosa, sea por haber tomado conocimiento de aquella tenencia, sea por haber decidido poner término a su tolerancia. Falta uno de los supuestos del precario del inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil, y no puede ejercitarse la acción correspondiente, si el tenedor de un inmueble lo ocupa, no por un hecho propio y unilateral suyo, sino en virtud de un título derivado de un contrato de arrendamiento legalmente celebrado con el dueño anterior, hecho ajeno a lo que describe la disposición en referencia.

C. Suprema, 5 diciembre 1972. F. del M. N° 169, sent. 3ª, p. 302 (C. 5° y 6°, p. 303).

g) Constituyen supuestos de procedencia de la acción de precario intentada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución se solicita, que el demandado tenga la mera tenencia de la misma y que dicha tenencia obedezca a la mera tolerancia del actor, sin previo contrato, de lo que se sigue que la concurrencia de cada uno de estos requisitos es copulativa, de modo tal que sin la presencia de alguno, la acción no puede prosperar.

C. San Miguel, 29 enero 2010. M.J. N° 23398 (C. 1°).

81. *Procedencia de la acción de precario.* a) Que del tenor del inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil se desprende que para que prospere la acción de precario, es necesario que quien la intenta acredite el dominio sobre el bien de que se trata y que éste se encuentre en poder del demandado sin un título que lo habilite para ello, por mera tolerancia o ignorancia de su dueño.

1. Juzg. Letras Iquique. 24 enero 1996. F. del M. N° 460, sent. 12ª, p. 60 (C. 3°, p. 62). L.P. N° 14350 (C. 3°).

²⁴³ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 23 mayo 2006. L.P. N° 34457).

2. C. Suprema, 23 abril 1997. L.P. N° 14386 (C. 2°).
3. C. Suprema, 6 octubre 1997. L.P. N° 14835 (C. 6° y 7°).
4. C. Suprema, 6 octubre 1997. L.P. N° 14836 (C. 6° y 7°).
5. C. Suprema, 8 julio 1998. G.J. N° 217, p. 66 (C. 2°, p. 66). L.P. N° 15380 (C. 2°).
6. C. Suprema, 13 julio 1999. F. del M. N° 488, sent. 11ª, p. 1243 (C. 3°, p. 1245).
7. C. Arica, 23 mayo 2000. L.P. N° 19378 (C. 3° y 5°).
8. C. Concepción, 30 agosto 2000. L.P. N° 22152 (C. 3°).
9. C. Suprema, 19 junio 2007. M.J. N° 10205 (C. 3°). L.P. N° 36521 (C. 3°).
10. C. la Serena, 16 septiembre 2010. L.P. N° 45767 (C. 5°).

b) Debe prosperar la acción de precario consagrada en el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil cuando el actor ha probado su dominio sobre la propiedad que reclama y la demandada ha reconocido estar ocupándola, sin acreditar que tiene la tenencia de ella a un título distinto que el de la mera tolerancia del propietario.

C. Suprema, 7 abril 1992. R., t. 89, sec. 1ª, p. 36.

c) La acción de precario prosperará sólo acreditando que el demandado detenta un bien ajeno, por ignorancia o mera tolerancia del dueño y sin que exista un contrato que permita a éste retener dicho bien.

C. Suprema, 22 mayo 1995. R., t 92, sec. 1ª, p. 46 (C. 3°, p. 46). F. del M. N° 438, sent. 13ª, p. 398 (C. 3°, p. 399). G. J. N° 179, p. 37 (C. 3°, p. 37). M. J. N° 2730 (C. 3°). L.P. N° 13508 (C. 3°).

d) Los presupuestos de procedencia de la acción de precario son, en primer término, que el demandante pruebe ser dueño del bien cuya restitución pretende; en segundo, que acredite, asimismo, que este bien es ocupado o detentado por el demandado y, en tercer lugar, que este último no compruebe que cuenta con un título que justifica esa tenencia.

C. Suprema, 30 septiembre 2008. M.J. N° 18423 (C. 3°). L.P. N° 40347 (C. 3°).

e) Si en el juicio de precario el demandante alega que es dueño del inmueble y afirma que el demandado que lo ocupa lo hace por su mera tolerancia, y aquel prueba su dominio, sin que el demandado acredite que su ocupación sea a un título distinto del de la ignorancia o mera tolerancia del dueño, la acción debe ser acogida.

C. Suprema, 23 noviembre 2004. L.P. N° 31414 (C. 9°).

f) Para que proceda la acción de precario conforme a lo que dispone el artículo 2195 del Código Civil, es un requisito necesario que la persona que invoca la restitución de la propiedad sea dueña sin lugar a dudas de la misma. Que para que tal dominio no sea controvertido, no debe estar sujeto a ninguna condición de la que pueda acontecer su pérdida. Que de esta manera, para que el dominio de quien demanda la restitución no sea controvertido, no debe estar sujeto a ninguna condición de la que pueda sobrevenir su pérdida, circunstancia que no se cumple en la especie, de manera que la acción intentada no puede prosperar.

C. Antofagasta, 14 noviembre 2008. L.P.Nº 41212 (C. 5º, 6º y 9º).

g) 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 dueño.

C. Concepción, 28 abril 2008. M.J. Nº 17142 (C. 3º). L.P. Nº 38763 (C. 3º).

82. *Necesidad de precisar específicamente el retazo de terreno que se pretende recuperar por la acción de precario; exigencia no contenida en la ley.* a) La ubicación del inmueble ocupado por el demandado y que éste tiene aproximadamente una superficie de 10 hectáreas, es determinación más que suficiente para los efectos de cumplir con el requisito del precario de que la cosa cuya restitución se pide sea de propiedad del actor, toda vez que una mayor precisión ni singularización como serían sus deslindes, no los exige la ley.

C. Suprema, 13 enero 2004. F. del M. Nº518, sent 2ª, p. 3693 (S. de reemplazo, C. único, p. 3695). L.P. Nº29547 (S. de reemplazo, C. único).

b) En primer término, cabe tener presente que la acción de precario se dedujo por quien probó ser propietario de un predio que individualizó en la demanda mediante el señalamiento de sus deslindes. Ahora bien, en consideración a que se atribuía al demandado la ocupación sin título de sólo parte de ese terreno, lo cierto es que no le era exigible al actor efectuar la delimitación de éste con indicación precisa de los linderos, pues en la práctica éstos jurídicamente no existen, pero sí que se tuviera certeza de cuál era esa parte, a fin de poner al demandado en situación de restituirla.

C. Suprema, 26 octubre 2006. L.P. Nº 35372 (C. 5º).

c) El hecho de no determinarse con precisión el lugar específico que ocupa el demandado de precario, cuando lo que se demanda es, la restitución de un terreno que forma parte de un predio de mayor extensión, no puede ser obstáculo para que la acción sea acogida. En efecto, si se prueba que una persona se encuentra ocupando materialmente parte del predio de que otra es dueña, resulta irrelevante que esa prueba no se extienda a la cantidad exacta y determinada de metros cuadrados de la superficie ocupada o a los deslindes expresadas sus extensiones en metros de ésta, puesto que, cualquiera sea el número de metros cuadrados o los deslindes que tenga el terreno, el demandado se encuentra detentando un bien que no le pertenece y ello lo pone en situación en el evento de no contar con título de tener que restituirlo a su legítimo dueño.

C. Suprema, 13 mayo 2008. G.J. Nº 335, p. 89 (C. 4º, p. 100). M.J. Nº 17023 (C. 4º). L.P. Nº 38872 (C. 4º).

d) Que respecto del segundo capítulo del recurso, relativo a la infracción del artículo 2195 del Código Civil, por no especificar el fallo impugnado la parte que cada demandado ocupa en el bien que se reclama, sólo cabe afirmar que la pretendida infracción no es tal, pues para la ley es perfectamente concebible que un mismo bien, sobre todo tratándose de bienes raíces, sea ocupado o poseído enteramente por dos o más personas. De esta forma, precisar qué parte del

bien detenta cada uno de los ocupantes, a fin de condenarlo a restituir esa precisa porción, es una exigencia no contenida en la ley y, por lo mismo, la falta de esta determinación en el fallo no constituye un error de derecho.

C. Suprema, 30 septiembre 2008. M.J. Nº 18423 (C. 5°). L.P. Nº 40347 (C. 5°).

83. *Necesidad de alegar en la demanda la mera tolerancia o ignorancia del dueño.* a) 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 de mera tolerancia de su parte.

C. Suprema, 14 noviembre 1963. R., t. 60, sec. 1ª, p. 343.

b) La hipótesis de ignorancia del dueño es inaplicable en la especie, ya que no fue invocada por el actor.

C. San Miguel, 4 noviembre 1996. G.J. Nº 197, p. 101 (C. 14, p. 103). L.P. Nº 23138 (C. 14).

84. *Legitimación del usufructuario para entablar la acción de precario.* De acuerdo con lo que disponen los artículos 582, 764 y 765, el usufructuario se encuentra, en relación con el uso y goce de la cosa sobre 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, quien está privado de dicho uso y goce.²⁴⁴

C. Suprema, 1º junio 1983. R., t. 80, sec. 1ª, p. 36 (C. 1º, p. 37).

b) La acción conferida por el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil puede ser ejercida no sólo por el dueño, sino también por el usufructuario. Cuyo es el caso de la especie, en la medida que la señalada calidad importa la existencia de un derecho real que puede ejercerse contra cualquiera que detente la cosa fructuaria, incluso el nudo propietario, desde que el usufructuario es el único a quien compete la tenencia de la cosa desde que se encuentre en posesión de su derecho real.

C. Suprema, 27 abril 1999. F. del M. Nº 485, sent. 11ª, p. 312 (C. 9º, p. 314). M.J. Nº 838 (C. 9º).

c) Véase el número 11 de la jurisprudencia de este mismo artículo 2195.

²⁴⁴ Esta doctrina, que hizo suya la Corte Suprema, corresponde al voto contrario del Ministro señor Alberto Echavarría Lorca emitido respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de enero de 1983. En esta última habían formado mayoría los señores Marcos Libedinsky T. y Orlando Álvarez H. Ellos dijeron en la sentencia "que, sin contar otras disposiciones legales, de lo dispuesto en los artículos 764 y 765 se infiere con absoluta claridad que el usufructo constituye una desmembración del dominio o propiedad, con la característica esencial de que la cosa sobre la cual recae el mencionado derecho real debe pertenecer a otro, es decir, ha de ser ajena al usufructuario. Tal característica impide dar acogida en el presente juicio a una acción que, como la de precario, sólo puede ser ejercitada por el dueño de la cosa cuya restitución se solicita, y no por quien reconoce expresamente dominio en ese bien o la propia demandada, según acontece en el caso actual..." (C. 1º, p. 36, 2ª columna).

La Corte Suprema, en una de sus Salas, acogió el recurso de queja contra los Ministros que dictaron esta sentencia; uno de ellos, don Marcos Aburto O., estuvo por denegar el recurso por no aparecer que los Ministros hubiesen cometido falta o abuso.

85. *El nudo propietario no tiene legitimación activa para deducir la acción de precario.* La acción de precario pretende que se restituya un bien al demandante para que éste pueda gozar de él, de manera que resulta evidente que son titulares de la misma el propietario pleno y el propietario del derecho de usufructo o usufructuario, pues ambos tienen la facultad de usar y gozar de la cosa, mas no el nudo propietario, como lo es la demandante de autos, que carece de tales facultades y, consecuentemente, no tiene legitimación activa para deducir la acción que regula el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil.

C. Suprema, 2 enero 2006. F. del M. N° 530, sent. 10, p. 3461 (S. de reemplazo, C. 3°, p. 3464). G. J. N° 307, p. 86 (S. de reemplazo, C. 3°, p. 97). M.J. N° 10309 (S. de reemplazo, C. 3°). L.P. N° 33573 (S. de reemplazo, C. 3°).

b) La nuda propiedad no basta para legitimar el ejercicio de la acción del inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, porque no está el dueño nudo en situación jurídica de impedir la tenencia por un tercero, debido a que no le asiste ese derecho.

C. Santiago, 24 mayo 1999. R., t. 96, sec. 2ª, p. 36 (C. 9°, p. 37). M.J. N° 452 (C. 9°).

86. *Legitimación de un comunero para entablar la acción de precario.* a) El artículo 2305 del Código Civil consagra, respecto de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, el denominado mandato tácito y recíproco de administración. La acción de precario interpuesta por el comunero a fin de obtener la restitución de parte del inmueble, sobre el cual recaen sus derechos, es un acto de administración, ya que mediante ella no se pretende un acto de disposición, sino de conservación del patrimonio.

C. Santiago, 2 noviembre 1982. R., t. 79, sec. 2ª, p. 69 (C. 5° y 6°, p. 70).

b) La actuación individual de la demandante, quien reconoce la existencia de la comunidad, no puede justificarse en base a un supuesto mandato tácito y recíproco que existiría entre los comuneros, pues el artículo 2307 del Código Civil demuestra que en nuestra legislación, dicho mandato no existe, tal como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia.

C. Santiago, 22 enero 2002. R. t. 99, sec. 2°, p. 5 (C. 6°, p. 6). G. J. N° 260 p. 152 (C. 6°, p. 152). L.P. N° 23954 (C. 6°).

c) Que la calidad de comunera del predio, como se establece en la reflexión 5ª del fallo de primera instancia, y que funda la demandante su titularidad para ejercer la acción de precario es suficientemente idónea y hábil al respecto. En efecto, indudablemente en la especie se ha actuado en procura de la conservación del haber común, y de conformidad con lo que disponen los artículos 2305 y 2307 del Código Civil, cada comunero es obligado a cuidar del haber y, en su caso, a ejercer las acciones que sean necesarias para mantener la unidad de lo común, como ocurre precisamente con la acción de precario.

C. Suprema, 4 enero 2001. R. t. 98, sec. 1ª, p. 19 (S. de reemplazo, C. 1°, p. 21). M.J. N° 6462 (S. de reemplazo, C. 1°)

d) El artículo 2305 del Código Civil consagra respecto de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, el denominado mandato tácito y recíproco de administración. La acción de precario interpuesta por el comunero a fin de obtener la restitución de parte del inmueble sobre el cual recaen sus derechos, es un acto de administración, pues no se pretende un acto de disposición sino de conservación. Luego la demandante ha podido legalmente interponer su acción. (Fallos del Mes N° 383 - octubre de 1990). Lo anterior resulta aplicable al caso en litigio, pues es evidente que de acogerse la acción interpuesta, ello favorecerá a toda la comunidad hereditaria.

C. Copiapó, 21 agosto 2002. G.J. N° 268, p. 82 (C. 4°, p. 82).

e) El artículo 2305 del Código Civil, reconoce a cada uno de los comuneros derechos, sobre la cosa común, derechos que se asimilan según la norma citada a la de los socios en el haber social lo que importa, de acuerdo al artículo 2081 del texto legal citado, conservar la administración del bien social. Entendiéndose que por tal motivo cada uno de ellos detenta la facultad de administrarlos y por consiguiente cuidar de la conservación de los mismos, como impone el artículo 2078. Que, en estas condiciones, es procedente acoger la acción de precario entablada por la demandante, estimándose que tiene la titularidad para hacerlo, pues mediante su ejercicio se procura la conservación del bien común.

C. Santiago, 8 marzo 2007. G.J. N° 321, p.171 (C. 1° y 2°, p. 171). L.P. N° 36254 (C. 1° y 2°).

87. *Legitimación de los comuneros para entablar la acción de precario.* a) La interposición de la acción de precario constituye un acto meramente conservativo de la cosa común, en tanto que la calidad de comuneros de los demandantes en el inmueble en disputa es suficientemente idóneo para los efectos de ejercerla. Más aún, si se tiene presente que otros dos herederos ratificaron lo obrado en autos por las demandantes, restando uno solo de ellos, quien tampoco manifestó oposición a la acción por éstas impetrada. Que a mayor abundamiento la restitución de la propiedad ocupada beneficiará a todos los dueños de ésta, quienes podrán usar, gozar y disponer de ella sin la existencia de situaciones de hecho que la entraben, al ordenarse esa restitución, precisamente, a la comunidad toda y no en forma exclusiva a los comuneros que ejercieron la acción. Que de lo precedentemente señalado no cabe sino concluir que en la especie concurre el primer requisito de procedencia de la acción de precario, pues los actores se encuentran legitimados activamente para ejercerla.

C. San Miguel, 15 octubre 2010. L.P. N° 45917 (C. 3°, 4° y 5°).

b) Que la calidad de comuneros del inmueble es suficientemente idónea y hábil para los efectos de ejercer la acción de precario, pues es indudable que en la especie se ha actuado en procura de la conservación de la cosa común. En efecto, si bien es cierto que, en estricto rigor, el que ocupa una cosa raíz inscrita a nombre de otro u otros a título de precario no podrá adquirirla por prescripción, atendido lo dispuesto en el artículo 2505 del Código Civil, ni enajenarla eficazmente a otro transfiriendo un dominio que no detenta y, en este entendido, la “mera tenencia del inmueble por un tercero no representa la destrucción o pérdida que la ley quiere evitar”, debe tenerse también en consideración que el derecho de propiedad no se agota únicamente en la facultad de disposición. Los atributos del dominio también comprenden las

facultades de uso y goce, que legítimamente los dueños de una cosa que no detenta materialmente pueden aspirar a recuperar a fin de conservarlas y de este modo, recibir el provecho que representa el hecho de servirse de la cosa según su naturaleza y servirse de los frutos que de ella provengan. De este modo, el ejercicio de la acción de precario naturalmente constituye un acto meramente conservativo de la cosa común.

C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. N° 43036 (C. 7°).

c) Que, como se adelantara, el titular de la acción de precario es el dueño del bien a la que ella concierne y, como también ya quedara asentado, el actor es copropietario del mismo, por lo que es palmario su interés en que se obtenga su reintegro de manos del demandado. Conforme a lo prescrito en el artículo 2305 del Código Civil, el derecho de cada comunero sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social y, según esto, con arreglo a la norma del artículo 2081 de la mencionada Codificación, el que no se haya otorgado la administración a uno o más de los socios, aquí comuneros, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los demás el poder de administrar con la facultad de cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que conforman el haber social, el haber común acá -, entre otras. Este mandato tácito y recíproco entre los socios, extrapolado a los integrantes de una comunidad en lo que toca a la administración de la cosa común, lleva a sostener el derecho que éstos tienen, individualmente considerados, para salvaguardar ese patrimonio indiviso; paradigma de conservación que precisamente viene a encarnar la acción de precario, toda vez que por ella se persigue preservar el haber de la comunidad, configurando, por tanto un acto de administración. A mayor abundamiento, sobre el particular se ha dicho: "A fin de evitar futuros pleitos y obtener los efectos de la cosa juzgada, el demandado no puede sin más ni más atacar la acción de un comunero por falta de autorización o poder de los otros copartícipes. Para lograrlo debe pedir que ponga la demanda en conocimiento de los comuneros que no concurren a entablarla, en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, no procede desechar la acción de comodato precario respecto del bien raíz común en razón de no haberse deducido por todos los comuneros en el dominio, sino sólo por algunos de ellos" (C. Santiago, 19 de mayo de 1959, RDJ T.56, secc. 2ª, pág.29).

C. Suprema, 1 julio 2010. G.J. N° 361, p. 72 (S. de reemplazo, C. 3° y 4°, p. 80). L. P. N° 44890 (S. de reemplazo, C. 3° y 4°).

d) Los comuneros, al igual que los socios, tienen el poder de administración de los bienes generales y, por consiguiente, disponen de las facultades necesarias para cuidar de la conservación de las especies que constituyen la universalidad, pero, como ninguno de los copartícipes puede ser obligado a demandar, cualquiera de ellos está habilitado para entablar y proseguir por sí solo las acciones judiciales tendientes al mantenimiento íntegro de la cosa en favor de todos sus miembros, máxime cuando con su ejercicio no se trata de efectuar innovaciones en ella –que es lo que la ley impide sin el consentimiento de los demás–, sino que, por el contrario, sólo se procura conservar los derechos de la comunidad sobre aquélla, entre los que se comprenden los suyos propios.

C. Valparaíso, 15 septiembre 1997. G.J. N° 206, p. 90 (C. 4°, p. 90). L.P. N° 14793 (C. 4°).

88. *Necesidad de que concurren todos los comuneros para demandar de precario.* Que como lo sostiene fundadamente el profesor don Manuel Somarriva Undurraga en su obra "Indivisión y Partición", entre los indivisarios no existe el mandato tácito y recíproco de administración que el artículo 2081 reconoce a los socios de una sociedad, porque, entre otros fundamentos, como lo ha resuelto la Excm. Corte Suprema, en sentencia citada por el mismo autor, la comunidad no es una persona jurídica que pueda ser representada judicial o extrajudicialmente, como es la sociedad a virtud de lo dispuesto en el artículo 2053 del Código Civil, y porque del referido artículo 2305 no se desprende que un comunero pueda ejercer otras facultades que las generales mencionadas en el artículo 2132 del código citado, o bien, en el caso de un heredero que administra, mientras no hayan aceptado todos, de acuerdo con el artículo 1240, las facultades serán las mismas de curador de la herencia yacente, que conforme al artículo 487, son las de mera custodia y conservación, y las necesarias para el cobro de créditos y el pago de las deudas y, por consiguiente, en ningún caso podría, porque estaría fuera de esas atribuciones, entablar, sin poder de los demás comuneros, una acción reivindicatoria, en el caso resuelto por ese fallo. Que por estos fundamentos puede concluirse: a) que las demandante sólo acreditaron la calidad de dueñas de cuotas en una comunidad compuesta por ella y otros comuneros, y, por ende, carecen del dominio exclusivo sobre el inmueble, requisito esencial exigido por la disposición legal que invocan en su demanda; b) que siendo necesario, en consecuencia, la concurrencia de los demás herederos para interponer la demanda, carecen las actoras de la legitimación activa que alegan para el ejercicio de la acción; y c) que aunque el demandado no fue defendido en forma y oportunamente, no se puede sostener que se encuentre ocupando el inmueble por la mera tolerancia o ignorancia de todos los comuneros propietarios de este, razones todas por las que ha de rechazarse la demanda de autos.

C. Punta Arenas, 25 marzo 2008. L.P. Nº 38571 (C. 11 y 12).

89. *Procedencia de la acción entablada por el adjudicatario de un bien contra el comunero que lo mantiene en su poder.* La acción de comodato precario es eficaz para obtener del coheredero demandado la restitución del inmueble que le fue adjudicado al actor en la partición y que aquél, con anterioridad a la adjudicación, poseía proindiviso.

C. Chillán, 26 junio 1957. R., t. 54, sec. 1ª, p. 269.

90. *Acción de precario contra el que detenta parte de un bien aportado a una sociedad, no habiéndose ejercitado antes la entrega de los aportes; otros hechos que se oponen a la acción de precario.* Es improcedente el ejercicio de la acción de término de comodato precario por parte del socio administrador de una sociedad de responsabilidad limitada para obtener el desalojo del fundo aportado a la sociedad por su consocia (separada totalmente de bienes) y ocupado en parte por el marido y apoderado de ella, si se ha establecido que no se hizo una entrega material completa del aporte, que el ocupante lo era desde mucho antes de suscrita la escritura social, que la socia era precisamente la dueña del fundo aportado a la sociedad, que no se ha ejercitado la acción pertinente para obtener la entrega material de los aportes, que está pendiente, y que el demandado ha probado que ocupa parte de las casas del fundo a otro título que el de mera tolerancia del socio administrador.

C. Santiago, 31 julio 1959. R., t. 56, sec. 2ª, p. 55.

91. *No es necesario demandar de precario a todos los que habitan un inmueble junto con la precarista.* La demandada, al alegar que ocupa la propiedad en calidad de heredera está reconociendo ser la legítima contradictora de la actora, por lo que no puede prosperar su alegación en orden a que con ella viven otras personas a las que también debió demandarse. De aceptarse esta argumentación podría presentarse el absurdo que después de incoado un juicio el ocupante precario podría invitar a otras personas a vivir con él, los que no podrían ser lanzados, a menos de iniciarse un nuevo juicio.

C. Concepción, 27 enero 2000. L.P. N° 17326 (C. 2°).

D. ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE PRECARIO

92. *Procedimiento para los precarios que emanan de contratos y para los existentes sin contrato.* La ley da al comodante del contrato de comodato precario, acción de restitución del objeto entregado en el préstamo, pero califica también de precaria la situación de hecho que describe el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil; tal ubicación del precepto permite colegir que el propietario a que él se refiere tiene asimismo una acción semejante a la del comodato. A su vez, el Código de Procedimiento Civil establece el procedimiento sumario para los juicios de comodato precario sobre la situación precaria referida en el inciso 2° del artículo 2195.

Dada la naturaleza sumaria del juicio, debe resultar posible esclarecer las exigencias del inciso recién mencionado en un procedimiento de esa clase. No ha de plantearse la controversia en términos tales que sólo pudiera dilucidarse en un juicio de lato conocimiento.

C. Suprema, 12 enero 1981. F. del M. N° 266, sent. 7ª, p. 480 (C. 1° y 2°, p. 481).

93. *Justificativo de la tramitación de la acción de precario con arreglo al procedimiento sumario.* a) En el precario existe, sustancialmente, un conflicto entre una situación de derecho (dominio del dueño de la cosa en su calidad de propietario) y una situación de hecho (tenencia del demandado sin título legal alguno). Este conflicto de carácter simple justifica que la acción respectiva se desenvuelva a través del procedimiento sumario, como lo ordena el N° 6° del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil.

C. Suprema, 28 agosto 1970. F. del M. N° 141, sent. 8ª, p. 187 (C. 6°, p. 188). R., t. 67, sec. 1ª, p. 358.

b) Sustancialmente, en el precario existe un conflicto entre una situación de derecho – dominio del dueño de la cosa en su calidad de comodante– y una situación de hecho –tenencia del comodatario sin título legal alguno–. Este conflicto, de carácter simple, justifica que la acción respectiva se desenvuelva en el procedimiento sumario, como lo ordena el N° 6° del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, si la persona demandada con esta acción desconoce el dominio absoluto del actor, y junto con desconocerlo invoca en su favor un título por lo menos aparente que le permite excepcionarse alegando condominio sobre la cosa discutida, y ello lo comprueba – *prima facie*– con documentos fidedignos relativos a un supuesto derecho en la especie que se dice es común, queda descartada la existencia del estado de precario que es el justificativo de

la acción.²⁴⁵

1. C. Suprema, 17 marzo 1967. R., t. 64, sec. 1ª, p. 54.

2. C. Suprema, 28 agosto 1970. F. del M. Nº 141, sent. 8ª, p. 187 (C. 6º, p. 188). R., t. 67, sec. 1ª, p. 358.

94. *Carácter breve y sumario de la acción de precario; improcedencia de ella respecto de situaciones que exigen un esclarecimiento lato.* Por su carácter breve y sumario, la acción de precario tiende a regular una situación de hecho estimada irregular y conflictiva. No procede respecto de situaciones que necesitan de un esclarecimiento lato y que, lógicamente, deben fundarse en otra figura distinta a la del precario.

C. Suprema, 4 enero 1973. R., t. 70, sec. 1ª, p. 1.

95. *Materias que no pueden plantearse en el juicio de precario.* En el precario se plantea un conflicto entre una situación de derecho, dominio del dueño de la cosa, y una situación de hecho, tenencia de la cosa por el demandado sin título legal alguno. De ahí la necesidad de encauzar el debate, que es de carácter simple, por las vías del procedimiento sumario (C. de Procedimiento Civil, art. 680, Nº 6) y excluir, en razón de lo mismo, materias que por su densidad doctrinaria o jurídica no pueden plantearse en él.

C. Concepción, 31 julio 1984. R., t. 81, sec. 2ª, p. 81 (C. 20, 2º párrafo, p. 87).

96. *Materias que no debe resolver el tribunal en el juicio de procedimiento sumario atinentes al título alegado por el demandado.* No corresponde en el juicio de procedimiento sumario estudiar, ponderar y resolver el alcance, naturaleza y efectos del título alegado por el demandado, aparentemente contradictorio con el título del actor. Pretender hacerlo importaría resolver materias ajenas a la demanda de precario, que sólo persigue solucionar en forma rápida un conflicto de hecho. Por eso, están en la razón los jueces de la causa y se ajusta a derecho la declaración contenida en la sentencia recurrida en el sentido de que lo resuelto en ella es sin perjuicio de lo que en definitiva pueda determinarse en un eventual juicio respecto a la legitimidad de los derechos impugnados.

C. Suprema, 17 marzo 1967. R., t. 64, sec. 1ª, p. 54.

97. *El dominio y sus títulos en el debate del juicio de precario.* a) En el juicio sobre comodato precario es posible discutir acerca del dominio de la cosa cuya restitución se solicita.

C. Suprema, 29 abril 1950. R., t. 47, sec. 1ª, p. 297 (C. 3º, p. 300).

b) En los juicios acumulados en que la partes ejercitan recíprocamente entre sí la acción de comodato precario, no procede discutir el dominio que ambas alegan sobre el inmueble objeto del supuesto precario. Semejante litis es impropia de un juicio sumario; debe ventilarse en uno ordinario.

²⁴⁵ El primer párrafo es común a ambas sentencias; el segundo sólo corresponde a la sentencia indicada con la letra a).

C. Suprema, 6 agosto 1956. R., t. 53, sec. 1ª, p. 156.

c) El juicio en que se hace valer la acción de precario del artículo 2195, inciso 2º del Código Civil, dado su carácter sumario, no es adecuado para resolver a quién pertenece un bien raíz cuando ambas partes tienen o invocan 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 uno sumario, como es el que corresponde al precario.

C. Suprema, 19 mayo 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 140 (C. 2º y 3º, p. 141).

d) Interpuesta la acción de precario que establece el artículo 2195, inciso 2º, del Código Civil, sólo cabe analizar como materia de la causa, el dominio por parte del actor respecto del inmueble cuya restitución se solicita, la ocupación del mismo por el demandado, y el título que justifica tal ocupación, bastando para comprobar la primera circunstancia, la existencia de la respectiva inscripción de dominio en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente; de este modo, la validez o nulidad de los actos que darán origen a la inscripción de dominio del actor, constituyen materia del todo ajena a la litis.

Los jueces que se extienden a puntos en que no cabe emitir pronunciamiento incurrir en el vicio de *ultra petita*, haciendo procedente la invalidación del fallo.

C. Suprema, 24 noviembre 1994. F. del M. Nº 432, sent. 3ª, p. 796. R., t. 91, sec. 1ª, p. 111.

e) El dominio del predio se encuentra discutido, puesto que la demandada ha impugnado la titularidad del demandante en el inmueble de autos al señalar que el instrumento fundante está cuestionado en su plena validez. Dicha materia que versa sobre el dominio de la cosa no se puede resolver en un procedimiento breve y sumario como el presente, sino en un juicio de lato conocimiento.

C. Suprema, 29 diciembre 1997. F. del M. Nº 469, sent. 4ª, p. 2185 (C. 5º, p. 2188). G.J. Nº 210, p. 23 (C. 5º, p. 29). L.P. Nº 14948 (C. 5º).

f) Es esencial para el "precario" el reconocimiento del usuario de que la cosa que tiene por ignorancia o mera tolerancia de un tercero es ajena, o sea, que no es propia; la ausencia de esta condición margina el precario y, mucho más queda marginado aún, si quien detenta el bien lo hace porque se estima ser dueño, no pudiendo aplicarse a su respecto las reglas y modalidades propias a aquella situación jurídica para reclamar la restitución de tal bien, pues en su caso se está ante una controversia sobre el dominio o posesión, que correspondería ventilar ejercitando la acción pertinente y en el procedimiento adecuado.

C. Chillán, 7 junio 2002. L.P. Nº 29063 (C. 10).²⁴⁶

98. *Posibilidad de desconocer al demandante de precario su calidad de dueño de la cosa que reclama.* Sin duda, el demandado de precario no puede, dentro de un procedimiento sumario, disputar al actor su derecho de dominio, atribuyéndoselo él y pretender que así se declare; pero

²⁴⁶ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Chillán, 7 junio 2002. L.P. Nº 29063).

sí puede desconocerle su calidad de dueño haciendo valer los antecedentes que correspondan, toda vez que el buen éxito de la acción de precario depende, entre otros requisitos, de que el sujeto que la entabla sea dueño de la cosa que demanda y lo acredite. Por la misma razón, el demandado no está impedido de alegar que el actor de precario no es dueño de la cosa que reclama y que el titular es un tercero.

El juez no puede dejar de considerar la documentación acompañada por el demandado de precario dirigida a probar que el demandante no es dueño de la cosa que reclama, fundándose para ello en que aquél no está legitimado para discutir la titularidad de la acción de éste.

C. Suprema, 4 marzo 1986. F. del M. N° 329, sent. 4ª, p. 10 (C. 8º y 9º, p. 13).

99. *Controversia suscitada en el juicio sumario de comodato precario que exige llevar la litis a la vía ordinaria.* La procedencia de la acción de comodato precario presupone: a) la calidad de dueño, no discutida, que se atribuye el actor, y b) la simple tenencia de la cosa reclamada que sustenta el demandado. Trátase, pues, del ejercicio de una acción en la que no se discuten vínculos contractuales; sólo se debate la simple aquiescencia o ignorancia del dueño. Esta simplicidad de la materia posibilita y justifica su tramitación ceñida al procedimiento sumario, conforme ordena la ley.

Por consiguiente, si el demandado de precario desconoce los antecedentes que sirven de fundamento a la demanda y en su favor invoca un título que le permite alegar dominio o posesión sobre la cosa disputada, y esto lo comprueba mediante testigos o la simple exhibición de documentos auténticos que dicen relación con aquella cosa, queda demostrada la inexistencia del estado de precario en que se apoyó la acción.

Entrar a estudiar dentro del procedimiento sumario el alcance del título del demandado y resolver acerca de su validez en relación con los títulos que ha podido presentar el actor, importa el análisis y decisión de materias que no se plantean en la demanda y lleva a transformar la acción sumaria en otra diversa de la ejercitada.

El título o contrato que exhibe el demandado no es necesario que emane del actor. Síguese de todo esto que si durante la tramitación del juicio de comodato precario se afirma y comprueba que la tenencia de la cosa reclamada la ejercita el demandado a virtud de cualquier título que lo autorice para retenerla, lo que no presupone ignorancia o mera tolerancia del actor, y si, más todavía, con el mérito de ese título se le desconoce al que se dice dueño tal calidad, el conflicto exige una discusión más amplia que la tolerada por el juicio sumario de comodato. Porque en ella entran en juego materias más delicadas, como son los alcances de la posesión o del dominio que las partes respectivamente se atribuyen. La acción sumaria de comodato precario no autoriza discutir y resolver el mejor derecho de las partes al dominio y goce del inmueble cuestionado. Semejante materia exige la vía ordinaria y el ejercicio de la acción que corresponda.

C. Suprema, 1º junio 1954. R., t. 51, sec. 1ª, p. 294.

100. *Atribución del dominio de la cosa a otra persona que el demandante; citación de evicción.* No se desnaturaliza la acción de comodato precario deducida por el actor en su calidad de dueño de la propiedad materia de la litis y su ocupación gratuita por el demandado, sin previo contrato, por el hecho de que se le niegue dominio sobre la cosa demandada y se sostenga que el dueño de la misma es un tercero extraño, si este tercero no comparece a la litis

a defender al demandado, y, en cambio, el actor prueba su dominio y la acción deducida.

C. Suprema, 21 diciembre 1949. R., t. 47, sec. 1ª, p. 36 (C. 10, p. 42).²⁴⁷

101. *Alegación de que el testador dispuso de un bien que no le pertenecía.* No puede discutirse en un juicio de comodato precario la alegación de que en una cláusula testamentaria dispuso de un bien que no le pertenecía.

C. San Miguel, 8 junio 1981. R., t. 78, sec. 2ª, p. 100.

102. *Inadmisibilidad del cambio del procedimiento sumario.* El inciso 2º del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil señala los casos en que *especialmente* se aplica el procedimiento sumario, entre los cuales señala los juicios sobre comodato precario. Ahora bien, el artículo 681 del mismo Código dice que en los casos del inciso 1º del artículo anterior, iniciado el procedimiento sumario podrá decretarse su continuación ajustado a las reglas del juicio ordinario, si existen motivos fundados para ello.

De lo expuesto se infiere que el cambio de procedimiento sumario por el ordinario sólo lo permite la ley en las hipótesis del inciso 1º del mencionado artículo 680, según el cual el procedimiento sumario se aplica en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz. No está autorizada la mutación de procedimientos, pues, en los casos que la ley dispone *expresamente* que deben ceñirse a la ritualidad del procedimiento sumario, como ocurre en los juicios de comodato precario (art. 680, N° 6º del inc. 2º).

C. Suprema, 26 agosto 1986. F. del M. N° 333, sent. 16, p. 512 (C. 2º y 3º, p. 513).

103. *La prueba en la acción de precario.* Tres circunstancias o requisitos deben ser probadas ante el tribunal, a saber: 1º. que el actor es dueño de la cosa cuya restitución se solicita; 2º. que el demandado tiene la mera tenencia de la misma; y 3º. que dicha tenencia obedece a la mera tolerancia o ignorancia del actor, sin previo contrato.

C. Punta Arenas, 25 marzo 2008. L.P. N° 38571 (C. 6º).

104. *Acción de precario; "onus probandi".* a) La carga de la prueba del dominio del bien cuya restitución se solicita, como la ocupación de éste por parte del demandado corresponde siempre al actor, pero una vez que acredita que es propietario del bien y que éste es ocupado por el demandado, es sobre este último en quien recae el peso de probar que esa ocupación está justificada por un título o contrato.

1. C. Suprema, 26 mayo 2007. L.P. N° 39048 (C. 4º).
2. C. Punta Arenas, 25 marzo 2008. L.P. N° 38571 (C. 7º).
3. C. Suprema, 13 mayo 2008. G.J. N° 335, p. 89 (C. 3º, p. 100). M.J. N° 17023 (C. 3º). L.P. N° 38872 (C. 3º).
4. C. Suprema, 2 junio 2008. G.J. N° 336, p. 138 (C. 6º, p. 144). L.P. N° 39230 (C. 6º).
5. C. Suprema, 3 septiembre 2008. M.J. N° 18105. L.P. N° 39671 (C. 4º).

²⁴⁷ Hay voto disidente de los Ministros señores Alfredo Larenas y Luis Agüero y Fiscal don Urbano Marín; véase la nota al número 44 letra a de la jurisprudencia de este mismo artículo 2195.

6. C. Suprema, 26 marzo 2009. L.P. N° 41848 (C. 11).
7. C. Suprema, 5 agosto 2009. G.J. N° 350, p. 108 (C. 4°, p. 116). M.J. N° 20767 (C. 4°). L.P. N° 42406 (C. 4°).
8. C. Suprema, 21 octubre 2009. L.P. N° 43036 (C. 9°).
9. C. Suprema, 10 noviembre 2009. L.P. N° 42907 (C. 4°).
10. C. Suprema, 16 noviembre 2009. L.P. N° 44904 (S. de reemplazo, C.4°).
11. C. Suprema, 28 enero 2010. L. P. N° 43330 (C. 3°).
12. C. San Miguel, 29 enero 2010. M.J. 23398 (C. 2°).
13. C. Suprema, 8 julio 2010. G.J. N° 361, p. 82 (C. 5°, p. 90). L. P. N° 45070 (C. 7°).
14. C. Suprema, 31 agosto 2010. L.P. N° 45580 (C. 6°).
15. C. Suprema, 1 septiembre 2010. G. J. N° 363, p. 89 (C. 6°, p. 94). L.P. N° 45886 (C. 6°).

b) Si se ejercita la acción derivada de un comodato precario, incumbe al demandante probar su dominio sobre el inmueble y la tenencia del mismo por el demandado; y a éste, que la tenencia suya está autorizada por el dueño o proviene de un acto o contrato que el propietario debe respetar.

C. Suprema, 13 diciembre 1954. R., t. 51, sec. 1ª, p. 605.

c) En la acción de precario corresponde al actor probar el dominio del inmueble reclamado y que éste se halla ocupado por la parte demandada, la cual, si pretende ganar el juicio, está en la necesidad de acreditar la existencia de un título que justifique la ocupación o algún vínculo contractual, respecto al predio, que la ligue con el actor. De esta manera, ajustándose al artículo 1698 del Código Civil, queda claramente establecido el peso de la prueba que recae sobre el actor y el demandado de la acción de precario.

C. Suprema, 27 diciembre 1985. R., t. 82, sec. 1ª, p. 111 (C. 4°, p. 114).

d) Para que prospere la acción que contempla el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil basta que el actor pruebe su calidad de dueño de la cosa cuya restitución persigue. Y es el demandado quien debe acreditar un título en virtud del cual le corresponde la tenencia de ella y que no sea la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

1. C. Suprema, 17 abril 1970. F. del M. N° 137, sent. 6ª, p. 37. R., t. 67, sec. 1ª, p. 110.

2. C. Suprema, 6 mayo 1970. R., t. 67, sec. 1ª, p. 139.

e) Reiteradamente ha sostenido esta Corte Suprema que los presupuestos de procedencia de esta acción son, en primer término, que el demandante pruebe ser dueño del bien cuya restitución pretende; en segundo, que acredite, asimismo, que este bien es ocupado o detentado por el demandado y, en tercer lugar, que este último no compruebe que cuenta con un título que justifica esa tenencia. De este modo, los actores han satisfecho adecuadamente la carga probatoria que sobre ellos pesaba, correspondiéndole, en consecuencia, a los demandados, demostrar que la ocupación se justifica en un título y no en la ignorancia o mera tolerancia de los dueños.

C. Suprema, 30 septiembre 2008. M.J. N° 18423 (C. 3°). L.P. N° 40347 (C. 3°).

f) Para que la acción de comodato precario prospere y se obtenga la restitución de la especie, basta acreditar la calidad indiscutida de dueño cuando la persona que detenta la tenencia material no pruebe que la tiene a otro título distinto que el de ignorancia o mera tolerancia del propietario.

1. C. Suprema, 21 octubre 1955. R., t. 52, sec. 1ª, p. 341.
2. C. Suprema, 17 marzo 1967. R., t. 64, sec. 1ª, p. 54.
3. C. Suprema, 28 agosto 1970. F. del M. N° 141, sent. 8ª, p. 187. R., t. 67, sec. 1ª, p. 358.
4. C. La Serena, 29 julio 1976. F. del M. N° 214, sent. 3ª, p. 202.²⁴⁸

g) La carga de la prueba comprende, además del peso de ésta, el de la afirmación, o sea, “las partes no sólo tienen que probar los hechos, sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamento de la sentencia”.²⁴⁹ En consecuencia, no puede acogerse la demanda de precario si en ella no se afirma ni se insinúa siquiera, y menos se prueba, que la tenencia del demandado proviene de ignorancia o mera tolerancia del actor. Falta, pues, uno de los presupuestos de la acción que es un elemento indispensable para la existencia del precario del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil.

C. Concepción, 3 diciembre 1970. R., t. 67, sec. 2ª, p. 137 (C. 3º y 4º, pp. 138-139).

105. *El peso de la prueba sobre el actor en la acción de precario.* a) Cuando se interpone la acción de precario, el actor únicamente deberá probar que es dueño de la cosa cuya restitución pide y que esta cosa se encuentra en poder del demandado.

C. Concepción, 28 abril 2008. M.J. N° 17142 (C. 2º). L.P. N° 38763 (C. 2º).

b) Compete al actor demostrar su dominio sobre el bien reclamado y la simple tenencia de la demandada respecto de aquél, de modo que aparezca como evidente el otro requisito, esto es, la ausencia de todo vínculo jurídico entre ambos, dueño y tenedora.

C. Valparaíso, 15 septiembre 1997. G.J. N° 206, p. 90 (C. 2º, p. 90). L.P. N° 14793 (C. 2º).

c) El tipo de precario consagrado en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil está constituido por los siguientes elementos: 1) el dominio que el demandante debe tener sobre la especie o bien que reclama; 2) la mera tenencia que el demandado mantenga sobre ese bien, y 3) la ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño de la cosa y el mero tenedor de ella. El actor debe establecer los dos primeros factores en forma que resulte evidente el tercero.

C. Suprema, 9 septiembre 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 264 (C. 20, p. 269).

d) No infringe el artículo 2195 del Código Civil la sentencia que rechaza la acción de

²⁴⁸ La Corte Suprema rechazó el recurso de queja contra los Ministros que pronunciaron este fallo.

²⁴⁹ Las palabras entre comillas –como lo dice la sentencia– corresponden a la obra de Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, traducción castellana, Buenos Aires, 1956. Esa misma sentencia, con inequívoco verbo y aroma de cátedra, cita también palabras del gran maestro que fue don Raúl Varela Varela, el cual explicaba: “La demanda correcta sufre, pues, la carga de afirmar los hechos y las situaciones jurídicas que sirven de apoyo a las peticiones que contiene”.

comodato precario, si no se han comprobado por el demandante la existencia del comodato, ni en qué fecha ni por qué medios o causas entró el demandado a ocupar el inmueble que pretende recuperar, ni se ha establecido la posesión por parte del actor. En el juicio de comodato precario concierne al actor acreditar los hechos constitutivos de la acción de precario, por ser él quien alega una situación distinta a la establecida.

C. Suprema, 17 mayo 1949. G. 1949, 1^{er} sem., N° 31, p. 220.

e) Para que pueda prosperar la acción de precario es menester que el actor compruebe su derecho de dominio sobre el inmueble reclamado y que el demandado es tenedor del mismo, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

C. La Serena, 4 marzo 1960. R., t. 57, sec. 2^a, p. 3.

f) Para que prospere la acción de precario establecida en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil es indispensable que el actor compruebe que se ocupa la propiedad “por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

C. Suprema, 16 mayo 1961. R., t. 58, sec. 1^a, p. 124.

g) En la acción de precario la tenencia del inmueble por el demandado sin título y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, es el elemento indispensable que fundamenta dicha acción. Corresponde acreditarlo al actor, y no lo libera de tal carga la circunstancia de que el demandado alegue detentar el inmueble como arrendatario. Porque es el actor quien sostiene que la detentación de la propiedad se basa en su mera tolerancia, supuesto que la convertiría en precaria.

C. Santiago, 29 agosto 1980. R., t. 77, sec. 2^a, p. 122 (C. 1º a 4º, p. 122).

h) 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.

C. Suprema, 18 mayo 1965. R., t. 62, sec. 1^a, p. 90.

i) En la especie se encuentra establecido que la actora es dueña del inmueble que reclama y que la demandada lo ocupa, pero los sentenciadores estimaron que era de carga de la demandante acreditar que la ocupación del inmueble lo es por mera tolerancia de su parte, lo que importa una vulneración a la norma contenida en el artículo 1698 del Código Civil y como consecuencia de ello, también se infringe el artículo 2195 del mismo cuerpo normativo, por lo que el recurso en estudio debe ser acogido.

C. Suprema, 23 noviembre 2004. L.P. N° 31414 (C. 9º y 10).

j) Si en la acción de precario el demandante alega que es dueño del inmueble y afirma que el demandado que lo ocupa lo hace por su mera tolerancia, y aquél prueba su dominio, sin que el demandado acredite que su ocupación sea a un título distinto del de la ignorancia o mera

tolerancia del dueño, la acción debe ser acogida. De lo contrario, jamás podría prosperar una acción de esta naturaleza, porque al demandante que ha probado su dominio sobre la cosa que reclama, cuya tenencia le corresponde por ser el uso y goce atributos inherentes del dominio, se trasladaría una carga de prueba imposible. Se le pondría en la necesidad de acreditar no un hecho o hechos determinados, sino un estado o situación *general* negativos, cual es la de que el tenedor ocupa el inmueble sin título alguno. En contraste, al tenedor le basta hacer una relación jurídica alegando simplemente alguno de los tantos títulos que contempla nuestro ordenamiento legal que lo habilite para mantener la especie en su poder.

C. Suprema, 22 septiembre 1981. F. del M. N° 271, sent. 4ª, p. 390 (C. 4º, p. 391).²⁵⁰

k) El que intenta la acción de precario, reglada en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, debe probar que es dueño de la cosa cuya restitución reclama, el hecho de la ocupación de la cosa por un tercero, sin previo contrato, y que esa ocupación se ejerza por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

C. Suprema, 23 septiembre 1998. F. del M. N° 478, sent. 22ª, p. 1720 (S. de reemplazo, C. 3º, p. 1722).

106. *El peso de la prueba sobre el demandado en la acción de precario.* a) De acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. En consecuencia, el demandado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, debe probar que ocupa el bien cuya restitución se solicita, por un título oponible al dueño, que justifique esa ocupación y que no fuere la ignorancia o mera tolerancia de aquél.

C. Suprema, 16 octubre 1996. L.P. N° 14064 (C. 8º).

b) Que corresponde a la demandada probar que la ocupación del inmueble es detentada por título distinto a la mera tolerancia del actor.

C. Concepción, 8 abril 2005. G.J. N° 303, p. 91 (C. 4º, p. 93). L.P. N° 32757 (C. 4º).

c) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, al demandado corresponde la carga de probar en la causa la existencia de algún acto jurídico o permiso expreso del que se haya derivado la ocupación del inmueble por su parte.

C. Suprema, 1 julio 2010. G.J. N° 361, p. 72 (S. de reemplazo, C.7º p. 81). L. P. N° 44890 (S. de reemplazo, C. 7º).

d) Que, el *onus probandi* en cuanto al título justificativo de la tenencia del inmueble recaía en los demandados (artículo 1698 del Código Civil) y esta carga no fue satisfecha de modo exhaustivo con los medios de prueba que la ley pone a disposición de los litigantes.

²⁵⁰ Este considerando 4º corresponde al voto disidente del Ministro señor Faúndez, de la Corte de Apelaciones de Santiago, y que el Supremo Tribunal consideró para acoger el recurso de queja interpuesto contra los miembros de la mayoría del tribunal de alzada.

C. Presidente Aguirre Cerda, 23 junio 2000. R., t. 97, sec. 2ª, p. 28 (C. 6º, p. 30). M.J. N° 3097 (C. 6º). L.P. N° 21590 (C. 6º).

e) En la acción de precario, estando acreditado que el actor es dueño de la cosa y que el demandado la tiene en su poder, corresponde a este último acreditar que detenta el inmueble por algún título distinto al precario.

Los jueces que no resuelven el asunto sometido a su conocimiento en esa forma, cometen faltas que deben enmendarse por la vía del recurso de queja.

C. Suprema, 28 mayo 1992. R., t. 89, sec. 1ª, p. 60.

f) El comodato precario supone una situación de hecho de desvinculación jurídica y la excepción que pudo hacer valer el demandado fundada en la existencia de un contrato para justificar la mera tenencia de la cosa le obliga a demostrarlo legalmente.

Colocar al actor en la necesidad de probar el hecho negativo de la desvinculación jurídica del demandado sería violar el artículo 1698 del Código Civil, de acuerdo con el cual corresponde al demandado acreditar la extinción de su obligación de entregar la especie a quien aparece oficialmente como su dueño.

C. Presidente Aguirre Cerda, 13 noviembre 1985. R., t. 82, sec. 2ª, p. 134 (C. 4º y 5º, p. 135).

g) La existencia del simple precario, a que se refiere el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, se configura por una “ocupación” de la cosa por “ignorancia” o por “mera tolerancia” de su dueño, que hace un tercero, o sea, entre el ocupante de la cosa y el dueño de ella no media acto o contrato alguno que legitime esa ocupación. Por lo tanto, la prueba de que esta ocupación es legítima ha de recaer en el ocupante, quien deberá comprobar, si desea persistir como tal en la cosa ocupada, sea que no hay dicha ignorancia respecto de ella por parte del propietario, sea que no existe la mera tolerancia que éste pueda invocar.

C. Santiago, 20 abril 1983. R., t. 80, sec. 2ª, p. 17 (C. 14, p. 19).²⁵¹

h) El precario (sin previo contrato) entraña una simple cuestión de hecho, como quiera que se constituye, prescindiendo de cualquier vínculo jurídico. En consecuencia, el que pretende ser dueño de una cosa e inicia la acción de precario fundada en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, basta que acredite su titularidad de dueño de esa cosa para obtener su restitución, siempre que el tenedor de ella no pruebe que está en su poder a otro título que el de mera tolerancia o ignorancia del propietario.

Si el tenedor ocupa la cosa por mera tolerancia del dueño, es preciso alterar la pura situación de hecho que invoca el demandado, pues forzosamente ha de prevalecer sobre ella el título de derecho que ostenta el dueño.

Exigir al demandante de precario que, además de su calidad de dueño de la cosa cuya restitución solicita, pruebe que el demandado ocupa el inmueble sólo por actos de mera tolerancia, significaría que esa acción nunca podría prosperar, porque al demandante se le impondría un hecho negativo: que el tenedor de la cosa no tiene título del cual nazca una

²⁵¹ En esta resolución no hay falta o abuso, según la Corte Suprema (6 octubre 1983. R., t. 80, sec. 2ª, p. 17, nota).

relación jurídica para mantener la misma en su poder.

C. Suprema, 21 octubre 1955. R., t. 52, sec. 1ª, p. 341.

i) La acción de precario (art. 2195, inc. 2º) supone la calidad de dueño no discutido que se atribuye el actor y la ausencia de vínculo jurídico alguno entre éste y el tenedor demandado. Para que la acción sea acogida basta probar la calidad indiscutida de dueño cuando el mero tenedor demandado no demuestra que mantiene la cosa en su poder material a un título distinto del que implica sólo mera tolerancia o ignorancia del dueño. En consecuencia, si el demandado no acredita en ninguna forma que ocupa el departamento a otro título que el recién señalado y el actor prueba su dominio, la sentencia mal puede desechar la demanda y declarar que no se encuentra establecido que el demandado ocupa dicho departamento sin previo contrato y por ignorancia del actor. Tal afirmación envuelve una interpretación errónea del artículo 2195, inciso 2º del Código Civil y el 1698 del mismo. La primera disposición se quebranta desfigurando el precario que ella define, y la segunda invirtiendo el peso de la prueba al exigirse al actor demostrar que el demandado ocupa el inmueble por su mera tolerancia (la del primero), cuando en realidad incumbe al demandado probar que su tenencia se funda en un título legítimo.

C. Suprema, 28 agosto 1970. R., t. 67, sec. 1ª, p. 358.

j) La recurrente pretende que "el actor debía acreditar los fundamentos fácticos de su demanda, entre otros, que no había contrato alguno que ligara a las partes con respecto a la propiedad que se pide restituir" pretensión que importa invertir el peso de la prueba lo que repugna a lo que al respecto dispone el artículo 1698 del Código Civil imponiéndole, además, la carga de acreditar un hecho negativo". Que, de acuerdo con el artículo 582 del mismo Código el "dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno" y si el titular del dominio no usa de la cosa por tener la tenencia de ésta otra persona sin título para ello, debe necesariamente presumirse que dicha tenencia es por mera liberalidad o ignorancia del dueño. Quien quiere revertir esta situación para excepcionarse de la obligación de restituir debe acreditar un título que justifique dicha tenencia en detrimento del dominio de su titular.

C. Suprema, 21 agosto 1995. G. J. N° 182, p. 61 (C. 11 y 12, p. 63). M. J. N° 2737 (C. 11 y 12).

k) El demandado, para enervar la acción que se incoe en su contra, es quien debe acreditar por los medios de prueba legal, que tiene un título que lo justifica para retener la cosa en su poder y, por lo mismo, que no la ocupa por la mera aquiescencia de su dueño. Lo anterior, conforme a la regla de la carga de la prueba establecida en el artículo 1698 del Código Civil. Que los sentenciadores de segundo grado desestimaron la demanda, porque el actor no rindió probanzas tendientes a acreditar que el demandado carecía de un título que lo habilitara para ocupar el inmueble. Como lo anterior implica imponerle la obligación de acreditar un hecho negativo, lo que no es posible, salvo que se pruebe el hecho positivo contrario; esto es, en el caso de autos, que se tiene un título para ocupar la propiedad, lo que obviamente resulta absurdo exigir al demandante atendido los fundamentos que necesariamente debe esgrimir para obtener que su libelo sea acogido y, además, como ya se dijo, dicha prueba le corresponde rendir al demandado, los jueces del fondo han alterado la regla del onus probandi

contenida en el artículo 1698 del Código Civil, infringiendo con ello lo que prescribe el inciso 2º del artículo 2195 del cuerpo legal citado.

C. Suprema, 9 marzo 1999. L.P. Nº 15766 (C. 2º y 3º).

l) Que de acuerdo al peso de la prueba, corresponde al demandado acreditar que la tenencia en estudio la ejerce en virtud de un título distinto que la simple tolerancia del demandante, pues, si se pretende lo contrario y se exige al actor que acredite la concurrencia de ese requisito, se lo obligaría a una prueba imposible: establecer la inexistencia de un título. En consecuencia, habiendo en la especie acreditado la actora el dominio del inmueble que reclama, y no habiendo probado la parte demandada que la tenencia la ejerce en virtud de un título distinto que el de la mera tolerancia del dueño, debe darse por acreditada legalmente la existencia del precario invocado como fundamento de la acción por la actora de autos.

C. Concepción, 27 enero 2000. L.P. Nº 17326 (C. 1º).

m) Que, en cuanto a la existencia de un título que ampare la ocupación del demandado y de la mera tolerancia o ignorancia del dueño del inmueble, es preciso considerar que, habiéndose establecido el dominio del demandante respecto del inmueble objeto de la litis y teniéndose por acreditado que éste se encuentra ocupado por el demandado, incumbe a éste último desvirtuar la acción interpuesta en su contra, probando que la ocupación que efectúa, la realiza en virtud de un título legítimo.

C. La Serena, 16 septiembre 2010. L.P. Nº 45767 (C. 13).

n) Si el demandado se excepciona alegando que el bien lo detenta a título de comodato y no de precario, pesa sobre él la prueba de que su ocupación obedece a aquel título y no a la mera tolerancia de los actores.

C. Temuco, 25 marzo 1969. R., t. 66, sec. 2ª, p. 10 (C. 8º, p. 14).

ñ) Incumbe al demandado de comodato precario probar su excepción basada en que su ocupación obedece a su calidad de arrendatario del inmueble y no –como lo sostiene el actor– a su ignorancia y mera tolerancia.

C. Suprema, 13 marzo 1968. R., t. 65, sec. 1ª, p. 141.

o) Que si, como sucede en la especie, la demandada sostiene que entre las partes se ha celebrado un contrato de promesa de compraventa, habiéndose efectuado un abono al precio por parte de la promitente compradora y llevada a cabo la entrega material del predio a esta última por el promitente vendedor, de acuerdo con la conocida regla general en materia de *onus probandi*, establecida en el artículo 1698 del Código Civil, ha correspondido a la demandada demostrar que su tenencia tuvo origen en algún título habilitante, que justifica su ocupación, situación que es justamente la que ha sucedido en este caso.

C. Suprema, 22 mayo 2006. F. del M. N° 533, sent. 26ª, p. 1017 (S. de reemplazo, C.1º p. 1022). L.P. N° 34468 (S. de reemplazo, C.1º).

107. *Necesidad de probar el dominio del actor de precario.* a) El dominio del actor de precario ha de demostrarse aunque no se impugne, porque deben comprobarse los fundamentos de la acción.

C. Suprema, 12 enero 1981. F. del M. N° 266, sec. 7ª, p. 480 (C. 3º, p. 481).

b) Dado nuestro sistema, la inscripción de un inmueble en el Conservador de Bienes Raíces no comprueba necesariamente que pertenezca en dominio al titular de ella, y si este punto no se esclarece sumariamente en el juicio de precario, tal falta de esclarecimiento impide por sí sola acoger la demanda.

C. Suprema, 12 enero 1981. F. del M. N° 266, sent. 7ª, p. 480 (C. 4º y 5º, pp. 481-482).

c) Para acoger la acción de precario es necesario que el demandante acredite completamente su dominio sobre la cosa reclamada. Si así no ocurre y los jueces dan lugar a dicha acción, cometen falta o abuso susceptible de enmendarse por la vía disciplinaria.²⁵²

C. Suprema, 12 enero 1981. R., t. 78, sec. 1ª, p. 5 (C. 5º y 7º, p. 6).

d) La acción de precario presupone que la calidad de dueño del actor sea indubitada y no discutida y que la ocupación del bien raíz no obedezca a la existencia de algún título que le permita esa ocupación y que en definitiva lo sea por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Que de acuerdo a lo que se ha venido razonando, la calidad de dueños exclusivos de los actores se ha cuestionado y no se encuentra acreditada la mera tolerancia de los mismos respecto de la ocupación del inmueble por la demandada, por lo que la acción de precario debe ser desestimada.

C. Suprema, 25 marzo 2003. L.P. N° 26358 (C. 4º y S. de reemplazo, C. 4º y 5º).

e) El actor ha probado que adquirió el inmueble en compraventa en pública subasta ante el juez partidor, como representante de los vendedores y sin la intervención de la demandada, cónyuge de uno de los vendedores, lo que en concepto de este Tribunal puede constituir, en este caso, un dominio discutible que no se aviene con la exigencia del inciso 2º del artículo 2195 citado en cuanto debe probarse que el demandante es dueño, sin lugar a dudas, de la cosa cuya devolución se solicita.

C. Suprema, 25 octubre 2001. L. P. N° 22943 (C. 9º, 10 y 11).

108. *Prueba del dominio en el precario.* La escritura pública de fojas uno, no acredita dominio, tanto en la expresión formal del documento acompañado, "simple fotocopia del

²⁵² En voto contrario, el Ministro señor Octavio Ramírez estuvo por desestimar el recurso de queja y pronunciarse sobre el de casación en la forma entablado por los demandados, pues en su concepto no existe falta ni abuso que corregir por la vía disciplinaria.

presunto título", cuanto que no aparece aparejada de la inscripción registral de dominio conforme a derecho. La referencia fotocopiada: "Dominio por las fojas 835, 338 de hoy 17 febrero 2003" no constituye certificación de dominio y no lo acredita.

C. Antofagasta, 20 mayo 2004. L.P. N° 31400 (C. 5°).

109. *Hechos que demuestran la inexistencia del estado de precario.* a) Si la persona demandada de precario desconoce los antecedentes que sirven de fundamento a la demanda e invoca en su favor un título que le permite alegar dominio o posesión sobre la cosa disputada, y esto lo comprueba mediante testigos o la simple exhibición de documentos auténticos que dicen relación con la cosa cuestionada, queda demostrado que no existe el estado de precario que ha servido de apoyo a la acción.

C. Suprema, 1° de junio 1954. R., t. 51, sec. 1ª, p. 294.

110. *Necesidad de probar la existencia de un título que habilite la ocupación para que pueda rechazarse la acción de precario.* Es condición esencial para prosperar la acción de precario que la parte demandada ejerza la tenencia de cosa singular sin previo contrato y consecuencialmente, por ignorancia o mera tolerancia del dueño, de manera que si el tenedor demuestra que su ocupación derive de un título que lo habilite legítimamente para ejercerla se deberá rechazar la demanda y si por el contrario, ella no sucede, pues habrá de acogerla.

Juzg. Letras de Lota, 26 mayo 1998. L.P. N° 17326 (C. 6°).²⁵³

111. *Necesidad de probar el título que justifica la tenencia; prueba del contrato de promesa.* Si el demandado de precario alega que con el anterior dueño del sitio que ocupa celebró un contrato de promesa de compraventa y para acreditarlo rinde prueba testimonial de que en ese terreno, a ciencia y paciencia del dueño, construyó el edificio que ocupa, la excepción debe ser rechazada. Porque si bien dicha prueba puede ser útil para los efectos de los artículos 239 del Código de Procedimiento Civil²⁵⁴ y 669 inciso 2° del Código Civil,²⁵⁵ no es eficaz para establecer el contrato de promesa de venta que se pretende haber estipulado, pues éste sólo tiene validez si se otorga por escrito y se cumplen los demás requisitos señalados en el artículo 1554 del Código Civil.

C. Suprema, 14 octubre 1980. F. del M. N° 263, sent. 4ª, p. 318 (C. 2°, p. 321).

112. *Ocupación de la cosa contra la voluntad del dueño; hecho del pleito.* Es un hecho de la causa la circunstancia de que el demandado ocupa los terrenos contra la voluntad del demandante. (Este era el dueño de ellos y pretendía su restitución, alegando que el demandado

²⁵³ Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones y Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 16 octubre 2000. L.P. N° 17326).

²⁵⁴ Dice este artículo: "Las reclamaciones que el obligado a restituir una cosa raíz o mueble tenga derecho a deducir en razón de prestaciones a que esté obligado el vencedor y que no haya hecho valer en el juicio en que se dictó la sentencia que se trata de cumplir, se tramitarán en forma incidental con audiencia de las partes, sin entorpecer el cumplimiento de la sentencia, salvo las excepciones legales".

²⁵⁵ Prescribe tal inciso: "Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

los ocupaba por mera tolerancia suya.)

C. Suprema, 2 agosto 1934. R., t. 31, sec. 1ª, p. 540.

113. *Acción de precario entablada por el dueño del inmueble; rebeldía del tenedor de éste.* Acreditado por el demandante de precario su dominio sobre el inmueble que, por ignorancia suya, detenta el demandado y notificado éste personalmente de la demanda y su providencia, sin que compareciera jamás al pleito, continuando el mismo en todos sus trámites legales en rebeldía del demandado, debe darse lugar a la demanda en todas sus partes.

C. Concepción, 30 septiembre 1986. J. Nº 37, p. 40 (C. 1º, 2º, 4º y 18), pp. 41 a 44.

114. *Cosa juzgada.* a) Procede aceptar la excepción de cosa juzgada si en el primer pleito el actual demandante entabló una mal llamada acción de terminación de comodato precario, porque el propio actor sostuvo que el demandado ocupaba los terrenos cuestionados sin contrato alguno y por mera ignorancia de su parte, para obtener la restitución de esos terrenos, diciéndose dueño de ellos e invocando ese dominio como fundamento de su acción, alegando el demandado, por su parte, igual dominio, cuestión de dominio que fue resuelta por sentencia ejecutoriada que rechazó la demanda, y si en este segundo pleito, en que se ha opuesto aquella excepción, se ha renovado la misma controversia, al pedirse igualmente la restitución del mismo objeto, aunque se haya cuidado por el solicitante de variar la calificación de su acción, al titularla como reivindicatoria.

C. Santiago, 21 septiembre 1950. R., t. 47, sec. 2ª, p. 57.

b) Procede acoger la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado si el primer juicio lo perdió el actor porque no probó el dominio, aunque en el segundo lo haya logrado. Una cosa son los medios probatorios para acreditar el dominio y otra diversa la causa de pedir y, por ende, los hechos probados en la segunda causa no modifican la autoridad de cosa juzgada que alcanzó el fallo dictado en la anterior. Tales hechos representan una prueba omitida antes y que después se torna jurídicamente extemporánea y sin provecho para el actor.

C. Suprema, 2 junio 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 164 (C. 5º a 7º, p. 166).

115. *Causa de pedir en el comodato precario.* En la demanda de comodato precario en que el actor sostiene ser dueño del inmueble y que el demandado lo ocupa por ignorancia o mera tolerancia suya, la causa de pedir es el dominio.

C. Suprema, 2 junio 1971. R., t. 68, sec. 1ª, p. 164 (C. 5º a 7º, p. 166).

116. *El haber iniciado un juicio reivindicatorio contra el detentador no priva al actor de la acción de precario.* La circunstancia de que el actor hubiera iniciado en contra del demandado un juicio ordinario de reivindicación no lo priva de la acción que otorga el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, supuesto que haya logrado acreditar que se reúnen los requisitos exigidos por la ley para que prospere dicha acción: no existe en el ordenamiento jurídico disposición legal alguna que le impida el derecho de ejercitarla.

C. Suprema, 17 abril 1970. F. del M. N° 137, sent. 6ª, p. 37. R., t. 67, sec. 1ª, p. 110.

117. *Intrascendencia del juicio pendiente en que se persigue la nulidad del título invocado por el actor de la acción de precario.* Mientras no se dicte sentencia en el juicio en que el demandado de precario solicita que se declare nulo el título de dominio invocado por el actor, aquél no tendrá un título para ocupar el inmueble que actualmente detenta por mera tolerancia de éste.

C. Suprema, 17 abril 1970. R., t. 67, sec. 1ª, p. 110.

118. *Plazo fijado por el tribunal para la restitución, sin haber pedido ninguno el demandante; inexistencia de “ultra petita” ni agravio.* No hay vicio de *ultra petita* si la sentencia ordena la restitución del inmueble pedido por el actor, basándose en la disposición del inciso 2º del artículo 2195, y en la especie concurren todos los requisitos por éste exigidos.

La circunstancia de que el actor no haya mencionado plazo alguno para la restitución y el tribunal mande hacerla en el plazo de cinco días, contados desde que quede ejecutoriada la sentencia respectiva, no hace incurrir a ésta en el vicio de *ultra petita*. Aquella declaración, lejos de perjudicar al demandado y recurrente y constituirlo en parte agraviada, lo beneficia con el otorgamiento de ese plazo de cinco días.²⁵⁶

C. Suprema, 13 diciembre 1965. R., t. 62, sec. 1ª, p. 468.

119. *Nulidad de la sentencia por vicios relacionados con los supuestos de la acción de precario y su prueba; casación.* Es nula la sentencia sobre acción de precario que contiene los siguientes vicios: a) el de no referirse al dominio del actor sobre el inmueble en torno al cual gira la litis; b) el no decidir si correspondía o no al actor la carga de la prueba de ese dominio; c) el no resolver si la demandada ocupaba por mera tolerancia solamente las habitaciones cuya restitución pide el actor de precario; d) el desestimar las declaraciones de los testigos de oídas prescindiendo de la norma legal de evaluación de dichos testimonios, y e) el omitir ponderar en derecho los documentos acompañados por la demandada para acreditar que no ocupaba las habitaciones por mera tolerancia del dueño, sino en virtud de un contrato de subarrendamiento pactado con el arrendatario del inmueble total.

La mencionada sentencia –que se invalida de oficio– incurre en la 5ª causal de casación prevista en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 170, N° 4º, del mismo Código.

C. Suprema, 1º agosto 1975. R., t. 72 (publicado con retraso en 1977), sec. 1ª, p. 103.

120. *Gestión administrativa para que se reconozca al solicitante la calidad de poseedor regular y juicio de comodato precario en su contra; compatibilidad.* La gestión administrativa realizada por una persona ante el Ministerio de Tierras y Bienes Nacionales, para que se le reconozca la calidad de poseedor regular de un inmueble, no obsta al curso de un juicio de

²⁵⁶ La sentencia que establece la doctrina del texto no lo dice, pero insinúa que habría beneficio con el plazo, porque, de no establecer ninguno el tribunal, el dueño de la cosa podría pedir la restitución inmediatamente de ejecutoriado el fallo.

comodato precario iniciado en su contra, ya que uno y otro tienen un objetivo distinto. Por tanto, la sentencia recaída en el último ha sido pronunciada por tribunal competente.

C. Suprema, 8 julio 1982. R., t. 79, sec. 1ª, p. 96.

121. *Recuperación unilateral de la cosa dada en comodato precario.* El préstamo gratuito crea una relación jurídica que sólo puede extinguirse en la forma legal, y ni aun la situación de hecho denominada simplemente precario autoriza al dueño de la cosa para proceder unilateralmente a recuperarla.

C. Presidente Aguirre Cerda, 26 septiembre 1994. F. del M. Nº 438, sent. 29, p. 477.

TÍTULO XXXI

Del mutuo o préstamo de consumo²⁵⁷

Artículo 2196. El *mutuo o préstamo de consumo* es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 1, y *P. 1847*, art. 539, red. def., pero decían “igual cantidad de cosas de la misma clase” en vez de “otras tantas del mismo género”.

P. 1853, art. 2339, red. def., pero decía “igual cantidad de cosas” en vez de “otras tantas”.

P. In., art. 2339, red. def.

Corresponde al art. 1892 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Entrega y restitución de la cosa como elementos del contrato mutuo.* a) La declaración hecha en el sentido de que se entregó por el mutuante y se recibió por el mutuario la cantidad dada en mutuo, sin que ello sea efectivo, es un elemento propio y esencial del contrato; de tal manera que si no se consigna, carece de eficacia legal o degenera en un proyecto o promesa de mutuo.

C. Valparaíso, 3 agosto 1951. R, t. 48, sec. 4ª, p. 160.

b) No basta que se encuentre acreditada la entrega de dinero para considerar establecido el contrato de mutuo, si a la vez no se acredita la obligación correlativa del deudor de restituirlo.

C. Suprema, 26 junio 1933. G. 1933, 1º sem., Nº 46, p. 215. R., t. 30, sec. 1ª, p. 451 (C. 6º).

2. *Causa de la obligación; entrega de la cosa.* Véase el número 4 de la jurisprudencia del artículo 2197.

3. *Fungibilidad de la cosa entregada; requisito esencial.* a) Es requisito esencial del mutuo que las cosas entregadas al mutuario sean fungibles y éstas, conforme al artículo 575 del Código Civil, que las define, se dividen en dos categorías que distingue claramente esa definición: aquellas que lo son por su naturaleza, o sea, porque no puede hacerse el uso

²⁵⁷ Véanse en el Apéndice del presente tomo, el texto completo de la Ley Nº 18.010, que establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.

conveniente a su naturaleza sin que se destruyan, y las especies monetarias, que son fungibles sólo en cuanto su valor perece para el que las emplea como tales.

C. Suprema, 1º diciembre 1921. R., t. 21, sec. 1ª, p. 190.

b) Si ha quedado constancia en la escritura pública que se entregó al mutuario cierta cantidad de dinero, y no probándose la alegación de aquél en orden a que esa cantidad se le entregó en bonos y no en dinero (por lo que, no tratándose de cosas fungibles, la obligación que se le cobra sería absolutamente nula), no ha lugar a la excepción de nulidad de la obligación opuesta por el mutuario ejecutado respecto de los intereses.

C. Santiago, 17 abril 1933. R., t. 31, sec. 1ª, p. 153.

c) Como los bonos de la Caja de Crédito Hipotecario no son bienes muebles que, conforme a la ley, deben calificarse como fungibles (consumibles), no pueden ser objeto del contrato de mutuo porque ello pugna con su naturaleza.

C. Suprema, 1º diciembre 1921. R., t. 21, sec. 1ª, p. 190.

4. *Caracteres del contrato de mutuo.* a) El mutuo, como que es un contrato real y unilateral, no necesita para su validez la concurrencia del acreedor.

1. C. Suprema, 26 julio 1919. G. 1919, 2º sem., Nº 25, p. 161.

2. C. Suprema, 13 diciembre 1929. R., t. 27, sec. 1ª, p. 693.

3. C. Concepción, 28 julio 1932. G. 1932, 2º sem., Nº 116, p. 454.

b) Véase el número 1 de la jurisprudencia del artículo 2197.

c) Véase el número 13 de la jurisprudencia de este mismo artículo 2196.

5. *Declaración del mutuante que no es sustancial en el contrato; estado civil.* La declaración del mutuante, hecha en el mismo contrato, de ser soltero, cuando en realidad era casado, carece de la condición de ser un hecho sustancial en el contrato de mutuo.

C. Valparaíso, 3 agosto 1951. R., t. 48, sec. 4ª, p. 160.

6. *Restitución de monedas cuyo valor es distinto a las efectivamente recibidas.* Véase el número 6 de la jurisprudencia del artículo 2199.

7. *Perfeccionamiento del contrato; concurrencia de la voluntad de las partes.* Véase el número 4 de la jurisprudencia de este mismo artículo 2196.

8. *Mutuo mercantil para una de las partes y civil para la otra.* El préstamo de dinero hecho por un Banco comercial a un particular debe calificarse de mercantil para aquél, porque se trata de un contrato propio de su giro (C. de Comercio, art. 3º, Nº 11; Ley General de Bancos); en cambio, para el mutuario el acto es de carácter civil, supuesto que al tiempo de celebrarlo no lo contrae en el ejercicio de una actividad mercantil.

C. Santiago, 5 octubre 1990. G. J. N° 124, sent. 3ª, p. 42 (C. 6º, p. 44).

9. *Solidaridad pasiva de los mutuarios; firma del mutuante; prueba de la convención de solidaridad.* Aunque no se halle firmado por el mutuante el documento que da constancia del mutuo y en el cual se establece la solidaridad de los deudores, no se infringen los artículos 1511, 1702 y 1706 del Código Civil al estimarse que hay convención de solidaridad; y ello porque, no siendo el mutuo un contrato solemne, el instrumento de que consta constituye la prueba de la existencia de la convención, aunque no aparezca suscrito por el mutuante, que a nada se obliga, y porque el contrato ya quedó perfeccionado con la entrega de la cosa. El contrato de mutuo es por naturaleza unilateral, ya que el acreedor no contrae obligación alguna, por lo que no es necesario que él concurra al otorgamiento del documento para que surta efecto de solidaridad.

C. Suprema, 14 agosto 1939. G. 1939, 2º sem., N° 21, p. 73 (C. 7º, 1ª inst., p. 74). R., t. 37, sec. 1ª, p. 198 (C. 7º, 1ª inst., p. 201).

10. *Actos y contratos que constituyen mutuo.* a) Si la escritura de reconocimiento de deuda acredita que el demandante prestó al demandado la suma de dinero que se cobra ejecutivamente, las relaciones jurídicas que median entre las partes derivan de un mutuo y no de una compraventa, toda vez que una de las partes entregó a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

C. Valdivia, 9 septiembre 1926. R., t. 25, sec. 2ª, p. 14.

b) No puede calificarse de sociedad el contrato en virtud del cual una de las partes entrega a la otra personalmente cierta cantidad de dinero destinado a operar en negocios de ésta, quien se reserva la propiedad de esos negocios y se obliga a restituir íntegramente aquella cantidad en los plazos y forma convenidos, abonando un determinado interés anual, y participando, además, el acreedor en la mitad de las utilidades que produjeran los negocios a que se destinaba el dinero. Trátase de un mutuo al que accidentalmente se ha agregado una cláusula de participación en los beneficios.

C. Santiago, 23 octubre 1914. R., t. 11, sec. 2ª, p. 75.

c) Es mutuo y no depósito el contrato a cuya virtud un Banco recibe dinero para hacerlo suyo con la obligación de abonar un interés hasta la restitución, y sin cargo de conservar las especies, lo cual no se conforma con lo que constituye la esencia del contrato de depósito.

C. Suprema, 2 septiembre 1878. G. 1878, N° 3.167, p. 1321.²⁵⁸

d) Véanse el número 4 c) de la jurisprudencia del artículo 2211 y la nota respectiva.

11. *Elementos y circunstancias que demuestran que un contrato es de mutuo y no de*

²⁵⁸ En voto disidente, los Ministros señores Lastarria y Silva estimaron que el contrato con el Banco era un depósito y que existía entre las partes un contrato de cuenta corriente.

sociedad. a) La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, entidad capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones y que se exterioriza por los medios que la ley ha establecido para que se conozca su existencia y se pueda apreciar cuándo es ella, y no alguno de los socios personalmente, quien actúa en la vida del Derecho. Si la de que se trata en el juicio no habría tenido nombre conocido, ni representante legal que obrara por ella, ni habría exteriorizado su acción por actos o contratos de especie alguna ejecutados en su representación, ya que el pretendido socio administrador (a quien se entregó el dinero) continuó la gestión de sus negocios como antes, en su propio nombre, y no como personero de alguna sociedad, quiere decir que el contrato de autos no es de sociedad y, como se deduce de otras razones, debe calificarse de mutuo.

C. Santiago, 23 octubre 1914. R., t. 11, sec. 2ª, p. 75.

b) Es de la naturaleza de la sociedad que el capital social responda a los terceros del cumplimiento de las obligaciones sociales, por lo que los socios están expuestos a perder sus aportes y no pueden recuperarlos mientras no se haya liquidado totalmente la sociedad. En consecuencia, litigándose sobre si hay mutuo o sociedad, debe concluirse que no existe ésta sino aquél, en caso de que una de las partes quedó a cubierto del peligro de las pérdidas y, aun más, garantida del reintegro progresivo de su aporte durante el plazo de la supuesta sociedad.

C. Santiago, 23 octubre 1914. R., t. 11, sec. 2ª, p. 75.

12. *El mutuo no degenera en sociedad por pactarse utilidades para el acreedor.* Puede estipularse en un mutuo, sin que degenera en sociedad, que el deudor abonará al acreedor, a más del interés, un porcentaje de las utilidades que obtenga.

C. Santiago, 23 octubre 1914. R., t. 11, sec. 2ª, p. 75.

13. *Otorgamiento en conjunto de un pagaré y un mutuo.* El otorgamiento de un pagaré no sólo es compatible y no afecta la vigencia de las obligaciones emanadas del contrato de mutuo, con el cual coexiste, sino que, en principio, puede tenerse por naturalmente representativo de la recepción en mutuo de una suma de dinero equivalente a la que el deudor declara deber, a menos que se pruebe lo contrario.

C. Santiago, 18 noviembre 2005. G.J. N° 305, p. 135 (C. 4° y 5°, p. 136). L.P. N° 36615 (C. 4° y 5°).²⁵⁹

14. *Actos y contratos que no constituyen mutuo.* a) No hay mutuo en la cuenta corriente mercantil.

1. C. Suprema, 28 abril 1904. G. 1904, 1º sem., N° 372, p. 389. R., t. 1, sec. 1ª, p. 408.

2. C. Suprema, 4 agosto 1909. G. 1909, 2º sem., N° 748, p. 99. R., t. 7, sec. 1ª, p. 51.

b) Los bonos hipotecarios no pueden ser objeto del contrato de mutuo. No es mutuo el contrato por el cual el deudor recibe una cantidad en bonos hipotecarios por cierto plazo y

²⁵⁹ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 10 junio 2007. L.P. N°36615).

comprometiéndose a abonar determinado interés, pactándose, además, que si el acreedor lo autoriza, podrá el deudor vender los bonos y que, en tal caso, deberá éste devolver al acreedor la cantidad líquida obtenida de la venta de los bonos.

C. Suprema, 1º diciembre 1921. G. 1921, 2º sem., Nº 93, p. 419. R., t. 21, sec. 1ª, p. 190.

c) Cedidas unas letras por el vendedor que las recibió en pago, al Banco que las descontó, el valor recibido por el vendedor no constituye jurídicamente un préstamo, sino el importe de la cesión traslativa de dominio, que permitió al vendedor obtener de un tercero la satisfacción de un crédito contra el comprador por el precio de la cesión; ello sin perjuicio de su responsabilidad como librador y cedente o endosante para el pago de las letras si no lo hiciera el aceptante a su vencimiento, responsabilidad que, en caso de hacerse efectiva, sólo podría autorizar al vendedor para ejercitar alguno de los derechos de pedir el pago de las mercaderías vendidas o el de las letras.

C. Suprema, 3 octubre 1939. G. 1939, 2º sem., Nº 44, p. 194. R., t. 37, sec. 1ª, p. 337.

d) No importa un contrato de mutuo la entrega de cierta suma de dinero hecha por una persona a otra para que inicie la explotación de unos minerales, que la primera se encargaría de vender, suma de la que se reembolsaría a medida que los vendiera, descontándola de la comisión que se le abonaría por la venta, pues no existía de parte de la que recibía esa suma la obligación de devolverla en efectivo.

C. Suprema, 26 junio 1933. R., t. 30, sec. 1ª, p. 451.

e) El contrato según el cual el deudor recibió del ejecutante una cantidad de dólares y se obligó a devolver éstos convertidos en letras, no puede calificarse como mutuo, pues no reúne los caracteres esenciales de éste, ya que las letras no son dinero.

C. Suprema, 25 agosto 1945. G. 1945, 2º sem., Nº 6, p. 45. R., t. 43, sec. 1ª, p. 142.

f) Véase el número 1 de la jurisprudencia del artículo 2221.

15. *Mutuo con garantía prendaria; acción personal y realización de la prenda.* El mutuante puede ejercer la acción ejecutiva personal, no obstante haber entablado juicio para la realización de la prenda sobre un crédito de dinero contra un tercero que le había otorgado en garantía el mutuario y no obstante no haber rendido la cuenta a que se refiere el artículo 12 del D.F.L. Nº 776, sobre realización de la prenda; la omisión de esta cuenta no purga la mora del mutuario, pues el artículo 1551 se refiere a la mora en los contratos unilaterales, como el mutuo y la prenda.

C. Suprema, 8 septiembre 1939. R., t. 37, sec. 1ª, p. 285.²⁶⁰

16. *Mutuo hipotecario; naturaleza jurídica.* El mutuo hipotecario no es un acto de comercio,

²⁶⁰ Hay voto disidente del Ministro señor J. M. Hermosilla.

sino un contrato civil.

C. Santiago, 16 junio 1928. G. 1929, 2º sem., Nº 39, p. 211. R., t. 27, sec. 1ª, p. 693.

17. *La nulidad de la hipoteca no acarrea la nulidad de mutuo que garantiza.* El mutuo, siendo un contrato principal, no es afectado por la nulidad de la hipoteca, que es accesorio.

C. Valdivia, 26 mayo 1926. R., t. 24, sec. 2ª, p. 53.

18. *Facultad del guardador para contratar mutuos.* Se comprende dentro de las facultades del tutor o curador la de contratar préstamos, obteniendo para los efectos de la hipoteca la autorización legal respectiva.

C. Valparaíso, 6 mayo 1921. R., t. 22, sec. 1ª, p. 1115.

19. *Mutuo hipotecario que afecta a los incapaces; alcance de la autorización judicial.* La tutela que el juez ejerce para revestir de validez ciertos y determinados actos y contratos de los incapaces, no alcanza sino a aquellos que la ley especialmente señaló, entre los cuales no se encuentra el de mutuo, por lo cual la referencia que se contiene en una autorización judicial acerca del tipo de interés que se pagaría por el dinero tomado en mutuo con garantía hipotecaria, no atañe a la autorización misma por ser un elemento ajeno a la circunstancia que aquél debe examinar. De consiguiente, el contrato hipotecario no es pactado con violación de la autorización judicial concedida para este efecto, y si bien pudiera argumentarse que mediante la absoluta libertad para fijar en el mutuo el tipo de interés podría despojarse a los incapaces de sus bienes, absorbiéndoles los afectos a una hipoteca, debe recordarse que la ley señaló el máximo de interés a que el deudor puede quedar obligado, fijando también el límite hasta el cual el acreedor puede exigir el monto de la obligación del bien afecto a la hipoteca.²⁶¹

C. Iquique, 9 mayo 1931. G. 1931, 1º sem., Nº 45, p. 210 (C. 10 y 11, p. 213).

20. *Mutuo hipotecario celebrado por la mujer casada; procedencia de la alegación de nulidad por parte de ésta.* Si no se establece que ha habido dolo de parte de la mujer casada para inducir al contrato de mutuo con hipoteca, puede ella alegar la nulidad. La sola aserción de no existir incapacidad o el silencio de la que existía en la mujer para contratar por ser casada, no la inhabilita para obtener el pronunciamiento de nulidad.

C. Talca, 10 octubre 1907. G. 1907, t. II, Nº 908, p. 436 (C. 1º, p. 438).

21. *Hipoteca sobre los bienes de la mujer para garantizar mutuo del marido; falta de causa.* Está desprovisto de causa el mutuo hipotecario contraído por el marido, aunque con autorización judicial por tratarse de un bien raíz de su mujer, pues no fue para bien o utilidad de ésta, sino para garantizar deudas del propio marido, contraídas antes de su matrimonio, según lo confiesa el acreedor.

²⁶¹ Por estas razones la Corte declaró válida la hipoteca que garantizaba el mutuo contratado a un interés superior al que se fijó en la autorización judicial obtenida para contratar el préstamo hipotecario cuya cancelación se perseguía en la ejecución de la especie.

C. Santiago, 17 abril 1866. G. 1866, N° 569, p. 268.

22. *Validez de la escritura de mutuo otorgada por el marido durante la sociedad conyugal; inexistencia de gananciales.* La circunstancia de no estar obligada la mujer al pago de la suma que se le cobra no lleva consigo la nulidad de la obligación, por cuanto ese medio de extinguirse las obligaciones consiste en la falta de algunos de los requisitos que la ley prescribe para el valor de un acto o contrato, carácter que no tiene la circunstancia indicada.

C. Concepción, 30 septiembre 1928. G. 1928, 2º sem., N° 27, p. 170. R., t. 26, sec. 1ª, p. 493 (C. 4º, p. 497).

23. *Mutuo e hipoteca contratados a nombre de una mujer casada por un mandatario mediante un poder que aquélla le confirió antes del matrimonio; nulidad.* Contratado un mutuo a nombre de una mujer casada y dada en hipoteca una propiedad de la misma, por un mandatario que hace uso de un poder que aquélla le confirió antes del matrimonio, el mutuo es nulo, por falta de autorización del marido, y también es nula la hipoteca destinada a asegurar el cumplimiento de ese contrato, pues ni el mismo marido habría podido celebrarla sin autorización de la justicia y el consentimiento de su mujer.

C. Tacna, 10 julio 1916. G. 1916, 2º sem., N° 177, p. 637.

24. *Contratación de un mutuo por el mandatario con poder general; facultad del apoderado.*
a) El mandatario a quien se le otorga un poder amplio para que represente al mandante en todos los asuntos, juicios y negocios de cualquier naturaleza y para que celebre cualquier contrato comercial, está facultado para celebrar un contrato de mutuo en que el mandante es mutuario.

C. Suprema, 14 junio 1938. G. 1938, 1º sem., N° 54, p. 279. R., t. 36, sec. 1ª, p. 20.²⁶²

b) El mandato conferido a una persona para administrar una casa de comercio no lleva consigo la facultad de contraer, a nombre del mandante, propietario de dicho establecimiento, deudas procedentes de contratos de mutuo que no se pruebe haber sido contraídas en servicio de la administración del mismo negocio, no siendo bastante autorización para ello la cláusula especial contenida en el poder, de que el mandatario pueda celebrar contratos de cuenta corriente para el giro del negocio, como quiera que el contrato de mutuo ordinario es enteramente diverso de aquél, atendida la naturaleza jurídica de uno y otro.

C. Suprema, 28 abril 1904. R., t. 1, 2ª parte, p. 408.

25. *Mutuo hipotecario en que el mutuario renuncia a la tasación pericial; nulidad de la cláusula y de la adjudicación.* Es nula de nulidad absoluta la cláusula en la cual el mutuario

²⁶² En voto disidente, el Ministro señor Roberto Peragallo sostiene que el artículo 2132 del Código Civil no enumera entre los actos de administración que puede efectuar el mandatario general la contratación de mutuo en calidad de mutuario, para lo que se habría necesitado poder especial, y en la especie éste no aparece. La expresión "celebrar cualquier contrato comercial", empleada en el poder de que se trata, no cumple con el requisito esencial de la especial determinación exigida por la ley, y es obvio que sólo podía comprender los contratos comerciales propios del giro ordinario de la sociedad en referencia.

renuncia a la tasación pericial y expresa que se conformará con que el remate se haga sin este requisito; y es nula la adjudicación que de la propiedad hipotecada y embargada se hace al acreedor por el precio fijado como valor de tasación en la escritura hipotecaria, si se omite la tasación pericial.

C. Valparaíso, 31 marzo 1910. G. 1910, t. I, N° 129, p. 252. R., t. 8, sec. 2ª, p. 52.

26. *Supuestos para que la nulidad de una escritura de mutuo hipotecario pueda ser considerada en una tercería.* La nulidad de una escritura de mutuo hipotecario que se invoca no puede tomarse en consideración en un juicio de tercería si ella no aparece de manifiesto en el contrato y si tampoco ha sido declarada por sentencia judicial ejecutoriada.

C. La Serena, 11 junio 1908. R., t. 7, sec. 2ª, p. 25.

27. *Satisfacción de la deuda con el mismo dinero prestado al deudor para realizar el pago; subrogación.* No opera la subrogación en favor del que presta dinero para que el deudor realice el pago, si éste invierte el dinero en un negocio extraño y después paga al acreedor, pues queda de manifiesto que el pago no se ejecutó con el mismo dinero prestado.

C. Santiago, 10 marzo 1886. G. 1886, N° 310, p. 165.

28. *Modificaciones de un contrato de mutuo que consisten en la reducción de la cantidad adeudada y en la mención del nombre de quien debe pagarla; inexistencia de novación.* El convenio celebrado entre un deudor y su acreedor para recibir el monto de la deuda primitiva que gravaba hipotecariamente un predio del primero en virtud de ciertos abonos hechos al acreedor y para determinar el nombre de quien debe continuar sirviéndola como comprador de ese predio, no importa novación porque tales reducciones y determinación no alteran la naturaleza de la obligación ni aparece tampoco de él la intención de novar.

C. Suprema, 4 enero 1922. G. 1922, 1º sem., N° 6, p. 14. R., t. 21, sec. 1ª, p. 461.

29. *El vendedor que deja el precio en poder del comprador a título de mutuo no puede pedir la resolución de la compraventa.* Si el vendedor se da por recibido del precio y conviene con el comprador en dejarlo en poder de éste a título de mutuo, se destruye la base de la acción resolutoria concedida en el artículo 1873 del Código Civil, que es la mora en el precio.

1. C. Santiago, 23 agosto 1875. G. 1875, N° 2.037, p. 921 (C. 1º y 2º, 1ª inst., p. 922).

2. C. Santiago, 16 abril 1884. G. 1884, N° 609, p. 402 (C. 3º, p. 403).

3. C. Talca, 13 septiembre 1895. G. 1895, t. II, N° 2.734, p. 651 (C. 4º y parte resol., p. 653).

4. C. Santiago, 12 mayo 1897. G. 1897, t. I, N° 1.751, p. 1105 (C. 6º y 7º, p. 1107).

5. C. Suprema, 17 julio 1914. R., t. 12, sec. 1ª, p. 376.

30. *Interpretación mediante la cual se concluye que el mutuario no procedió a celebrar el contrato a sabiendas de la nulidad que lo afectaba.* Celebrado un mutuo hipotecario con una institución regida por la ley de 29 de agosto de 1855, en que se estipuló una comisión superior a la permitida por esa ley, no consta que el deudor al celebrar el contrato aludido procediera a

sabiendas del vicio que lo invalidaba, si no aparece de manifiesto la infracción de la ley prohibitiva; si atendida la forma de redacción de la cláusula respectiva, su aceptación ha podido verosímilmente provenir sólo de un error de hecho en el cálculo necesario para comprobar la exacta observancia de la ley; si, en fin, considerando que la ley favorece directamente con la prohibición al deudor, la infracción de éste lleva a la presunción vehementísima de que sólo por error de hecho pudo aceptar tal infracción.

C. Concepción, 21 marzo 1907. R., t. 5, sec. 2ª, p. 42 (C. 6º, 1ª inst., pp. 46-47).

31. *Mutuo pactado en moneda extranjera.* Los particulares pueden pactar en moneda extranjera y exigir el pago en el tipo de dichas monedas.

C. Santiago, 3 noviembre 1955. R., t. 53, sec. 2ª, p. 50.

32. *Prueba de la existencia del mutuo.* a) El contrato de mutuo se perfecciona por la tradición de la cosa dada en préstamo, según disponen los artículos 2196 y 2197 del Código Civil, sin que sea necesaria formalidad alguna, de modo que, con la restricción impuesta por el artículo 1708 del Código Civil, son admisibles para acreditarlo cualquier medio de prueba.

C. Santiago, 18 noviembre 2005. G.J. N° 305, p. 135 (C. 4º, p. 136). L.P. N° 36615 (C. 4º).²⁶³

b) El reconocimiento expreso que hace el mutuario de haber recibido el dinero que en el documento se consigna, declaración que aparece abonada con la firma de tres testigos, uno de los cuales es notario en ejercicio, y que en un mismo acto suscriben ese instrumento, importa plena prueba de su veracidad y de haberse recibido el dinero, y surte los efectos legales de la tradición, mientras no se pruebe que ha sido arrancada mediante fuerza o engaño o cualquier otro medio ilícito.

C. Suprema, 16 julio 1942. R., t. 40, sec. 1ª, p. 106.

c) Otorgado un mutuo por instrumento privado no reconocido por el mutuario, puede probarse su autenticidad por presunciones.

C. Suprema, 22 noviembre 1913. R., t. 15, sec. 1ª, p. 59.

d) Procede aceptar la declaración de los testigos instrumentales para probar la autenticidad de un documento del que consta un mutuo; y suponiendo que el documento así reconocido fuese sólo un principio de prueba por escrito, corresponde dar por probado el mutuo con la declaración de esos mismos testigos, que afirman haber estado presentes cuando el demandante prestó y entregó al demandado la suma que se cobra.

C. Talca, 22 noviembre 1912. R., t. 13, sec. 1ª, p. 172.

e) Véase el número 13 de la jurisprudencia de este mismo artículo 2196.

²⁶³ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 10 junio 2007. L.P. N° 36615).

f) Una carta en que se solicita un préstamo constituye un principio de prueba por escrito de la existencia del contrato de mutuo superior a dos unidades tributarias.

C. Concepción, 13 enero 1888. G. 1887,²⁶⁴ N° 3.568, p. 2459 (C. 2º, p. 2461).

g) A lo sumo, importa un principio de prueba por escrito la escritura de mutuo mandada extender por el deudor y dejada sin efecto a petición de éste antes de haber sido firmada por dicho deudor y los testigos y autorizada por el notario.

C. Concepción, 4 junio 1914. G. 1914, 1º sem., N° 249, p. 667.

h) Véase el número 5 de la jurisprudencia del artículo 2197.

33. *Prueba del pago del préstamo; "onus probandi"*. Habiéndose probado por el demandante, la existencia del contrato y sus estipulaciones, de conformidad al artículo 1698 del Código Civil, le correspondía al demandado probar el pago de dicho préstamo.

C. Suprema, 16 agosto 2004. L.P. N° 30703 (C. 3º y 4º).

34. *Mutuo civil y mutuo mercantil; admisibilidad de la prueba testimonial*. La naturaleza civil o mercantil del contrato de mutuo es de trascendencia respecto de la clase de prueba admisible para su establecimiento; mientras en el préstamo civil no se admiten testigos cuando excede de dos unidades tributarias, a menos que concurren algunas de las excepciones sancionadas en el artículo del Código Civil, en el mercantil no existe tal limitación sino en lo referente a los intereses o su exoneración, que deben necesariamente pactarse por escrito, según así lo dispone el artículo 799 del Código del ramo.

En el contrato de mutuo mercantil, a diferencia del civil –en que no es necesario–, debe constar que el dinero o la cosa objeto del préstamo se destinan a una operación determinada, circunstancia esta que le es característica y distintiva. Por lo tanto, si el actor no expresa en la réplica ni en la demanda la naturaleza de las operaciones a que habría estado destinado el dinero, que dice haberle prestado a la persona que demandó, y ello tampoco ha sido establecido, debe concluirse que para la prueba de las obligaciones cuyo cumplimiento persigue, ha de estarse a las disposiciones que la reglan en el Código Civil (Libro IV, Título XXI) y no a las del Código de Comercio (Libro II, Título I, párrafo 2).

C. Santiago, 17 diciembre 1959. R., t. 56, sec. 2ª, p. 128.

35. *Confesión de no haber entregado el dinero al mutuario, agregando que el contrato se suscribió con el fin de cubrir el valor de algunos alcances producidos en una partición; divisibilidad de la confesión*. Puede dividirse la confesión del acreedor que reconoce no haber entregado el dinero a que se refiere el mutuo, agregando que el contrato obedeció al fin de cubrir el valor de unos alcances producidos en una partición, ya que se trata de hechos desligados entre sí; el acreedor debe probar la afirmación agregada a su confesión.

²⁶⁴ La inserción de una sentencia de 1888 en la Gaceta de 1887 se explica por la publicación retrasada de ésta.

C. Suprema, 20 marzo 1942. R., t. 39, sec. 1ª, p. 505 (C. 1º, 2ª inst., p. 505 y C. 3º, cas., p. 506).

36. *Pagaré como antecedente probatorio del mutuo.* El otorgamiento de un pagaré no sólo es compatible y no afecta la vigencia de los derechos emanados de un contrato de mutuo con el cual coexiste, siendo el pagaré un antecedente probatorio de aquél.

C. Santiago, 18 noviembre 2005. G.J. N° 305, p. 135 (C. 4º, p. 136). L.P. N° 36615 (C. 4º).²⁶⁵

b) El mutuo es un contrato, esto es una convención o acuerdo de voluntades entre partes destinado a crear, modificar o extinguir obligaciones; que se caracteriza por ser real, esto es, que se perfecciona por la entrega de la cosa, en este caso las sumas de dinero prestadas al mutuario por el banco demandante. En cambio el pagaré es un título de crédito o título valor, esto es, un documento creado por un acto jurídico unilateral, destinado a la circulación e idóneo para conferir de un modo literal y autónomo la titularidad y la legitimación para el ejercicio del derecho, al poseedor regular del documento. En consecuencia, la sola existencia del pagaré no es suficiente para acreditar la existencia y el perfeccionamiento del mutuo, salvo que en aquel se haga expresa mención a la existencia del segundo y a la entrega de la suma prestada por el mutuante al mutuario, de modo que el pagaré se emite para documentar en este título de crédito, la obligación del mutuario de restituir la suma recibida en mutuo.

C. Santiago, 30 agosto 2007. L.P. N° 38428 (C. 1º y 2º).

c) Ahora bien, el pagaré constituye precisamente un principio de prueba por escrito de la entrega del dinero del contrato de mutuo (cuando no prueba completa de éste), cuestión que torna admisible la prueba de testigos para acreditar un mutuo no escriturado

C. Suprema, 13 agosto 2007. L.P. N° 37113 (C. 4º).

37. *El cheque por sí solo no prueba la existencia de un mutuo realizado al beneficiario del documento.* Los cheques girados por el actor a la orden del demandado y cobrados por éste, no sirven para probar la existencia de un contrato de mutuo o préstamo de dinero que mediante su giro se habría hecho al beneficiario. Tampoco puede estimarse que ellos constituyen un principio de prueba por escrito, ya que tal principio supone un acto escrito del demandado y no del demandante.

C. Suprema, 11 noviembre 1960. R., t. 57, sec. 1ª, p. 325.

Artículo 2197. No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

²⁶⁵ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 10 junio 2007. L.P. N° 36615).

2. *Antecedentes del texto originario:*²⁶⁶

P. 1842, tít. XXX, art. 2, i. 1; *P. 1847*, art. 540, i. 1, y *P. 1853*, art. 2340, decían: “El mutuo no se perfecciona sino por la tradición de la cosa, y la tradición transfiere el dominio”.

P. In., art. 2340, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Perfeccionamiento del contrato; concurrencia de la voluntad de las partes; contrato real.* a) No es aceptable la alegación de que falta para el perfeccionamiento del mutuo la concurrencia de las voluntades de los otorgantes, si la del mutuario está expresamente manifestada en la escritura en que declara haber recibido el dinero en préstamo y la del mutuante en el hecho de entregar el dinero y mantener el título en su poder para reclamar después la restitución de la suma prestada.

C. Santiago, 16 junio 1928. R., t. 27, sec. 1ª, p. 693.

b) No siendo el mutuo un contrato solemne, el instrumento en que él consta y las demás estipulaciones que lo integran constituyen la prueba de la existencia de la convención, aunque no aparezca suscrito por el mutuante, que a nada se obliga, y porque con la entrega de la cosa mutuada queda perfeccionado el contrato, que es real.

C. Suprema, 14 agosto 1939. G. 1939, 2º sem., Nº 21, p. 73. R., t. 37, sec. 1ª, p. 198.

c) Véase el número siguiente.

d) Véase el número 4 de la jurisprudencia del artículo 2196.

2. *Tradición real y ficta; entrega.* a) El contrato de mutuo se perfecciona por la tradición, la cual puede efectuarse por cualquiera de los medios a que se refiere el artículo 684 del Código Civil y, por lo tanto, la tradición ficta es en él de igual eficacia que la real para su perfeccionamiento.

Aunque en la enunciación del número 5º del referido artículo no se menciona el caso de la entrega hecha al mutuario de la suma de dinero adeudada por él al mutuante a título de fiador y que se declara cancelada, la cancelación de la deuda por el acreedor que debe recibir la cosa en pago y que por otro título debe transferirla al mismo deudor, cumple en él el mismo propósito a que tiende en las situaciones previstas en aquélla: la concesión de un título de propiedad de la cosa al que la tenía por uno de mera tenencia.

1. C. Suprema, 3 enero 1938. R., t. 36, sec. 1ª, p. 435.

2. C. Temuco, 30 agosto 1954. R., t. 52, sec. 1ª, p. 177.

²⁶⁶ *P. 1853*, artículo 2341, no incluido en el Código, decía: “Si se ha otorgado escritura pública en que se exprese la entrega de la cosa prestada, no será oído el mutuario que alegue no haberse efectuado la entrega”.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “No tiene, pues, lugar la excepción *non numeratae pecuniae* del Dº R., suprimida en varios códigos modernos. C. F., 1341; C. L., 2256; C. S., 1455, etc. Se revoca, pues, la L. 9, tít. 1, Part. 5”.

b) Si se conviene que el saldo de precio lo pagará el comprador dentro de cierto plazo y abonará determinado interés hasta el día de la cancelación de la deuda, el crédito del vendedor contra el comprador se convierte en un mutuo. Este debe considerarse perfeccionado por la tradición ficta llamada *constitutum possessorium* y que consagra el N° 5° del artículo 684 del Código Civil.

C. Temuco, 7 diciembre 1955. R., t. 52, sec. 2ª, p. 60.

c) Hace verdadera entrega el deudor prendario que se constituye en comodatario respecto de su acreedor de los objetos que le dio en prenda para seguridad de su crédito.

C. La Serena, 1º diciembre 1869. G. 1870, N° 345, p. 147.

d) Véase el número siguiente.

3. *Entrega de dinero ficta; declaración del deudor de haberlo recibido.* La declaración del deudor hecha en el contrato de mutuo de “haber recibido” el dinero no significa que la tradición no se ha efectuado. En los contratos de mutuo, que se perfeccionan por la tradición, ésta puede efectuarse por cualquiera de los medios señalados en el artículo 684 del Código Civil. Por consiguiente, la tradición ficta –que es la que en la especie operó– es de igual eficacia que la real para el perfeccionamiento de dicho contrato.

Importa, pues, entrega de dinero y perfeccionamiento del mutuo la circunstancia de que el deudor se dé por recibido de aquél mediante la cancelación hecha por el mutuante de mutuo anterior.

C. Temuco, 30 agosto 1954. R., t. 52, sec. 1ª, p. 177.

4. *No entrega de la cosa por el mutuante; falta de causa del contrato.* a) Si se establece como hecho del pleito que no se entregó por el mutuante la cantidad objeto del contrato de mutuo, éste carece de causa y sólo tiene apariencia de tal; es un contrato fingido, simulado y está sancionado por el artículo 471, N° 2º del Código Penal.

1. C. Concepción, 28 julio 1914. G. 1914, 2º sem., N° 399, p. 1115.

2. C. Suprema, 26 julio 1940. R., t. 38, sec. 1ª, p. 149.

3. C. Suprema, 20 marzo 1942. R., t. 39, sec. 1ª, p. 505.

4. C. Suprema, 19 noviembre 1946. R., t. 44, sec. 1ª, p. 257.

5. C. Valparaíso, 3 agosto 1951. R., t. 48, sec. 1ª, p. 160.

b) No habiéndose acreditado la entrega de la cantidad de dinero que se demanda, carece de causa la obligación de restituirla.

C. Suprema, 17 noviembre 1938. R., t. 36, sec. 1ª, p. 361.

c) No habiéndose probado por el mutuario que no se le entregó el dinero y constituyendo plena prueba en su contra la declaración de haberlo recibido hecha en escritura pública, la

obligación de pagar esa suma tiene causa, porque se entregó el dinero.

C. Santiago, 16 julio 1928. G. 1929, 2º sem., Nº 39, p. 211 (C. 20, p. 215). R., t. 27, sec. 1ª, p. 693 (C. 20, p. 698).

d) No probándose la causa de la obligación de un mutuo otorgado por escritura pública, y presumiéndose que fue una transacción celebrada por un inspector de alcoholes con particulares, denunciados como infractores de la ley del ramo sobre responsabilidades que pudieran afectarlos, dicho mutuo es nulo y sin ningún valor.

C. Concepción, 26 diciembre 1910. R., t. 8, sec. 2ª, p. 7.

e) Véase el número 21 de la jurisprudencia del artículo 2196.

5. *Prueba de la entrega del dinero; tradición; "onus probandi"*. a) El mutuario puede probar que no se ha entregado el dinero del cual se declara recibido en una escritura pública.

1. C. Santiago, 7 junio 1905. R., t. 3, sec. 1ª, p. 115 (C. 6º, 1ª inst., p. 117).

2. C. Santiago, 16 junio 1928. G. 1929, 2º sem., Nº 39, p. 211 (C. 14, p. 220).

b) Si en la escritura pública de mutuo el deudor se da por recibido del dinero, a él toca probar que tal entrega no se efectuó.

C. Santiago, 7 junio 1905. R., t. 3, sec. 1ª, p. 115 (C. 6º, 1ª inst., p. 117).

c) Expresándose en una escritura pública que el actual ejecutado recibió en mutuo cierta suma de dinero, es inadmisibles la prueba testifical rendida por aquél para acreditar que no fue dinero lo que se entregó, sino esa suma en bonos.

C. Santiago, 17 abril 1933. R., t. 31, sec. 1ª, p. 153 (C. 4º y 6º, 1ª inst., p. 154).

d) Constando la entrega del dinero de la escritura pública de mutuo, la que en esta materia hace plena fe contra los otorgantes, no es admisible la prueba testimonial tendiente a demostrar que no se entregó el dinero.

C. Santiago, 27 septiembre 1937. R., t. 35, sec. 2ª, p. 1 (C. 12, p. 4).

e) Es válida la escritura de mutuo aunque el mutuante confiese no haber entregado la suma total objeto del contrato, si el mutuario no prueba no haber recibido la cantidad por la cual se le ejecutó, ya que la escritura de mutuo hace plena fe en su contra y a él le corresponde probar no haber recibido la cantidad por la cual lo ejecutó el acreedor.

C. Suprema, 3 noviembre 1908. R., t. 6, sec. 1ª, p. 252.

f) El instrumento público, en la parte dispositiva de su contenido, sólo hace fe en cuanto al hecho de haberse formulado las declaraciones de los interesados que lo suscriben; pero no hace fe respecto de la verdad o sinceridad de las mismas. Sin embargo, la veracidad de ellas se

presume de acuerdo con las reglas del *onus probandi*, o sea, esta presunción de verdad dura mientras no se demuestre lo contrario. Nada obsta, pues, a que las partes o los terceros impugnen el contenido intrínseco de las declaraciones formuladas en la escritura pública, como la de haber sido hecha la tradición del dinero dado en mutuo.

C. Suprema, 20 marzo 1957. R., t. 54, sec. 1ª, p. 18.

g) El otorgamiento de un pagaré puede tenerse por naturalmente representativo de la recepción en mutuo de una suma de dinero equivalente a la que el deudor declara deber, a menos que se pruebe lo contrario, por consiguiente, a falta de prueba en contrario, debe entenderse que los pagarés a que se ha hecho referencia acreditan obligaciones emanadas de contratos válidos de préstamo de dinero, por las sumas que en ellos se expresan.

C. Santiago, 18 noviembre 2005. G.J. N° 305, p. 135 (C. 5° y 6°, p.136). L.P. N° 36615 (C. 5° y 6°).²⁶⁷

h) Véase el número 32 de la jurisprudencia del artículo 2196.

i) Véase el número 3 b) de la jurisprudencia del artículo 2196.

j) Véase el número 4 de la jurisprudencia de este mismo artículo 2197.

6. *Determinación de si correspondía o no a la verdad la declaración formulada en escritura pública de haberse hecho la tradición del dinero al mutuuario, facultad privativa de los jueces de la instancia.* A la Corte de Casación no incumbe revisar la conclusión a que llegaron los jueces de la instancia, después de analizar la prueba y especialmente la confesión del mutuante, en orden a que no se ha desvirtuado la presunción de verdad o de sinceridad de las declaraciones hechas por los interesados en la escritura pública referente a la tradición del dinero dado en mutuo. Tal facultad es privativa o exclusiva de los jueces de la instancia, pues constituye una simple apreciación de hecho y no de derecho de aquella prueba.

C. Suprema, 20 marzo 1957. R., t. 54, sec. 1ª, p. 19.

Artículo 2198. Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, se deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Y si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

²⁶⁷ Sentencia confirmada por la Corte Suprema sin pronunciamiento sobre el punto en particular (C. Suprema, 10 junio 2007. L.P. N° 36615).

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 3, i. 1, y *P. 1847*, art. 541, i. 1, red. def., pero decían “de la misma clase” por “del mismo género”, “al mutuario, estará obligado a” en vez de “o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario” y “la restitución” en vez de “el pago”.

P. 1853, art. 2342, i. 1, y *P. In.*, art. 2342, i. 1, red. def. Sus i. 2 decían: “Si se han tasado en el contrato los efectos prestados, deberá el comodatario hacer el pago en conformidad a la tasación”.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): “C. F., 1883; Goy., *Concordancias*, 1636. Troplong reprueba el artículo del C. F. y concluye diciendo: Quoqu'il en soit, la loi existe et nous devons nous y conformer. (Véase n. 119 y siguientes).”

JURISPRUDENCIA

1. *Significado de la palabra “género”*. En cuanto al concepto expresado por la palabra género, y prescindiendo del artículo 1508, en que se le equipara al de clase, diversas disposiciones del mismo Código —entre las que pueden citarse las de los artículos 764, 951, 1115 y 2198— manifiestan que el legislador designa con ella un conjunto de cosas o individuos que tienen caracteres o cualidades comunes, que los asemejan o aproximan entre sí, de modo tal que no pueden confundirse con los otros géneros o clases, o sea, con los que en otras ciencias se comprenden bajo la denominación de especies.

C. Suprema, 19 agosto 1920. G. 1920, 2º sem., Nº 16, p. 60.

Artículo 2199. Derogado.

HISTORIA

1. *Texto originario:*

Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato.

Podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que leyes especiales hayan fijado o fijaren.

Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 3, i. 2, y *P. 1847*, art. 541, i. 2, red. def. del actual i. 1, pero a continuación decían “aunque haya variado la relación entre la moneda expresada en el contrato y las otras monedas”.

Sus i. 3 decían: “Pero podrá también darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas sean equivalentes al tiempo del pago, y que esta equivalencia esté fijada por la ley; pero el mutuante no será obligado a recibir más cantidad de pequeña moneda de metal no preciosa, que la necesaria para el pago de las fracciones”.

Sus i. 4, red. def. del actual i. 3, pero comenzaban “Todo lo cual se entiende”.

P. 1853, art. 2343, i. 1, igual al i. 2 de los *P.* anteriores.

Sus i. 2 y 3 decían: “Sin embargo, si en el tiempo intermedio hubiere variado el peso o ley de la moneda que se expresa en el contrato, no se deberá la misma suma numérica, sino con el aumento o rebaja necesarios para la igualdad de valores.

”Se entenderán iguales los valores por los cuales se cambien en el mercado general iguales cantidades de mercaderías”.

Su art. 2344, red. def. del actual i. 2, pero finalizaba “obligado a recibir, más cantidad de moneda de cobre que la necesaria para el pago de las fracciones”.

Y su art. 2345, red. def. del actual i. 3, pero decía “los tres artículos precedentes” en vez de “este artículo”.

P. In., art. 2343, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): Al *inc. 1º*: “C. F., 1895, con el comentario de Troplong y notas de Duvergier”.

3. *Modificaciones posteriores:*

Este artículo fue derogado por el artículo 25 del Decreto Ley Nº 455, de 1974, que se inserta en el Apéndice de este tomo.

4. *Jurisprudencia del texto originario:*

1. *Vigencia del criterio nominalista.* El criterio nominalista que adoptó nuestro Código Civil a la luz de la permanente estabilidad monetaria, se mantiene en la vigencia de sus artículos 2199, 400, 1236, 1401, 1402 y 1709.²⁶⁸ Estos continúan señalando cantidades que hoy resultan irrisorias ante el valor real de la moneda. Empero, los tribunales de justicia deben acordar sus fallos conforme a la legislación imperante y, sin salirse de sus atribuciones, no pueden apartarse de ella aunque el fenómeno inflacionario arrastre a situaciones injustas, cuya prevención y corrección sólo corresponde a los preceptos legales.²⁶⁹

²⁶⁸En una expropiación en que el expropiado reclamó oportunamente, por pérdida del expediente, transcurrieron varios años sin que éste se reconstituyera y se resolviera el reclamo. Al fallar el tribunal falló que debía pagarse una suma mucho mayor que la que inicialmente pidiera al expropiado, el cual, por lo demás, dejó librada la determinación definitiva del monto a lo que el tribunal resolviera conforme al mérito del proceso. Pues bien, el tribunal consideró en su fallo la apreciación de diversos peritos y el deterioro del valor de la moneda por obra de la inflación. La Corte de Apelaciones de Concepción señala que por las variaciones que experimenta la moneda se llega “en muchos casos al abandono de la tesis del nominalismo y se la reemplaza por la tesis valorista-realista de la moneda, por manera que las acreencias sean satisfechas, no por su designación nominal, sino mediante un adecuado reajuste, procurando que la moneda traduzca fielmente el valor de las cosas que representa o el de las prestaciones adeudadas, como sucede con el pago de una indemnización, siempre que entre la época del daño y de la reparación haya pasado un lapso más o menos largo, con la consiguiente disminución del valor efectivo de la moneda. Lo dicho cobra mayor relieve en gestiones como la del reclamo de la suma fijada a la expropiación, porque el sujeto que soporta ésta debe quedar, mediante la indemnización en dinero, en el mismo estado patrimonial en que se encontraría de no haber sido privado, forzosamente, y en interés social, de un bien de su dominio, por lo que la determinación que haga el reclamante no puede ser un obstáculo legal para que el sentenciador fije en definitiva cuál es el justo valor de dicho bien” (C. de Apelaciones de Concepción, 10 enero 1972. R., t. 69, sec. 2ª, p. 4; C. 9º y 10, pp. 7-8).

Si el valor que se paga por el bien expropiado se estima como verdadera indemnización, es decir una liberación del daño que en este caso, por motivos superiores, legítimamente se causa al expropiado, la inaplicabilidad del principio nominalista resulta clara; pero si se mira como una obligación de dinero, parece que el llamado “reajuste” se fundamentaría más bien en el hecho de que la determinación del valor del bien corresponde hacerla en relación, igualmente, al valor de la moneda de ese momento, porque sólo entonces viene a determinarse el monto de la prestación que debe el Fisco.

²⁶⁹Véase la afirmación contraria en la letra b) del número siguiente.

C. Suprema, 10 julio 1972. F. del M. N° 164, sent. 5ª, p. 137.

2. *Carácter del saldo de precio; reajuste, interés.* a) El saldo de precio es un crédito que se convierte en un mutuo.

C. Temuco, 7 diciembre 1955. R., t. 52, sec. 2ª, p. 60.

b) El saldo de precio puede considerarse un crédito en el amplio significado que le da el léxico.²⁷⁰ Pero el reajuste del mismo saldo, pactado en un contrato, no es un interés ni un aumento del capital adeudado, sino sólo un medio de evitar la desvalorización de éste por la inflación monetaria e impedir un enriquecimiento sin causa del deudor en detrimento del acreedor. Los tribunales, llamados a dar protección jurídica, no pueden, por razón de equidad elemental, dejar de tomar en cuenta semejantes desvalorización y enriquecimiento.²⁷¹

Si el reajuste pactado del saldo de precio no es un interés ni un aumento de capital, sino una equivalencia de lo adeudado con lo que se paga, no puede haber transgresión de las normas relativas al interés y al límite del mismo en el mutuo y otras operaciones bancarias: Código Civil, artículo 2199; Ley N° 4.694, artículos 1º, 2º y 3º.

C. Suprema, 5 junio 1972. R., t. 69, sec. 1ª, p. 67 (C. 6º y 8º, p. 71).

3. *Préstamo en moneda corriente; billete de curso forzoso.* Conforme a la Ley N° 1.054, la moneda corriente chilena (esto es, aquella con la que deben pagarse las obligaciones contraídas en las cuales no se haya establecido expresamente, conforme lo permite la ley de 10 de septiembre de 1892, que el contrato es en moneda de oro y plata nacional o extranjera) es el billete de curso forzoso creado por la misma Ley N° 1.054. De donde, establecido el hecho de que el mutuo se refiere expresamente a un préstamo en moneda corriente, sin que los contratantes al celebrarlo hicieran uso del derecho que les confiere la ley de 10 de septiembre de 1892, no se infringe la ley al declarar que el mutuo debe ser pagado en moneda corriente.²⁷²

C. Suprema, 10 agosto 1920. G. 1920, 2º sem., N° 9, p. 36. R., t. 19, sec. 1ª, p. 219.

4. *Obligación asumida por el mutuario de pagar a un tipo determinado de cambio.* a) Es nula la obligación contraída por el mutuario de pagar a un tipo determinado de cambio. Contratado un mutuo con una estipulación de esa naturaleza, el mutuario se libera de su obligación pagando en moneda corriente.

C. Suprema, 10 agosto 1920. G. 1920, 2º sem., N° 9, p. 35. R., t. 19, sec. 1ª, p. 219.

b) El fallo que ordena cumplir la convención según la cual debe hacerse el pago a un tipo de cambio prefijado, no infringe, sino que –por el contrario– se conforma con la ley de 31 de junio de 1898, que establece como excepción que las obligaciones contraídas en moneda de oro o

²⁷⁰ Véase el número anterior, en que se dice que nuestro Código Civil mantiene el principio nominalista y que, ante él, los tribunales nada pueden hacer para remediar las injusticias que podrían derivar de un régimen de inflación.

²⁷¹ Véase la afirmación contraria en el número anterior.

²⁷² Según el contrato, se debía pagar a un determinado tipo de cambio.

de plata nacional o extranjera, en conformidad a la ley de 10 de septiembre de 1892, serán exigibles, según lo dispone expresamente esta última, en la moneda convenida.

C. Suprema, 30 abril 1925. R., t. 23, sec. 1ª, p. 65.

5. *Solución de pagaré a la orden cuyo pago se pactó en moneda diversa a la designada en aquél.* No cabe aplicar los artículos 2198 y 2199 al pago de un pagaré a la orden cuya solución se estipuló que se haría en libras esterlinas, por cuanto el artículo 712 del Código de Comercio, aplicable al pagaré a la orden por disposición expresa del artículo 769 del mismo cuerpo de leyes, establece que “las letras deben ser pagadas en la moneda que en ellas se designen”.

C. Suprema, 10 septiembre 1937. G. 1937, 2º sem., Nº 55, p. 243. R., t. 34, sec. 1ª, p. 556.

6. *Restitución de monedas cuyo valor es distinto a las efectivamente recibidas.* La circunstancia de que el mutuario se hubiera conformado con recibir como pesetas monedas de valor distinto, no le exime de la obligación de restituir pesetas, o sea otras tantas cosas fungibles del mismo género y calidad de las entregadas según el contrato.

C. Suprema, 6 enero 1941. G. 1941, 1º sem., Nº 1, p. 53. R., t. 38, sec. 1ª, p. 545.

7. *Obligación del mutuario de restituir en letras el dinero recibido.* Véase el número 17 e) de la jurisprudencia del artículo 2196.

8. *Estipulación del pago en oro.* Habiéndose pactado el pago en oro, no vale hacerlo en billetes aunque en derecho tenga igual curso legal, porque no puede obligarse al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe.

1. C. Valdivia, 30 junio 1934. R., t. 34, sec. 1ª, p. 405.

2. C. Suprema, 8 enero 1938. G. 1938, 1º sem., Nº 6, p. 83. R., t. 35, sec. 1ª, p. 318.

9. *Mutuo con cláusula oro y mutuo en moneda de oro.* La cláusula oro existe cuando se estipula que el pago ha de verificarse en una moneda cuyo valor se aprecia en relación a oro fino medido al peso, el que comúnmente se expresa en gramos o sólo en fracciones de gramo. De aquí se desprende que no es lo mismo el préstamo con cláusula oro que uno en moneda de oro.

En consecuencia, infringe los artículos 1702 y 1706 del Código Civil la sentencia que estima que se ha pactado la cláusula oro, siendo que se trata de un mutuo de una suma determinada de libras y dólares, en el que no se dice que ella debe pagarse en una proporción con el patrón monetario de oro. Y se infringen esos mismos preceptos y los artículos 1560 y 1545 al establecerse que no estipuló pago en moneda extranjera, sino que ésta se empleó sólo para expresar el monto de lo adeudado.

C. Suprema, 14 agosto 1939. G. 1939, 2º sem., Nº 21, p. 73 (C. 9º a 11, pp. 81 y 82). R., t. 37, sec. 1ª, p. 198 (C. 9º a 11, pp. 209-210).

10. *Mutuo pactado en moneda extranjera antes de la Ley de Control de Cambios.* El mutuo

acordado en libras esterlinas antes de dictarse la Ley de Control de Cambios puede cumplirse en moneda nacional, consignándose su equivalencia en billetes.

C. Suprema, 5 junio 1939. G. 1939, 1^{er} sem., N° 37, p. 218. R., t. 37, sec. 1^a, p. 56.

11. *Obligación con cláusula de garantía de cambio.* Establecido en un contrato de mutuo que el deudor se comprometía a pagar la cantidad prestada en moneda chilena cuyo valor no podía bajar de doce peniques, calculados sobre oro chileno de dieciocho peniques, y agregándose que se efectuaría el pago con el recargo correspondiente hasta completar los doce peniques en caso de que el billete chileno descendiera de este tipo, es insuficiente la consignación en que se ofrece pagar la cantidad debida en billetes chilenos sin recargo alguno en circunstancias de que, si bien el tipo de cambio papel era superior a doce peniques, el tipo de cambio oro —a que debía atenderse para calcular la antedicha cantidad— era inferior.

C. Valdivia, 25 octubre 1922. G. 1922, 1^{er} sem., N° 27, p. 392. R., t. 23, sec. 1^a, p. 65.

12. *Fuerza ejecutiva de la escritura pública de mutuo en que el deudor se obliga a restituir moneda extranjera.* El vocablo “dinero” referido en el N° 3° del artículo 438 del Código de Procedimiento Civil no es necesaria e imperativamente el dinero del país o moneda legal chilena; dinero es moneda corriente, y tiene ese carácter el que se da o recibe a préstamo con interés.

En consecuencia, si en la escritura pública de mutuo que sirve de base a la ejecución se ha obligado el deudor a restituir una cantidad determinada de dólares norteamericanos, no es dable excepcionarse por la falta de requisitos del título para que tenga fuerza ejecutiva, fundándose en que la obligación no sería líquida y actualmente exigible en razón de que para ello sería necesaria la evaluación previa en moneda nacional de la deuda contraída en moneda extranjera, evaluación que debería hacerse por un perito nombrado por el tribunal, con arreglo al artículo 438, N° 3°, del Código de Procedimiento Civil.

C. Santiago, 3 noviembre 1955. R., t. 53, sec. 2^a, p. 50.²⁷³

13. *Compensación de un mutuo en moneda extranjera y una obligación en moneda nacional proveniente de una relación de trabajo.* Si el empleado (demandante) ha reconocido haber suscrito un documento que testimonia haber recibido un préstamo en dólares de la firma empleadora, procede, por el solo ministerio de la ley, la compensación respecto de las sumas que deberá pagarle la última como demandada en juicio del trabajo. La obligación proveniente del préstamo pactado en moneda extranjera debe ser pagada por su equivalente en moneda corriente al tipo de cambio libre bancario que rija a la fecha del pago (Ley N° 14.949, art. 5°).

C. Suprema, 23 septiembre 1965. R., t. 62, sec. 3^a, p. 94.

²⁷³ Cabe destacar, en razón de la época en que fue pronunciada la sentencia y en que fueron redactados los comentarios de los señores Elgueta e Insunza, que ni aquel fallo ni estos comentarios pudieron tener presente la disposición contenida en el inciso final del artículo 438 del Código de Procedimiento Civil en su texto actual. Este inciso, agregado por el artículo 201 de la Ley N° 13.305, de 6 de abril de 1959, es del tenor siguiente: “Sin embargo, tratándose de moneda extranjera, no será necesario proceder a su evaluación, sin perjuicio de las reglas que para su liquidación y pago se expresan en otras disposiciones de este Código”.

14. *Pago con subrogación del mutuo pactado en dólares; qué debe pagar el deudor al tercero subrogante.* Si, conforme a la Ley N° 14.949, el mutuo hipotecario pactado en dólares fue pagado por el tercero subrogante en moneda chilena al tipo de cambio libre bancario que regía a la fecha del pago, no puede él exigir al deudor sino la cantidad de escudos que realmente pagó, agregando los intereses a contar desde la fecha del requerimiento legal de la deuda. El tercero subrogante no puede pretender que el deudor le pague el primitivo mutuo que éste suscribió con el acreedor, valorando el dólar en relación con la moneda chilena al momento de la solución de su crédito, es decir, del crédito que ahora tiene dicho tercero contra el deudor.

C. Suprema, 28 septiembre 1967. R., t. 64, sec. 1ª, p. 305.

15. *Alcance del inciso final del artículo 2199; obligación asumida por el mutuario de restituir una suma mayor que la recibida.* La excepción del inciso 3º del artículo 2199 del Código Civil sólo puede referirse a la facultad de los contratantes para estipular libremente que se devuelva la misma suma en la misma moneda o en otra diversa a la entregada. Por lo mismo, ella no autoriza a los contratantes para pactar que el mutuario que ha recibido una suma de pesos determinada, se obligue a devolver al mutuante otra cantidad mucho mayor, a más de los intereses, porque tal estipulación sería contraria a la esencia del contrato.

C. Valparaíso, 12 diciembre 1911. G. 1911, 2º sem., N° 1.275, p. 921. R., t. 19, sec. 1ª, p. 219.²⁷⁴

16. *Derogación del inciso final de la disposición por la Ley N° 1.054.* El inciso 3º del artículo 2199 del Código Civil fue derogado durante la vigencia de la Ley N° 1.054, de 31 de julio de 1898, al establecer ésta que todas las obligaciones deben solucionarse con los billetes que ordena emitir, salvo las contraídas expresamente en moneda de oro o de plata nacional o extranjera, en conformidad a la ley de 10 de septiembre de 1892, que serán exigibles en la moneda convenida.

C. Suprema, 10 agosto 1920. G. 1920, 2º sem., N° 9, p. 36. R., t. 19, sec. 1ª, p. 219.

Artículo 2200. Si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo dentro de los diez días subsiguientes a la entrega.²⁷⁵

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 4, y *P. 1847*, art. 542, decían: “Si no se hubiere fijado término para el pago, o si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando pueda, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término”.

P. 1853, art. 2346, decía: “Si no se hubiere fijado término para el pago, deberá hacerse a los diez días subsiguientes a la reclamación del acreedor; pero podrá el juez con justa causa

²⁷⁴ Hay voto disidente del señor Pedro N. Pineda.

²⁷⁵ Véase en el Apéndice de este tomo el artículo 13º de la Ley N° 18.010, de 27 de junio de 1981.

prorrogar este plazo”.

P. In., art. 2346, red. def.

Corresponde al art. 1899 del C. F.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): “Goy., *Concordancias*, art. 1646”.

JURISPRUDENCIA

1. *Ámbito de la disposición.* El plazo de diez días que fija el artículo 2200 del Código Civil se aplica únicamente al mutuo, y no al caso del cumplimiento de una venta con crédito ejecutorio.

C. Iquique, 12 septiembre 1921. G. 1921, 2º sem., Nº 160, p. 679.

Artículo 2201. Si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 4, y *P. 1847*, art. 542 (copiados en la nota al art. anterior), contenían lo dispuesto en este art.

P. 1853, art. 2347, red. def., pero decía además “también” después de “podrá”.

P. In., art. 2347, red. def., pero decía “el término” en vez de “un término”.

Corresponde a los arts. 1900 y 1901 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *La estipulación a que se refiere la disposición implica dejar la fijación de plazo a la voluntad del deudor.* El pacto de que el mutuario hará el pago “cuando le sea posible” importa dejar la determinación de la época de pago a la voluntad del deudor, si bien no en términos tales que consista el cumplimiento en el mero arbitrio de la persona obligada (C. Civil, art. 1478); y precisamente la ley permite al juez, cuando existe tal cláusula, establecer un término conveniente para el cumplimiento de la obligación por parte del mutuario.

C. Concepción, 30 noviembre 1917. G. 1917, 2º sem., Nº 315, p. 1019 (C. 3º y 4º, p. 1024).

2. *La estipulación a que se refiere la disposición implica la existencia de un plazo; diferencia con la condición.* El elemento de certeza que diferencia al plazo de la condición, racionalmente no concurre cuando lo que en verdad las partes acordaron fue que el mutuo se pagara cuando la deudora “lo estimare pertinente”, es decir, al libre arbitrio y querer futuro de la mutuaría. Es obvio que ella no se obligó con seriedad ni con certeza. La conclusión que se impone es evidente: la demandada de autos no se obligó a plazo, más allá de la palabra que emplea el contrato, porque en la referida convención no hay -técnica y jurídicamente- plazo o término alguno. Lo pactado fue un simple hecho futuro pero incierto que iba a depender de la sola

voluntad o querer o arbitrio de la actual recurrente. "Cuando le sea posible" no es lo mismo que "cuando lo estime conveniente". En el primer caso la certeza existe y es el Juez quien califique y fije el término del cumplimiento. Y no es lo mismo, cuando el deudor se obliga en términos que envuelven su potestad discrecional de cumplir cuando lo estime conveniente, porque en tal caso, bien puede entender que jamás haya tal conveniencia. Es del caso reiterar que desde ese punto de vista, no se acredita la validez de un contrato que no contiene plazo sino que se celebró sujeto a una condición meramente potestativa.

C. Antofagasta, 10 julio 2002. G.J. N°265, p. 100 (C. 7°, p. 101).

Artículo 2202. Si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies, mientras conste su identidad.

Desapareciendo la identidad, el que las recibió de mala fe será obligado al pago inmediato con el máximo de los intereses que la ley permite estipular; pero el mutuario de buena fe sólo será obligado al pago con los intereses estipulados y después del término concedido en el artículo 2200.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 2, i. 2 y 3, decían: "Sin embargo, cuando el mutuante no es dueño de la cosa, podrá el dueño ejercer contra el mutuario la reivindicación, y cesarán con ella las obligaciones del mutuario; y si la cosa hubiere sido consumida de buena fe, será el mutuario responsable de las obligaciones de tal, respecto del mutuante o de las personas legítimamente subrogadas en sus derechos.

"Lo mismo sucederá si la cosa ha sido prestada por quien no tenía derecho de enajenar".

P. 1847, art. 540, i. 2 y 3, iguales al *P. 1842*, pero su i. 1 decía "en calidad de tal" en vez de "de las obligaciones de tal".

El *P. 1853* no traía ninguna disposición equivalente a este art. La numeración saltaba del art. 2347 al 2349.

P. In., art. 2348, red. def., pero su i. 2 decía "dentro del término señalado" en lugar de "y después del término concedido".

P. A., en su i. 2, no decía "sólo" y decía "de los intereses" en vez de "con los intereses"; repetía también la variante anotada en el *P. In.*

La nueva red. fue hecha por Bello en la corrección final del Cd.

Artículo 2203. El mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el artículo 2192.

Si los vicios ocultos eran tales que conocidos no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2350, i. 1, red. def., pero finalizaba “prestada; salvo que la calidad o vicios sean tales, que el mutuario haya debido conocerlos, o que haya aceptado la cosa prestada conociéndolos”.

Su i. 2 decía: “Si los vicios no eran conocidos del mutuante, o tales que por su profesión debiese conocerlos, se rebajará proporcionalmente la deuda”.

Su i. 3, red. def. del actual i. 2, pero no decía “los vicios ocultos”.

P. In., art. 2349, red. def.

Artículo 2204. Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 7, y *P. 1847*, art. 543, i. final, decían: “Sea que se estipulen intereses o no, podrá el mutuario pagar toda la suma prestada aun antes del término estipulado; a menos que se haya expresamente fijado un término dentro del cual no sea obligado el mutuante a recibir el pago”.

P. 1853, art. 2349, decía: “Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, con los intereses devengados (si se hubieren pactado intereses) aun antes del término estipulado; a menos que se haya expresamente fijado un término dentro del cual no fuese obligado el mutuante a recibir el pago”.

Obsérvese que la doctrina que establecían los Proyectos primitivos era opuesta a la del Cd.

P. In., art. 2350, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Mutuo en moneda extranjera pagadero en moneda nacional de valor equivalente.* De la interpretación armónica de los artículos 1497, 1955 y 2204 del Código Civil, fluye la conclusión de que, en general, puede el mutuario pagar antes del vencimiento del plazo, si efectúa el pago agregando al capital los intereses que se habrían devengado durante la vigencia del contrato.

Tal conclusión no es admisible tratándose de un mutuo en moneda extranjera que se paga en su equivalente en moneda nacional, ya que desde la vigencia de la Ley Nº 5.107, sobre control de las operaciones de cambio, el acreedor no puede convertir libremente la moneda nacional en moneda extranjera, y mientras no se haga exigible la obligación no será posible examinar, en razón de las fluctuaciones del cambio, las sumas que respectivamente corresponda pagar en moneda nacional.

C. Suprema, 5 junio 1939. G. 1939, 1^{er} sem., N° 37, p. 218. R., t. 37, sec. 1^a, p. 56.²⁷⁶

Artículo 2205. Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 5, i. 1, y *P. 1847*, art. 543, i. 1, red. def., pero decían a continuación “; pero la estipulación deberá ser expresa y por escrito”.

P. 1853, art. 2352, i. 1, red. def.

Su i. 2 decía: “Pero no se admitirá otra prueba del mutuo con estipulación de intereses, que la escritura pública o privada del contrato o la confesión del mutuario”.

P. In., art. 2352, red. def.

Corresponde al art. 1905 del C. F.

Artículo 2206. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente.²⁷⁷⁻

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 6; *P. 1847*, art. 543, i. 5; *P. 1853*, art. 2353, y *P. In.*, art. 2353, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Libertad en el pacto de intereses; reducción de los mismos.* Es permitido estipular cualesquier intereses cuando la ley no ha fijado su tipo, sino que ello obste al derecho de reducción que el artículo 2206 del Código Civil acuerda al deudor.

C. Suprema, 6 julio 1918. G. 1918, 2^o sem., N° 248, p. 778. R., t. 16, sec. 1^a, p. 62.

2. *Cláusula estabilizadora que importa interés por aumentar la cantidad que debe pagar el*

²⁷⁶ Compárese con el artículo 10° de la Ley N° 18.010, de 27 de junio de 1981, que se reproduce en el Apéndice de este tomo.

²⁷⁷ Véase el artículo 6° de la Ley 18.010, de 27 de junio de 1981. Establece dicho cuerpo legal normas sobre las operaciones de crédito en dinero. Aparece reproducido en el Apéndice del presente tomo.

deudor; rechazo de la cláusula. a) Si se estipula que la suma de dinero prestado devengará un 8% de interés anual y que aquélla se restituirá en diversas partidas de trigo, el mayor valor que éste alcanza después del contrato también constituye interés, aunque no se exprese en guarismos o cantidad determinada, según fluye del artículo 3º de la Ley Nº 4.694. Por tanto, corresponde declarar que el mutuario sólo debe al mutuante la suma prestada y el interés legal de la misma. En la especie, como sanción, a este interés deben ser rebajados los convenidos por exceder al que la ley permite establecer convencionalmente (Ley Nº 4.694, art. 4º).²⁷⁸⁻²⁷⁹

C. Temuco, 7 diciembre 1955. R., t. 52, sec. 2ª, p. 60.

b) Véase el número 2 b) de la jurisprudencia del artículo 2199.

3. *Pacto de pagar a un Banco una suma mayor que la permitida por la ley para fondo de reserva y gastos de administración; nulidad.* Hay objeto ilícito en la estipulación de un mutuo hipotecario por la que se determina que el mutuario pagará al Banco acreedor –regido por la ley de 29 de agosto de 1855, relativa a la Caja de Crédito Hipotecario–, para fondo de reserva y gastos de administración, cierta suma, que es mayor que la que esa ley permite pactar. Dicha estipulación es, por tanto, absolutamente nula y el mutuario tiene derecho a repetir lo pagado en exceso.

1. C. Concepción, 7 agosto 1895. G. 1895, t. III, Nº 3.497, p. 157.

2. C. Concepción, 24 agosto 1907. G. 1921, 2º sem., Nº 82, p. 360. R., t. 21, sec. 1ª, p. 257 (C. 3º, 1ª inst., p. 259).

3. C. Suprema, 21 diciembre 1916. G. 1916, 2º sem., Nº 100, p. 306. R., t. 14, sec. 1ª, p. 466 (C. 14, p. 476).

4. *Interés del capital e interés penal.* No es nula la obligación de pagar en un contrato de mutuo el interés del 2% mensual, siendo el 10% el interés corriente anual, si ese interés no se estipuló como interés del capital, sino como pena para el caso de no cumplirse la obligación en el plazo convenido.

C. Santiago, 12 agosto 1915. R., t. 13, sec. 2ª, p. 30.

5. *Interés que no es penal, a pesar de llamársele así por las partes, en razón de no reunir sus caracteres.* Aunque en un mutuo se exprese que el deudor debe pagar un interés penal del 2% mensual, esta estipulación no es una pena si en el contrato se establece que ese interés debe regir durante el plazo del mutuo, ya que la cláusula penal asegura el cumplimiento de una obligación principal en caso de que el deudor no ejecute o retarde el cumplimiento de lo pactado; por lo que debe entenderse que las partes estipularon simplemente un interés mensual que el deudor debía pagar antes del vencimiento de la obligación y, excediendo en más de una mitad al interés corriente a la fecha del contrato, procede rebajarlo a dicho interés corriente (art. 2206) y no a éste más de la mitad (art. 1544), y pagarse, durante la mora, el interés convencional reducido al corriente por excesivo, por no haberse pactado otro.²⁸⁰

²⁷⁸ Véase el número 6 b) de la jurisprudencia de este mismo artículo 2206.

²⁷⁹ Véase la nota 1 al número 34 de la jurisprudencia del artículo 2196.

²⁸⁰ A virtud de la reforma de la Ley Nº 4.694, de 27 de noviembre de 1929, en caso de violarse el artículo 2206 del Código Civil, el interés se rebaja al legal y no al corriente. Por otra parte, el interés convencional no puede exceder en más de un 20% al término medio del interés corriente bancario en el semestre anterior (Ley Nº 4.694, artículo 1º, modificado por el artículo 2º de la Ley Nº 11.234, de 9 de septiembre de 1953 y por el artículo 166 de la Ley Nº 16.464,

C. Santiago, 2 octubre 1905. R., t. 3, sec. 2ª, p. 145.

6. *Mutuo sin interés; rebaja de la cláusula penal.* a) La Ley N° 4.694, de 22 de noviembre de 1929, reglamentó el monto del interés convencional y estableció sanciones para los que cobran intereses desmedidos; pero no derogó los preceptos de los artículos 1535 y 1544 del Código Civil. Han quedado vigentes esas disposiciones y, por lo mismo, facultados los contratantes para estipular cláusulas penales en los mutuos de dinero cuando éstos se han convenido sin el pago de intereses. Por tanto, no es aplicable la reducción del interés convencional al interés legal en el caso de que aquél exceda en más de una mitad²⁸¹ al término medio del interés corriente bancario en el semestre anterior a la fecha de la contratación del mutuo, cuando no se estipulan intereses y sí una cláusula penal: cuando ésta es excesiva, procede rebajar el interés que la constituye al máximo de lo que es permitido estipular, conforme al inciso 3º del artículo 1544 del Código Civil.

C. Temuco, 30 octubre 1942. G. 1942, 2º sem., N° 105, p. 157 (C. 5º a 8º, p. 461).

b) Las reglas de los artículos 1535 y 1544 del Código Civil intervienen sólo cuando el mutuo de dinero ha sido convenido sin el pago de intereses, pero en el que se ha estipulado alguna cláusula penal excesiva, caso en que entra a jugar la regla del inciso 3º de la última de las disposiciones legales citadas, o sea, rebajar el interés que constituye dicha cláusula al máximo de lo que es permitido estipular.

C. Temuco, 7 diciembre 1955. R., t. 52, sec. 2ª, p. 60.

7. *Mutuo hipotecario que afecta a un incapaz contratado a un interés superior al fijado en la autorización judicial respectiva.* Véase el número 22 de la jurisprudencia del artículo 2196.

8. *Mutuo hipotecario en que se cobra una comisión superior a la legal; nulidad absoluta del contrato.* Es nulo de nulidad absoluta, por adolecer de objeto ilícito, un mutuo hipotecario celebrado por una institución regida por la ley de 29 de agosto de 1855, en que se estipula como comisión del Banco, en cada anualidad, un tanto por ciento superior al permitido por el artículo 4º de esa ley. La violación de ésta existiría aunque ese porcentaje se exija a cualquier otro título.

C. Concepción, 21 marzo 1907. R., t. 5, sec. 2ª, p. 42.

9. *Intereses corrientes; daños causados por un cuasidelito.* No puede demandarse el pago de intereses corrientes por los daños causados por un cuasidelito; aquéllos sólo operan en las relaciones contractuales.

C. Santiago, 17 junio 1960. R., t. 57, sec. 4ª, p. 144.

de 25 de abril de 1966); pero véase en el Apéndice de este tomo el artículo 8º de la Ley N° 18.010, de 27 de junio de 1981.

²⁸¹ Véase la nota anterior.

10. *Derecho a pedir la rebaja de los intereses excesivos, derecho irrenunciable.* El derecho a pedir la rebaja de los intereses que sobrepasan a los que la ley permite convencionalmente fijar es un derecho de carácter irrenunciable.

C. Temuco, 7 diciembre 1955. R., t. 52, sec. 2ª, p. 60.

11. *Época desde la cual se deben los intereses moratorios pactados.* Pactado en un mutuo a dos meses plazo con cierto interés para el caso de mora, se deben ellos desde el vencimiento de dichos dos meses.

C. Talca, 22 noviembre 1912. R., t. 13, sec. 1ª, p. 172.

12. *Cláusula cuyo incumplimiento provoca la mora del mutuario; no pago de intereses en el plazo estipulado.* La cláusula de un contrato de mutuo según la cual “la falta en el pago exacto de los intereses en la época y forma determinadas hará exigible el valor total de la obligación como de plazo vencido”, es válida. En consecuencia, el deudor se constituye en mora por el hecho de no pagar los intereses en el plazo convenido y el acreedor puede exigir el cumplimiento total de la obligación, aun cuando el plazo de la obligación no esté vencido.

C. Santiago, 12 agosto 1915. R., t. 13, sec. 2ª, p. 30.

13. *Determinación de que el interés fue pactado mensual y no anualmente; intención de los contratantes.* Pueden los jueces del fondo, apreciando la prueba rendida e interpretando la intención de los contratantes, establecer que su voluntad en un contrato de mutuo otorgado por escritura pública, fue estipular un interés mensual y no anual, como se expresó en dicho instrumento.

C. Suprema, 31 mayo 1912. G. 1912, t. I, N° 282, p. 397. R., t. 10, sec. 1ª, p. 434.

14. *Pago con intereses superiores al legal que jamás se solucionaron; lapso que comprenden.* Si en un mutuo pactado con intereses superiores al legal no se los ha pagado nunca, se deben desde la fecha de entrega del dinero hasta la del pago efectivo.

C. Santiago, 7 junio 1905. R., t. 3, sec. 1ª, p. 115 (parte resol., 1ª, p. 117).

Artículo 2207. Si se estipulan en general intereses sin determinar la cuota, se entenderán los intereses legales.

HISTORIA

1. *Texto originario:*

Si se estipulan en general intereses sin determinar la cuota, se entenderán los intereses legales.

El interés legal, mientras la ley no estableciere otro, es el de seis por ciento.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX., art. 5, i. 2; *P. 1847*, art. 543, i. 2, y *P. 1853*, art. 2354, red. def. del i. 1.
En estos *P.*, siguiendo la doctrina francesa, no se fijaba el tipo de interés legal.
P. In., art. 2354, red. def.

3. *Modificaciones posteriores:*

El inciso 2º de este artículo fue derogado por el artículo 28 de la Ley Nº 18.010, de 27 de junio de 1981, que se inserta en el Apéndice de este tomo.

JURISPRUDENCIA

1. *Mora del contribuyente; ley especial.* La sentencia que declara que el contribuyente que está en mora de pagar el impuesto a la renta debe abonar el interés legal conforme al artículo 2207 del Código Civil, en vez del interés mensual del 1% que establecen los artículos 88 y 112 de la Ley Nº 5.169, sobre impuesto a la renta, infringe todas estas disposiciones y el artículo 4º del Código Civil; los mencionados preceptos de la Ley Nº 5.169, como especiales que son, deben prevalecer sobre el artículo 2207 del Código Civil, que es de carácter general y no debe ser aplicado.

1. C. Suprema, 7 junio 1939. G. 1939, 1º sem., Nº 38, p. 223. R., t. 37, sec. 1ª, p. 71.
2. C. Valparaíso, 5 marzo 1946. R., t. 43, sec. 2ª, p. 1 (C. 14, p. 8).

Artículo 2208. Si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital.²⁸²

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 5, i. 3, y *P. 1847*, art. 543, i. 3, red. def., pero después de “estipulados” decían además “por escrito”.

P. 1853, art. 2355 y *P. In.*, art. 2355, red. def.

Corresponde al art. 1906 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Alcance de la disposición; deudor judicialmente reconvenido.* El artículo 2208 del Código Civil se refiere a intereses no estipulados en el contrato de mutuo, que paga el deudor y recibe el acreedor, pero no al caso en que se ordena el pago de intereses legales cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

²⁸² Concuera con el artículo 15 de la Ley Nº 18.010, de 27 de junio de 1981, reproducida en el Apéndice de este tomo.

C. Suprema, 23 julio 1945. G. 1945, 2º sem., Nº 5, p. 25. R., t. 43, sec. 1ª, p. 75.

2. *Improcedencia de la repetición del pago de intereses de un primer mutuo que fueron considerados, junto con la suma primitivamente prestada, como capital de un segundo mutuo.* Si el deudor no sólo ha admitido la obligación de pagar los intereses estipulados en un primer mutuo, sino que los pagó al suscribir un segundo –el cual señala como suma prestada el capital del primer mutuo más los intereses devengados, con lo que extinguió aquella obligación, en esta parte, por novación–, no puede repetir el pago de esos intereses, aunque ellos fuesen superiores en más de la mitad al interés corriente a la fecha del primer mutuo.²⁸³

C. Santiago, 2 octubre 1905. R., t. 3, sec. 1ª, p. 145.

3. *Repetición del valor de una comisión no autorizada por la ley.* Véase el número 3 de la jurisprudencia del artículo 2206.

Artículo 2209. Si se han estipulado intereses y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados.²⁸⁴

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXX, art. 5, i. 4, y *P. 1847*, art. 543, i. 4, red. def., pero comenzaban “Y si se” y después de “intereses” decían además “por escrito”.

P. 1853, art. 2356 y *P. In.*, art. 2356, red. def.

Corresponde al art. 1908 del C. F.

Artículo 2210. Derogado.

HISTORIA

1. *Texto originario:* Se prohíbe estipular intereses de intereses.²⁸⁵

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2357, decía: “No podrá prestarse a interés compuesto; pero, en caso de retardo en el pago del interés simple, se observará la regla 4ª del artículo 1738”. (Copiado en nota al art. 1559.)

²⁸³ Véase la nota al número 5 de la jurisprudencia del artículo 2206.

²⁸⁴ Concuerta con el artículo 17 de la Ley N° 18.010, de 27 de junio de 1981, que se reproduce en el Apéndice de este tomo.

²⁸⁵ Véase el artículo 9° de la Ley 18.010, de 27 de junio de 1981, reproducida en el Apéndice de este tomo.

P. In. suprimía este art.

3. *Modificaciones posteriores:*

Este artículo fue derogado por el artículo 28 de la Ley Nº 18.010, de 27 de junio de 1981, que se inserta en el Apéndice de este tomo.

4. *Jurisprudencia del texto originario:*

1. *La disposición contiene un precepto prohibitivo; sanción.* La prohibición de estipular intereses de intereses es una norma prohibitiva, cuya violación lleva envuelta como sanción la nulidad absoluta.

C. Santiago, 14 septiembre 1938. R., t. 36, sec. 2ª, p. 33.

2. *La prohibición que establece la disposición sólo alcanza al mutuo y no a otros contratos.* a) No sería legal extender por analogía a contratos de diversa naturaleza la prohibición del artículo 2210 del Código Civil, establecida exclusivamente para el contrato de mutuo y como una regla especial de éste.

1. C. Santiago, 2 marzo 1866. G. 1866, Nº 333, p. 175.

2. C. Santiago, 10 septiembre 1875. G. 1875, Nº 2.175, p. 986.²⁸⁶

3. C. Santiago, 15 julio 1878. G. 1878, Nº 2.429, p. 1010 (C. 3º, 1ª inst., p. 1011).

4. C. Santiago, 8 enero 1879. G. Nº 45, p. 33 (C. 3º, p. 35).

5. C. Santiago, 14 noviembre 1879. G. 1879, Nº 1.772, p. 1242 (C. 2º a 6º, 1ª inst., p. 1244).

6. C. Santiago, 17 mayo 1880. G. 1880, Nº 661, p. 441 (sent. 1ª inst., p. 441).

7. C. Santiago, 30 septiembre 1880. G. 1880, Nº 1.423, p. 1010.

8. C. Santiago, 23 mayo 1881. G. 1881, Nº 715, p. 444.

9. C. Santiago, 26 noviembre 1885. G. 1885, Nº 3.400, p. 2020 (C. 4º, p. 2021).

10. C. Suprema, 6 agosto 1943. R., t. 41, sec. 1ª, p. 162.

b) Véase jurisprudencia del artículo 1559.

3. *Alcance de la disposición.* Lo que prohíbe el artículo 2210 es la capitalización de intereses en el contrato de mutuo; mas no el reconocimiento que haga el deudor de los intereses devengados y pagados de una obligación anterior para constituir una nueva obligación mutuaría, productora, a su vez, de intereses. La liquidación de intereses de esta segunda obligación debe hacerse sobre el capital y los intereses de la primera obligación, que, sumados, constituyen el monto de la segunda.

C. Santiago, 2 octubre 1905. R., t. 3, sec. 2ª, p. 145.

²⁸⁶ En voto disidente, el Ministro señor Bernal dice que "las rentas, cánones y pensiones periódicas deben entenderse comprendidas en la distribución contenida en el artículo 2210, sin que pueda decirse que sea permitido estipular por vía de pena el pago de intereses sobre la renta vencida de un arriendo, o sobre los intereses atrasados de un capital en dinero, porque esto sería facilitar el medio de eludir la terminante disposición de la ley".

4. *Intereses y subrogación.* a) Si no se ha operado subrogación, el segundo acreedor tiene derecho a cobrar intereses por el capital prestado, sin que importe que parte de él haya servido para pagar intereses adeudados al primer acreedor.

C. Suprema, 5 enero 1923. R., t. 22, sec. 1ª, p. 25 (C. 10, p. 31).

b) Las subrogaciones en los derechos de la Caja de Crédito Hipotecario y demás establecimientos similares que se han acogido a ella, verificados en favor de los particulares, quedan regidas en toda su amplitud por los artículos 2206 y 2210 del Código Civil.

C. Suprema, 6 julio 1918. G. 1918, 2º sem., Nº 248, p. 778. R., t. 16, sec. 1ª, p. 62.

LEY Nº 18.010

ESTABLECE NORMAS PARA LAS OPERACIONES DE CREDITO Y OTRAS OBLIGACIONES DE DINERO QUE INDICA

(Publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1981)

La Junta de Gobierno de la República de Chile ha dado su aprobación al siguiente

Proyecto de ley:

Título I

De las operaciones de crédito de dinero

Artículo 1º. Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención.

Constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente.

Para los efectos de esta ley, se asimilan al dinero los documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado.

No se aplicarán las disposiciones de este Título a las operaciones de crédito de dinero correspondientes a contratos aleatorios, arbitrajes de monedas a futuro, préstamo marítimo o avío minero.

JURISPRUDENCIA

1. *Operaciones de crédito de dinero, mutuo civil que recae sobre dinero; nota característica de éste.* Conforme a la Ley Nº 18.010, “son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención” (art. 1º, inc. 1º). El concepto enunciado corresponde al mutuo civil que recae sobre dinero, que se rige por las normas del Código Civil y, en especial, por las modificaciones que a dicho cuerpo legal introdujo la mencionada ley.

Del claro tenor de la disposición transcrita fluye que lo que caracteriza el mutuo civil que recae sobre dinero, es que el mutuante entrega o promete entregar dinero, y el mutuario, por su parte, a restituir dinero al momento convenido. Hay un contrato real en el cual existe “dinero contra dinero”.

C. Santiago, 10 diciembre 1985. R., t. 82, sec. 2ª, p. 124, al final (C. 4º y 5º, p. 125).

2. *Reconocimiento de una deuda de dinero y operación de crédito de dinero; distinción.* a) La escritura pública en que una de las partes reconoce y declara adeudar a la otra determinada suma de dinero, la que se obliga a pagar en las oportunidades que se indican, con reajuste y otras especificaciones, no contiene una operación de crédito de dinero. La parte en cuyo favor se reconoce la deuda no ha entregado ni prometido entregar en ese acto una determinada cantidad de dinero, elemento esencial del mutuo dinerario. Al revés, en el propio documento se deja constancia de que ello ocurrió con anterioridad, mediante acto jurídico por separado.

La escritura pública en análisis contiene un reconocimiento de deuda por la compra de un automóvil: implica el testimonio de una *obligación de dinero*. Esta tiene una significación jurídica distinta de la de una *operación de crédito de dinero*. El tributo que impone la Ley de Timbres y Estampillas afecta a tales operaciones, pero no a las simples obligaciones de dinero. Así se desprende del contexto de las normas pertinentes. En efecto, el Decreto Ley N° 3.475, de 1980, estableció un impuesto a los documentos que dieran cuenta de “operaciones de crédito de dinero”. Esa misma norma hizo extensivo tal impuesto a los reconocimientos de pago de una determinada suma de dinero. Pero el Decreto Ley N° 3.581, de 1980, suprimió la última parte del artículo 1º, N° 3 del Decreto Ley N° 3.475, sin que el punto se innovara por el artículo 2º de la Ley N° 18.206.

C. Santiago, 10 diciembre 1985. R., t. 82, sec. 2ª, p. 124, al final (C. 6º a 8º, pp. 125-126).

b) En la especie, la escritura pública de “Reconocimiento de deuda, dación en pago, comodato precario y opción de compra” no se encuadra en la hipótesis del inciso primero del artículo 1º de la Ley N° 18.010, esto es, no aparece que en dicho acto se haya entregado u obligado a entregar por una de las partes una cantidad de dinero ni por la otra a pagarla en un momento distinto, tampoco consta se hayan estipulado intereses o por el contrario que se haya exonerado de su pago como lo exige la ley. En consecuencia, al no constituir dicho acto o convención una operación de crédito de dinero sino un reconocimiento de deuda, la que por lo demás se extingue con la dación de pago que se convino, dicha convención no se encuentra gravada con el impuesto de la Ley de Timbres y Estampillas, que establece el D.L. N° 3.475 de 1980, por lo que no se le puede hacer aplicable al tercerista la sanción que prevé el artículo 26 del mencionado Decreto Ley.

C. Suprema, 4 agosto 2008. L.P. N° 39485 (C. 9º).²⁸⁷

3. *Inaplicabilidad del impuesto del timbre y de la reajustabilidad establecida en la Ley N° 18.010 al reconocimiento de deuda.* En el número anterior (“Reconocimiento de una deuda de dinero y operación de crédito de dinero; distinción”) quedó establecido que el documento que contiene un reconocimiento de deuda no está afecto al impuesto de la Ley de Timbres y Estampillas.

Como el reconocimiento de deuda es una figura jurídica distinta de la operación de crédito de dinero, la reajustabilidad que para ésta señala la Ley N° 18.010, variación de la unidad de fomento, no resulta aplicable a la obligación de dinero, al reconocimiento de deuda. Tratándose de esta obligación reina el principio de la autonomía de la voluntad y en su virtud las partes pueden pactar un tipo de reajuste distinto del de la variación de la unidad de fomento, y

²⁸⁷ Acordada con el voto disidente de los señores Milton Juica A. y Sergio Muñoz G., quienes estimaron que la escritura pública contenía una operación de crédito de aquellas establecidas en el artículo 1º de la Ley N° 18.010.

constituirá una ley para los contratantes (C. Civil, art. 1545).

C. Santiago, 10 diciembre 1985. R., t. 82, sec. 2ª, p. 124, al final (C. 9º, p. 126, al final de la 1ª columna).

4. *Verificaciones de créditos pactados en moneda extranjera; inaplicabilidad de la Ley Nº 18.010.* No son aplicables a las verificaciones de créditos pactados en moneda extranjera las normas de la Ley Nº 18.010. Pues el texto de ella no se refiere en ninguna de sus disposiciones a los casos de quiebra de un deudor.

C. Santiago, 16 septiembre 1985. R., t. 82, sec. 2ª, p. 101 (C. 1º, p. 101, al final).

5. *Mutuo y operaciones de crédito; disposiciones pertinentes.* El Código Civil regula el contrato de mutuo y la Ley Nº 18.010 las operaciones de crédito de dinero. Estas últimas pueden o no emanar del contrato de mutuo. Si la operación de crédito se perfecciona con la entrega de dinero, se está en presencia de un mutuo. Por el contrario, si la operación sólo establece la obligación de entregar una cantidad de dinero, el marco jurídico es otro. Siendo así, debe entenderse que las disposiciones del Código Civil y las de la Ley Nº 18.010 se complementan y deben ser interpretadas en su contexto.

El contrato de mutuo da forma jurídica a una operación de crédito sólo cuando el deudor recibe el dinero del acreedor. La mención que hace el artículo 1º de la indicada ley debe entenderse lógicamente referida a aquellas operaciones reguladas por el contrato de mutuo y no a otras convenciones que generan la obligación de entregar. Siendo así, resultan aplicables en la especie las normas de la Ley Nº 18.010 sólo en cuanto se refieren a la operación de crédito que en el caso tiene su origen en un mutuo.

C. Suprema, 3 enero 1989. R., t. 86, sec. 1ª, p. 1 (C. 4º y 5º, pp. 2 y 3).

6. *Bonos de la Reforma Agraria y otros títulos en relación con las operaciones de crédito de dinero.* Los bonos de la Reforma Agraria no reúnen las condiciones exigidas por las leyes para que una operación sea considerada como de crédito de dinero, esto es, que se entregue o prometa entregar una suma de dinero y que el sujeto que la recibe se comprometa a restituirla. En cambio, tales condiciones están presentes en los debentures, los bonos hipotecarios, los pagarés de Tesorería, los certificados de depósito reajustables emitidos por los Bancos, la aceptación de una letra de cambio o la suscripción de un pagaré.

C. Santiago, 30 enero 1991. G. J. Nº 127, sent. 2ª, p. 45 (C. 6º, p. 46). R., t. 88, sec. 2ª, p. 17.

Artículo 2º. En las operaciones de crédito de dinero no reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital.

En las operaciones de crédito de dinero reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado.

En ningún caso, constituyen intereses las costas personales ni las procesales.

Artículo 3º. En las operaciones de crédito de dinero en moneda nacional en que no tenga la calidad de parte alguna empresa bancaria, sociedad financiera o cooperativa de ahorro y crédito, podrá convenirse libremente cualquier forma de reajuste. Si se hubiere pactado alguno de los sistemas de reajuste autorizados por el Banco Central de Chile y éste se derogare o modificare, los contratos vigentes continuarán rigiéndose por el sistema convenido, salvo que las partes acuerden sustituirlo por otro.²⁸⁸

Artículo 4º. Derogado.²⁸⁹

Artículo 5º. No existe límite de interés en las siguientes operaciones de crédito de dinero:

- a) Las que se pacten con instituciones o empresas bancarias o financieras, extranjeras o internacionales.
- b) Las que se pacten o expresen en moneda extranjera para operaciones de comercio exterior.
- c) Las operaciones que el Banco Central de Chile efectúe con las instituciones financieras.
- d) Aquellas en que el deudor sea un banco o una sociedad financiera.²⁹⁰

Artículo 6º. Interés corriente es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país, con exclusión de las comprendidas en el artículo 5º. Corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinar las tasas de interés corriente, pudiendo distinguir entre operaciones en moneda nacional, reajustables o no reajustables, en una o más monedas extranjeras o expresadas en dichas monedas o reajustables según el valor de ellas, como asimismo, por el monto de los créditos, no pudiendo establecerse más de dos límites para este efecto, o según los plazos a que se hayan pactado tales operaciones.²⁹¹

Los promedios se establecerán en relación con las operaciones efectuadas durante cada mes calendario y las tasas resultantes se publicarán en el Diario Oficial durante la primera quincena del mes siguiente, para tener vigencia hasta el día anterior a la próxima publicación.

Para determinar el promedio que corresponda, la Superintendencia podrá omitir las operaciones sujetas a refinanciamientos o subsidios u otras que, por

²⁸⁸ Artículo reemplazado, por el que aparece en el texto, por la letra a) del N° VII del artículo segundo de la Ley N° 18.840, de 10 de octubre de 1989. El nuevo artículo empieza a regir en el plazo de 90 días desde la publicación de esta ley.

²⁸⁹ Artículo derogado por la letra b) del N° VII del artículo segundo de la Ley N° 18.840, de 10 de octubre de 1989. Esta derogación rige transcurridos 90 días desde la publicación de esta ley.

²⁹⁰ Artículo sustituido, como aparece en el texto, por el artículo 3º, N° 1, de la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997.

²⁹¹ Inciso sustituido, por el que aparece en el texto, por el artículo 3º, N° 2, letra a) de la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997.

su naturaleza, distorsionen la tasa del mercado.

No puede estipularse un interés que exceda en más de un 50% al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional.

Será aplicable a las operaciones de crédito de dinero que realicen los bancos, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 17 de la ley N° 19.496 y la obligación de información que contempla la letra c) del artículo 37 de la misma ley citada, debiendo identificarse el servicio que la origina.²⁹²

JURISPRUDENCIA

1. *Los intereses corrientes de una cantidad expresada en unidades de fomento, son los intereses corrientes para operaciones reajustables.* Al solicitar los demandantes el pago de una cantidad de dinero expresada en unidades de fomento, el pago comprende tanto la cantidad en que estima los perjuicios, como el incremento compensatorio por la devaluación de la moneda, representado por la unidad de fomento. De esta manera, si se ha solicitado por los actores el pago de intereses corrientes de una cantidad expresada en unidades de fomento, ellos no pueden ser otros que los intereses corrientes para operaciones reajustables.

C. Suprema, 4 enero 1996. L.P. N° 13742 (C. 7°).

Artículo 7°. En caso que en una licitación de dinero hecha por el Banco Central de Chile a la que hayan tenido acceso todas las empresas bancarias y sociedades financieras, resultare el pago de una tasa de interés promedio superior a la máxima vigente para la respectiva operación, el Banco Central pondrá esta situación en conocimiento de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Este organismo procederá a determinar para las operaciones respectivas dicha tasa como interés corriente. La modificación de tasa se publicará en el Diario Oficial y regirá desde el día en que se efectuó la licitación y por lo que falte del período de vigencia de la tasa modificada. No podrá hacerse más de una variación por este concepto respecto de una tasa determinada durante un mismo período.²⁹³

Artículo 8°. Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención.

En todo caso, cuando corresponda devolver intereses en virtud de lo dispuesto en esta ley, las cantidades percibidas en exceso deberán reajustarse en la forma señalada en el artículo 3°, inciso primero.

JURISPRUDENCIA

²⁹² Inciso agregado por el artículo 3°, N° 2, letra b) de la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997.

²⁹³ Artículo modificado, como aparece en el texto, por el artículo 3°, N° 3 y 4, de la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997.

1. *Sanción al cobro de intereses superiores al máximo convencional.* La ley en parte alguna ha sancionado con nulidad el cobro de intereses no pactados, y que la máxima sanción a que se expone el ejecutante, si fuere cierto lo que afirma su contraparte, es que no procedería el pago de los intereses que fueren superiores a lo pactado en el pagaré, pero en ningún caso la nulidad de toda la obligación, que aparece como una exageración antijurídica. El cobro de intereses excesivos no está sancionado en la Ley N° 18.010 ni tampoco lo estaba ni lo está en el Código Civil, sino que ellos se rebajan a los intereses corrientes según el artículo 8° de dicha ley sobre operaciones de créditos, y en el Código Civil, en el caso de la cláusula penal enorme al máximo de interés que es lícito estipular (artículo 1544 inciso 3°), y en el artículo 2206 en el mutuo también al interés corriente, de manera que el principio general de la legislación es la rebaja de los intereses excedidos, pero no la nulidad de la estipulación ni mucho menos de la obligación.

C. Suprema, 28 diciembre 2005. L.P. N° 33901 (C. 8°).

Artículo 9°. Podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses, capitalizándolos en cada vencimiento o renovación. En ningún caso la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a treinta días.

Los intereses capitalizados con infracción de lo dispuesto en el inciso anterior se consideran interés para todos los efectos legales y especialmente para la aplicación del artículo precedente.

Los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario.

JURISPRUDENCIA

1. *Anatocismo; convencional y legal.* a) Respecto del "anatocismo" que motivó el fundamento de la apelación de la demandada, este Tribunal hace suyas las explicaciones de cátedra proporcionadas sobre el particular por el profesor don Claudio Illanes Ríos, acerca de las "obligaciones Dinerarias, Reajustabilidad e Interés". En ellas expresa que es preciso distinguir entre "operaciones de crédito de dinero" y "obligaciones de dinero". Y así él advierte en la ley N° 18.010 un anatocismo convencional y otro legal. El primero tendrá lugar con motivo del que acuerden las partes expresamente en el tratamiento de los intereses pactados, o sea, si se van a capitalizar o no. El segundo –el anatocismo legal– está determinado en la ley y se entiende incorporado a la obligación correspondiente "de pleno derecho". De allí que éste –siempre a juicio del profesor citado– "tenga cabida en las operaciones vencidas y no pagadas".

C. Santiago, 26 marzo 1996. G.J. N° 189, p. 68 (C. 4°, p. 69).

b) El artículo 9° de la Ley N° 18.010 permite el anatocismo de intereses por uso cuando es pactado por los contratantes, y lo establece cuando no ha sido excluido por éstos, para el cálculo de intereses penales. La solución legal del inciso tercero es razonable y equitativa, además, porque si el acreedor dispusiera de su capital en el momento debido, podría obtener por él intereses por uso con capitalización de intereses cada treinta días, justamente ejerciendo

la facultad de pactarlo de esa manera que le confiere el inciso primero.

C. Valdivia, 8 junio 2007. L.P. N° 36488 (C. 3°).

Artículo 10. Los pagos anticipados de una operación de crédito de dinero, serán convenidos libremente entre acreedor y deudor.

Sin embargo, en las operaciones de crédito de dinero cuyo importe en capital no supere el equivalente a 5.000 unidades de fomento, el deudor que no sea una institución fiscalizada por la Superintendencia de Bancos o el Fisco o el Banco Central de Chile, podrá anticipar su pago, aun contra la voluntad del acreedor, siempre que:

a) Tratándose de operaciones no reajustables, pague el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión, no podrá exceder el valor de un mes de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga.

b) Tratándose de operaciones reajustables, pague el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión, no podrá exceder el valor de un mes y medio de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga.

Los pagos anticipados que sean inferiores al 25% del saldo de la obligación, requerirán siempre del consentimiento del acreedor.

El derecho a pagar anticipadamente en los términos de este artículo, es irrenunciable.²⁹⁴

Artículo 11. En las obligaciones regidas por esta ley sólo pueden estipularse intereses en dinero.

Los intereses se devengan día por día.

Para los efectos de esta ley, los plazos de meses son de treinta días, y los de años, de trescientos sesenta días.

Artículo 12. La gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo disposiciones de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre el capital o sobre capital reajustado, en su caso.

JURISPRUDENCIA

1. *Situación de los intereses no pactados; intereses corrientes.* La carencia de estipulación de intereses puede corresponder a una renuncia de los mismos o, estimándose que las operaciones son de carácter mercantil, resultan ser, dichos frutos civiles, un requisito de la naturaleza de las obligaciones comerciales, de acuerdo a la práctica y costumbre derivada de

²⁹⁴ Artículo sustituido por el artículo 3°, N° 5, de la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997. Posteriormente, modificado como aparece en el texto, en sus letras a) y b), por el artículo 1° N° 1 N° i) y ii) de la Ley N° 19.951, de 26 de junio de 2004.

este tipo de relaciones, siendo de advertir, además, que de no pactarse la calidad de los intereses, la ley siempre ha establecido, en ausencia de pacto, tanto desde la antigua norma del artículo 2207 del Código Civil como aquéllas contempladas en la Ley N° 18.010, la calidad de dichos intereses.

C. Santiago, 30 abril 1997. R., t. 94, sec. 2ª, p. 39 (C. 14, p. 43).

2. *La regla del artículo 12 no opera de oficio.* No resulta aplicable, de oficio, la regla del artículo 12 de la Ley N° 18.010, que establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero, disponiendo que la gratuidad no se presume; materia que debió formar parte de la litis, sin que el juez de la causa esté facultado para concederlos sin analizar la procedencia de ellos y lo dicho por las partes.

C. Suprema, 23 junio 2004. F. del M. N° 523, sent 2ª, p. 972 (C. 7º, p. 978). L.P. N° 30362 (C. 7º).

Artículo 13. En las operaciones de crédito de dinero sin plazo sólo podrá exigirse el pago después de diez días contados desde la entrega. Esta regla no es aplicable a los documentos u obligaciones a la vista o que de cualquiera otra manera expresan ser pagaderos a su presentación.

Artículo 14. En las operaciones de crédito de dinero la estipulación de intereses o la que exonera de su pago debe constar por escrito. Sin esta circunstancia, será ineficaz en juicio.

Artículo 15. Si se han pagado intereses, aunque no se hayan estipulado, no podrán repetirse ni imputarse al capital, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 8º.

Artículo 16. El deudor de una operación de crédito de dinero que retarda el cumplimiento de su obligación, debe intereses corrientes desde la fecha del retardo y a las tasas que rijan durante ese retardo, salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente un interés superior.

Artículo 17. Si el acreedor otorga recibo del capital, se presumen pagados los intereses y el reajuste, en su caso.

Artículo 18. El recibo por los intereses correspondientes a tres períodos consecutivos de pago hace presumir que los anteriores han sido cubiertos.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los recibos por el capital cuando éste se deba pagar en cuotas.

Artículo 19. Se aplicará el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran al interés legal o al máximo bancario.

De las obligaciones en moneda extranjera o expresadas en moneda extranjera

Artículo 20. Las obligaciones expresadas en moneda extranjera serán solucionadas por su equivalente en moneda chilena según el tipo de cambio vendedor del día del pago. En el caso de obligaciones vencidas, se aplicará el tipo de cambio del día del vencimiento si fuera superior al del día del pago. Para los efectos de este artículo, se estará al tipo de cambio vendedor que certifique un Banco de la plaza.

Tratándose de obligaciones cuyo pago se ha pactado en moneda extranjera en virtud de autorización de la ley o del Banco Central de Chile, el acreedor podrá exigir su cumplimiento en la moneda estipulada, o ejercer los derechos que para el deudor se originan de la correspondiente autorización.

Artículo 21. En los juicios en que se persiga el cumplimiento de alguna de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, basta un certificado otorgado por un Banco de la plaza referida al día de la presentación de la demanda o a cualquiera de los diez días precedentes, para los efectos de lo dispuesto por los artículos 116 y 120 del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo 22. En los procedimientos ejecutivos de cualquiera naturaleza en que se persiga el cumplimiento forzado de algunas de las obligaciones señaladas en el artículo 20, el acreedor deberá indicar en su demanda o solicitud la equivalencia en moneda corriente al tipo de cambio vendedor, de la cantidad líquida en moneda extranjera por la cual pide el mandamiento, acompañando al efecto el certificado a que se refiere el artículo 21, y el tribunal ordenará despacharlo por esa equivalencia, sin que sea necesario proceder a una evaluación previa y sin perjuicio de las reglas siguientes:

1. Se considerará justo motivo para solicitar la ampliación del embargo, el mayor valor que experimente en el mercado la moneda extranjera adeudada.

2. El ejecutante que ejercitare los derechos que le conceden los artículos 499, N° 1 y 500, N° 1, del Código de Procedimiento Civil, deberá pedir que se le liquide su crédito en moneda nacional, al tipo de cambio que proceda en conformidad al artículo 20.

3. El pago se hará en moneda corriente al tipo de cambio referido en el número anterior.

4. Las cuestiones relativas a la equivalencia de la moneda extranjera no podrán servir de fundamento para la oposición a la demanda y se ventilarán por la vía incidental al momento en que se ejerciten los derechos señalados en los dos números precedentes, según corresponda.

Artículo 23. Para los efectos del pago por consignación de alguna de las obligaciones comprendidas en el artículo 20, el deudor acompañará a la minuta

exigida por el artículo 1600, N° 5, del Código Civil, un certificado de un Banco de la plaza otorgado con no más de dos días de anterioridad a aquel en que se efectúe la oferta, en el cual conste la equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio vendedor, de la moneda extranjera adeudada, a la fecha del certificado.

El deudor podrá, en todo caso, consignar en la moneda extranjera adeudada.

Artículo 24. En las obligaciones expresadas en moneda extranjera para pagarse en moneda nacional no podrá pactarse otra forma de reajuste que la que llevan implícita.

Título III

Otras disposiciones

Artículo 25. En los juicios de cobro de cualquier obligación de dinero reajutable el pago se hará en moneda corriente liquidándose el crédito a esa fecha, por el valor que tenga el capital reajustado según el índice pactado o la unidad de fomento, según corresponda.

Si el juicio fuere ejecutivo, no será necesaria evaluación previa.

Artículo 26. Lo dispuesto en los artículos 2º, 8º y 10 será también aplicable a las obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles.

Artículo 27. Introdúcense las siguientes modificaciones al Código de Comercio:

a) Agrégase al final del N° 4 del artículo 633 la siguiente frase: “dicha cantidad puede expresarse en moneda nacional o extranjera o en unidades de fomento”.

b) Suprímese en el artículo 781 bis, la frase: “cuyo vencimiento sea superior a noventa días”.

Artículo 28. Deróganse el Decreto Ley N° 455, de 1974; la Ley N° 14.949, el inciso segundo del artículo 2207, y el artículo 2210 del Código Civil, y el N° 2 del artículo 18 del Decreto Ley N° 1.078, de 1975.²⁹⁵

Artículo 29. Introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1º del Decreto Ley N° 824, de 1974;

1. Agrégase a continuación del artículo 41 el siguiente artículo 41 bis:

“Artículo 41 bis. Los contribuyentes no incluidos en el artículo anterior, que

²⁹⁵ El D.L. N° 1.078 fue derogado por el Art. 89 de la Ley N° 18.840, de 10 de octubre de 1989, que aprueba la Ley Orgánica del Banco Central de Chile.

reciban intereses por cualquier obligación de dinero, quedarán sujetos para todos los efectos tributarios y en especial para los del artículo 20, a las siguientes normas:

1) El valor del capital originalmente adeudado en moneda del mismo valor adquisitivo se determinará reajustando la suma numérica originalmente entregada o adeudada de acuerdo con la variación de la unidad de fomento experimentada en el plazo que comprende la operación.

2) En las obligaciones de dinero se considerará interés la cantidad que el acreedor tiene derecho a cobrar al deudor en virtud de la ley o de la convención, por sobre el capital inicial debidamente reajustado en conformidad a lo dispuesto en el N° 1 de este artículo. No se considerarán interés, sin embargo, las costas procesales y personales, si las hubiere”.

2. En el inciso final del N° 25 del artículo 17, sustitúyese la expresión “4° del Decreto Ley N° 455, de 1974”, por la expresión “41 bis”.

3. En el inciso penúltimo del N° 2 del artículo 20, reemplázase la oración “el que define el artículo 4° del Decreto Ley N° 455, de 1974”, por la siguiente: “el que se determine con arreglo a las normas del artículo 41 bis”.

4. Sustitúyese el inciso segundo del N° 3 del artículo 20 por el siguiente:
“Los bancos, empresas financieras y otras similares, tributarán no sólo por sus rentas percibidas o devengadas, sino también por los anticipos de intereses que obtengan”.

5. Reemplázase la segunda parte de la letra b), N° 2 del artículo 33, después del punto seguido, por la siguiente oración:

“En el caso de intereses exentos, sólo podrán deducirse los determinados de conformidad a las normas del artículo 41 bis”.

Artículo 30. Las operaciones de crédito de dinero o aquellas operaciones de dinero a que se refiere el artículo 26 que tengan vencimiento en dos o más cuotas y contengan cláusula de aceleración deberán liquidarse al momento del pago voluntario o forzado o de su reprogramación con o sin efecto novatorio, conforme a las siguientes reglas:

1.- Las obligaciones no reajustables considerarán el capital inicial o el remanente al cual se añadirán los intereses corrientes o convencionales según sea el caso y las costas hasta el instante del pago o de la reprogramación.

2.- Las obligaciones reajustables considerarán el capital al momento de contraer la obligación y éste o su remanente se pagará debidamente actualizado según la reajustabilidad pactada en su equivalente en moneda corriente al instante del pago o reprogramación, más los intereses y costas a que se refiere el número anterior.

En caso de prepago, éste se ajustará a lo previsto en el artículo 10.

Los derechos que en este artículo se establecen en favor del deudor, son irrenunciables.²⁹⁶

ARTICULOS TRANSITORIOS

Artículo 1º. Las obligaciones a que se refiere esta ley, anteriores a la fecha de su vigencia, se regirán por la ley aplicable a la época en que fueron contraídas. Para este efecto, y hasta el 31 de diciembre de 1982, el Banco Central de Chile continuará fijando el Índice Diario de Precios al Consumidor y la tasa de interés para operaciones a treinta días. A partir del 1º de enero de 1983, las obligaciones reajustables según la variación del Índice de Precios al Consumidor se regirán por el sistema de reajuste establecido en el inciso primero del artículo 3º de la presente ley.²⁹⁷

Artículo 2º. Lo dispuesto en el artículo 41 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta, agregado por el artículo 29 de la presente ley, regirá desde la publicación de ésta, afectando también a todas las obligaciones de dinero a que se refiere esta ley efectuadas con anterioridad a dicha publicación.

JOSÉ T. MERINO CASTRO, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada, Miembro de la Junta de Gobierno.— FERNANDO MATTHEI AUBEL, General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, Miembro de la Junta de Gobierno.— CÉSAR MENDOZA DURÁN, General Director de Carabineros, Miembro de la Junta de Gobierno.— CÉSAR RAÚL BENAVIDES ESCOBAR, Teniente General de Ejército, Miembro de la Junta de Gobierno.

Por cuanto he tenido a bien aprobar la precedente ley, la sanciono y la firmo en señal de promulgación. Llévase a efecto como ley de la República.

Regístrese en la Contraloría General de la República, publíquese en el Diario Oficial e insértese en la Recopilación Oficial de dicha Contraloría.

Santiago, veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y uno.— AUGUSTO PINOCHET UGARTE, General de Ejército, Presidente de la República.— *Sergio de Castro Spíkula*, Ministro de Hacienda.

²⁹⁶ Artículo agregado, como aparece en el texto, por el artículo 1º N° 2 de la Ley N° 19.951, de 26 de junio de 2004.

²⁹⁷ Artículo sustituido, por el que aparece en el texto, por el artículo 3º de la Ley N° 18.022, de 19 de agosto de 1981.

Título XXXII

Del depósito y del secuestro

Artículo 2211. Llámase en general *depósito* el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito.²⁹⁸

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 1, i. 1 y 2, y *P. 1847*, art. 571, i. 1 y 2, red. def., sin la palabra “corporal”.

P. 1853, art. 2357 a, y *P. In.*, art. 2357, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Elementos esenciales del contrato; encargo de guardar la cosa y restituirla en especie.* Véase el número 4 b) de la jurisprudencia de este mismo artículo 2211.

2. *El depósito sólo puede recaer sobre cosas corporales.* Las facultades de los depositarios y secuestres se hallan circunscritas a las cosas corporales; las cosas incorpóreas, como un crédito, no son materia de depósitos.

C. La Serena, 9 noviembre 1914. G. 1914, 2º sem., Nº 589, p. 1712.

3. *Casos que constituyen depósito.* a) Importa la celebración de un contrato de depósito el hecho de que el demandado recibiera del demandante cierta cantidad de mercaderías para guardarlas en sus bodegas y restituirlas en especie, sin que pueda considerarse desnaturalizado por la circunstancia de que se hayan entregado las mercaderías por cuenta y riesgo del demandante: la expresión “por cuenta y riesgo de una persona” significa que a ella corresponde la responsabilidad de la cosa, pero no que no puedan pactarse otras estipulaciones lícitas, o que, no existiendo estipulaciones, excluya las reglas generales del Derecho o especiales del contrato celebrado.

C. Suprema, 25 octubre 1926. R., t. 24, sec. 1ª, p. 484.

b) Apareciendo claramente de los documentos que el contrato era de depósito y no de

²⁹⁸ El artículo 86, Nº 2, del D.F.L. Nº 3 de 19 de diciembre de 1997, que fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, faculta a los Bancos comerciales e hipotecarios para establecer un departamento especial destinado a desempeñar diversas comisiones de confianza; entre otras, ser depositarios, secuestres e interventores en cualquier clase de negocios o asuntos.

compraventa mercantil, no se modifica tal conclusión por las circunstancias de que el demandado (que sostenía la existencia de compraventa) fuera comerciante a la fecha de la entrega del trigo y se dedicara a comprar ese producto para revenderlo transformado en harina; de que el actor recibiera cierta suma en préstamo, según él, o en calidad de precio del trigo, según el demandado, y de que haya habido envío de la mercadería a éste. Ni el envío de la mercadería ni su entrega por el demandante al demandado importan necesariamente un contrato de compraventa, ya que en el depósito también el depositante debe entregar la cosa al depositario, y lo esencial no es la entrega, sino la causa que la determina, o sea el título a que se hace.

C. Suprema, 22 abril 1942. G. 1942, 1^{er} sem., N° 14, p. 121. R., t. 39, sec. 1^a, p. 531.

c) El contrato celebrado entre un agricultor y un bodeguero con respecto al trigo enviado por aquél a éste y por el que el bodeguero da un recibo, es de depósito. En consecuencia, obliga al bodeguero a identificar la mercadería con marcas para evitar su confusión con las de otros depositantes.

C. Santiago, 8 mayo 1874. G. 1874, N° 798, p. 385.²⁹⁹

4. *Casos que no constituyen depósito.* a) La boleta de garantía que da un Banco para que una persona afiance el cumplimiento de un contrato, no constituye depósito, porque la persona respectiva no ha depositado nada en el Banco.

1. C. Talca, 4 septiembre 1922. G. 1922, 2^o sem., N° 234, p. 1024.

2. C. Suprema, 22 octubre 1940. G. 1940, 2^o sem., N° 28, p. 47. R., t. 38, sec. 1^a, p. 384.

b) Es improcedente la demanda deducida por el donatario contra el mandatario del donante encargado por este último de dar cumplimiento a la donación y en la cual se pide el depósito del valor de la suma donada; y ello porque no aparece de autos tal contrato de depósito, por el cual se confiara aquella cantidad con encargo de guardarla y de restituirla en especie, que es lo que constituye el contrato, según lo define el artículo 2211 del Código Civil.

C. Suprema, 27 junio 1919. R., t. 17, sec. 1^a, p. 248 (C. 4^o, p. 252).

c) Del hecho, reconocido por ambas partes, de que los carruajes y caballos que el demandante pretende que recibió en depósito del demandado eran para el servicio público, lo cual, unido al oficio de cochero que el demandante ejercía, se desprende un antecedente bastante para deducir una presunción grave, precisa y concordante de que el contrato o convención que medió entre ambas partes no fue de depósito, ni mucho menos el de mandato, sino otro de naturaleza jurídica muy distinta.

C. Iquique, 9 enero 1918. G. 1918, 1^{er} sem., N° 87, p. 227.³⁰⁰

²⁹⁹ En voto disidente, el Ministro señor Vargas Fontecilla opina que se trata de un mutuo, habiendo sido entregado y recibido el trigo, no como cuerpo cierto, sino como cosa sujeta a peso y calidad.

³⁰⁰ Hay voto disidente del Ministro señor Sepúlveda.

d) Véase el número 2 de la jurisprudencia de este mismo artículo.

e) No hay depósito en el encargo, hecho a un Banco, de retirar de la institución emisora unos bonos que ha obtenido en préstamo el que hace el encargo.

C. Santiago, 24 agosto 1905. R., t. 7, sec. 1ª, p. 155.

f) Hay contrato de compraventa y no de depósito, si los documentos expresan que las mercaderías se reciben en una bodega por cuenta y riesgo del que las entrega y el que las recibe es sólo obligado a pagar el precio corriente de ellas.

Entregándose por una de las partes una cosa dada y obligada la otra a pagarla en dinero, y convenidas las partes en lo que se entrega y en el precio, se ha celebrado entre ellas un contrato de compraventa perfecto.

C. Talca, 4 noviembre 1913. G. 1913, 2º sem., Nº 1.077, p. 3118 (C. 4º y 5º, 1ª inst., p. 3120).

g) El contrato a virtud del cual se arrienda un *box* para guardar un automóvil en un garaje no puede calificarse como arrendamiento de cosas ni como depósito remunerado, sino como contrato innominado que participa de los caracteres de aquellos dos contratos: arrendamiento de cosa, porque sobre el dueño del garaje pesa la obligación de proporcionarle el goce del *box*, y depósito remunerado, porque el dueño del garaje tiene la obligación de guardar el automóvil en términos de que no sufra perjuicios.

C. Santiago, 30 junio 1943. R., t. 40, sec. 2ª, p. 77.

h) El contrato en virtud del cual una de las partes coloca animales a talaje en el fundo de la otra es de arrendamiento y no de depósito, pues se concede el goce de los pastos del fundo a fin de alimentar animales ajenos mediante la remuneración estipulada.

C. Santiago, 1º abril 1898. G. 1898, t. I, Nº 231, p. 154 (C. 1º, 1ª inst., p. 155).

i) Es mutuo y no depósito el contrato a cuya virtud un Banco recibe dinero para hacerlo suyo con la obligación de abonar un interés hasta la restitución, y sin cargo de conservar las especies, lo cual no se conforma con lo que constituye la esencia del contrato de depósito.

C. Suprema, 2 septiembre 1878. G. 1878, Nº 3.167, p. 1321.³⁰¹

5. *Prueba de depósito; admisibilidad de la testimonial.* a) Atendida la cuantía de lo que el actor, a título de depositante, pretende se le restituya, y no habiendo acreditado su calidad de comerciante ni la naturaleza mercantil de la obligación, es inadmisibile la testimonial para probar el depósito.

C. Tacna, 8 marzo 1905. R., t. 3, sec. 2ª, p. 141 (C. 1º, p. 143).

³⁰¹ En voto disidente, los Ministros señores Lastarria y Silva estimaron que el contrato con el Banco era un depósito y que existía entre las partes un contrato de cuenta corriente.

b) Es admisible la prueba de testigos para establecer a quién pertenece un depósito bancario superior a dos unidades tributarias, aunque no exista un principio de prueba por escrito. Y esto en razón de que no se trata de un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más del valor indicado, o porque, dada la naturaleza de los hechos en que se funda la demanda, no habría sido posible la existencia de una prueba escrita y preconstituida.

C. Suprema, 3 enero 1906. R., t. 3, sec. 1ª, p. 230 (C. 1º y 2º, p. 242).

c) Si el demandado ha confesado el hecho del depósito de una partida de trigo en un molino para ponerle precio más tarde y venderlo, es inadmisibles la prueba testimonial para justificar la circunstancia complementaria del contrato consistente en que el trigo procedía de un fundo de propiedad del demandante, que administraba el depositante.

C. Suprema, 25 abril 1904. R., t. 1, 2ª parte, p. 356.

6. *Prueba de depósito; admisibilidad de las presunciones.* No infringe ninguna ley la sentencia que acepta la prueba de presunciones para establecer que un depósito bancario pertenece no al depositante, como expresa el certificado de depósito, sino a su padre.

C. Suprema, 3 enero 1906. R., t. 3, sec. 1ª, p. 230.

7. *Boleta de garantía; prueba del depósito.* La expresión contenida en una boleta de garantía que dice que queda depositada cierta suma de dinero, no prueba el contrato de depósito si en la boleta no se indica quién es el depositante y si entregó al Banco el dinero en calidad de depósito.

C. Valdivia, 29 julio 1936. R., t. 38, sec. 1ª, p. 384.

8. *Boleta de depósito; instrumento no mercantil.* La boleta o comprobante de depósito no es un instrumento mercantil.

C. Concepción, 17 septiembre 1964. R., t. 61, sec. 4ª, p. 376.

9. *Certificado de depósito bancario, instrumento privado.* El certificado de depósito otorgado por un Banco no tiene la fuerza de escritura pública, sino que es un instrumento privado que acredita el hecho mismo del depósito y la persona que practicó la operación de entregar el dinero, pero sin tener importancia decisiva para resolver a quién pertenece el depósito.

C. Suprema, 3 enero 1906. R., t. 3, sec. 1ª, p. 230 (C. 5º, p. 242).

10. *Boleta de depósito bancario; embargabilidad.* La boleta de depósito bancario tomada por una persona para garantizar los resultados de un juicio, da fe de un depósito, embargable por terceros. Por tanto, el Banco depositario debe acatar el libramiento respectivo.

C. Santiago, 9 enero 1931. R., t. 32, sec. 1ª, p. 45 (C. 2º, p. 47).

11. *Acuerdo de las partes de que el depósito bancario quedará vencido y de que cesarán los intereses; inexistencia de novación.* La carta-circular enviada por los liquidadores del Banco para avisar que después de treinta días de su fecha el plazo del depósito quedará vencido y cesarán los intereses, y la respuesta dada por el depositante aceptando su contenido, no pueden considerarse como constitutivas de nuevos contratos que sustituyen por entero a los anteriores existentes entre las partes, porque ello importaría dar a esas comunicaciones el alcance de una novación, situación ni siquiera alegada en el pleito y que se habría producido sin que las partes así lo declararan en ellas, ni aparezca indudablemente de su tenor la intención de novar.

C. Suprema, 9 octubre 1934. G. 1934, 2º sem., Nº 16, p. 62 (C. 19, p. 75). R., t. 32, sec. 1ª, p. 43 (C. 19, p. 65)

Artículo 2212. El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 2, i. 2; *P. 1847*, art. 572, i. 2; *P. 1853*, art. 2358, y *P. In.*, art. 2358, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “Pot., *Du dépôt*, 7”.

Corresponde al art. 1919 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Inaplicabilidad de la disposición al contrato de transporte.* El contrato de transporte sólo parcialmente participa de la naturaleza del depósito propiamente tal, y los artículos 2212 y 2217 no rigen aquel contrato.

C. Suprema, 26 diciembre 1917. G. 1917, 2º sem., Nº 139, p. 404. R., t. 15, sec. 1ª, p. 324.

2. *Calificación del contrato; rol del título o causa que determina la entrega de la cosa.* Véase el número 3 b) de la jurisprudencia del artículo 2211.

Artículo 2213. Se podrá hacer la entrega de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposite.

Podrán también convenir las partes en que una de ellas retenga como depósito lo que estaba en su poder por otra causa.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2360, red. def., pero su i. 2 decía “depositario” en lugar de “depósito”.

P. In., art. 2360, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Contrato de prenda; deudor-depositario; tradición.* Si en el contrato de prenda se estipula que el deudor queda como depositario, no hay tradición por ninguno de los medios indicados en el artículo 684 del Código Civil.

C. Iquique, 28 junio 1918. R., t. 16, sec. 2ª, p. 33.

Artículo 2214. El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho, y secuestro.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 1, i. 3, y *P. 1847*, art. 571, i. 3, red. def., pero comenzaba “El contrato de depósito”.

P. 1853, art. 2359 y *P. In.*, art. 2359, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “Pot., *Du dépôt*, 2, 3; Delv., pág. 207”.

Corresponde al art. 1916 del C. F.

§ 1. *Del depósito propiamente dicho*

Artículo 2215. El *depósito propiamente dicho* es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*³⁰²

P. 1842, tít. XXXIII, art. 2, i. 1, red. def., pero decía “da” en vez de “entrega” y además, después de “guarde”, “gratuitamente”.

P. 1847, art. 572, i. 1, red. def., pero no decía “y mueble” y repetía la segunda variante del *P.* anterior.

³⁰² *P. 1842*, Título XXXIII, artículo 6º, y *P. 1847*, artículo 576, no incluidos en el Código, decían: “El depósito propiamente dicho puede ser voluntario o necesario”.

P. 1853, art. 2361, y P. In., art. 2361, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Referencia general.* Véase jurisprudencia del artículo 2211.

2. *Requisito esencial del depósito; facultades del depositante.* Es requisito esencial del contrato de depósito que el depositante esté habilitado para hacer la entrega de la cosa que da en depósito y para exigir a su voluntad la restitución de ella.

C. Santiago, 21 diciembre 1917. R., t. 18, sec. 1ª, p. 259.

3. *Calificación de contratos.* a) Casos que constituyen depósito: véase el número 3 de la jurisprudencia del artículo 2211.

b) Casos que no constituyen depósito: véase el número 4 de la jurisprudencia del artículo 2211.

4. *Las cuentas de ahorro no son depósitos ni comisiones de confianza.* La cuenta de ahorro no es un depósito de confianza de aquellos cuyo secreto no puede ser obligado a revelar el depositario, según lo dispuesto en el artículo 2225 del Código Civil. En efecto, el depósito de confianza a que alude este artículo participa de la naturaleza del depósito propiamente dicho definido por el artículo 2215 del mismo Código, contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie, a voluntad del depositante. En conclusión, la cuenta de ahorro no implica un contrato de depósito, sino un mutuo o préstamo a interés; le es inaplicable el citado artículo 2225. Ha de observarse, todavía, que el artículo 2215 del Código de Bello tiene su origen en el Derecho francés, el cual, al tratar del depósito, se refiere evidentemente a especies o cuerpos ciertos y no a cosas fungibles.³⁰³ No está de más señalar que entre las comisiones de confianza que reglamenta la Ley General de Bancos no se encuentran contempladas las cuentas de ahorro, sino, entre otros negocios públicos, los depósitos, los cuales, como se ha expresado, versan sobre especies o cuerpos ciertos, y no sobre dinero a interés. Mal puede estimarse, en consecuencia, que la cuenta de ahorro de la especie sea un depósito de confianza, no siéndole por tanto aplicable el secreto que consagra el artículo 2225 del Código Civil.

C. Santiago, 27 enero 1981. R., t. 78, sec. 2ª, p. 21 (C. 11, p. 28).

5. *Unilateralidad del contrato de depósito.* Basta para descartar la existencia de un acuerdo de voluntades para concertar esta convención, como se pretende en el recurso, el hecho que en ella, por definición del artículo 2215 del Código Civil, se impone al depositario la obligación de restituir la cosa corporal mueble a voluntad del depositante, regla reiterada en el artículo 2226 del mismo cuerpo legal. En el caso de autos es evidente que el actor no estaba en condiciones de poder exigir la restitución de los vehículos a su sola voluntad, pues él también se había obligado a pagar por las reparaciones encomendadas el precio convenido. La bilateralidad del

³⁰³ Código Civil francés, artículos 1915 y 1931; Troplong, *Du dépôt*, p. 548; Domat, *Lois civiles*, l. tit. VII, y Pothier, *Dépôt*, N^{os} 38 y 39. Estas citas son de la propia sentencia.

contrato de prestación de servicios efectivamente celebrado resulta incompatible, en virtud de lo dicho, con la unilateralidad del contrato de depósito.

C. Suprema, 15 julio 2008. M.J. Nº 17806 (C. 4º). L.P. Nº 39564 (C. 4º).

Artículo 2216. El error acerca de la identidad personal del uno o del otro contratante, o acerca de la substancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato.

El depositario, sin embargo, habiendo padecido error acerca de la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2362, red. def. del actual i. 1.

P. In., art. 2362, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): "Pot., 16, 17".

Artículo 2217. Cuando según las reglas generales deba otorgarse este contrato por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2363, red. def.

NOTA DE BELLO: "C. F., 1925 y 1926".

Véase sobre todo el art. 1924.

JURISPRUDENCIA

1. *Inaplicabilidad de la disposición al contrato de transporte.* No existe infracción de los artículos 2212 y 2217 del Código Civil, alegada por la Empresa de Ferrocarriles recurrente, fundándose en la circunstancia de que la sentencia impugnada consideró en depósito una mercadería aún no entregada (estaba entregada materialmente, pero no se había otorgado el recibo) y, además, en que, debiendo otorgarse por escrito el depósito y no habiéndose hecho así, correspondía creer la palabra de la Empresa sobre el hecho mismo del depósito. No hay esa pretendida infracción, porque dichos artículos rigen especialmente el depósito propiamente

tal y no el contrato de transporte, que sólo en parte participa de la naturaleza de aquél.

C. Suprema, 26 diciembre 1917. G. 1917, 2º sem., Nº 139, p. 404. R., t. 15, sec. 1ª, p. 324.

Artículo 2218. Este contrato no puede tener pleno efecto sino entre personas capaces de contratar.

Si no lo fuere el depositante, el depositario contraerá, sin embargo, todas las obligaciones de tal.

Y si no lo fuere el depositario, el depositante tendrá sólo acción para reclamar la cosa depositada mientras esté en poder del depositario, y a falta de esta circunstancia, tendrá sólo acción personal contra el depositario hasta concurrencia de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico; quedándole a salvo el derecho que tuviere contra terceros poseedores; y sin perjuicio de la pena que las leyes impongan al depositario en caso de dolo.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 7, i. 2; *P. 1847*, art. 577, i. 2; *P. 1853*, art. 2363, y *P. In.*, art. 2363 a, red. def., pero en la parte correspondiente al actual i. 3 decían “exista” en vez de “esté”.

Véanse los arts. 1925 y 1926 del C. F.

Artículo 2219. El depósito propiamente dicho es gratuito.

Si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve; pero bajo todo otro respecto está sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 4; *P. 1847*, art. 574, y *P. 1853*, art. 2364, decían: “El depósito es naturalmente gratuito; pero puede estipularse una remuneración”.

P. In., art. 2364, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): Al *inc.* 2º: “Troplong, *Du dépôt*, n. 11 y siguientes”.

El i. 1 corresponde al art. 1917 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Arrendamiento de “box” para guardar automóviles en garaje; calificación del contrato.*

Véase el número 4 g) de la jurisprudencia del artículo 2211.

2. *Gratuidad del contrato de depósito.* El inciso 2° del artículo 2.219 del Código Civil prescribe que si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicio, pero sólo para efectos de hacer responsable al que presta el servicio hasta de la culpa leve, sujetándolo en todo lo demás a las obligaciones y derechos del depositario, esta regulación no significa que el contrato comercial que interesa pase, por el solo hecho de pactarse remuneración, a convertirse en un contrato de arrendamiento de la especie indicada.

C. Suprema, 28 julio 2008. F. del M. Nº 550, cl/jur/3021/2008, p. 61 (C. 9º, p. 66). M.J. Nº 17720 (C. 9º).

Artículo 2220. Por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante.

Este permiso podrá a veces presumirse, y queda al arbitrio del juez calificar las circunstancias que justifiquen la presunción, como las relaciones de amistad y confianza entre las partes.

Se presume más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran sensiblemente por el uso.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 3, i. 1 y 2, red. def., pero al final de su i. 2, correspondiente al actual i. 3, decía “se deterioran poco” en lugar de “no se deterioran sensiblemente”.

P. 1847, art. 573, i. 1 y 2, igual al *P. 1842*, pero decía “muy poco” en lugar de “poco”.

P. 1853, art. 2365 y *P. In.*, art. 2365, red. def. El i. 3 del art. 3 del *P. 1842*, el i. 3. del art. 573 del *P. 1847*, y el art. 2366 del *P. 1853*, decían: “Hasta el momento en que el depositario se sirve de la cosa depositada, hay depósito; después, y supuesto el permiso del depositante, hay comodato, si la cosa no es fungible; y si es fungible, hay mutuo”.

P. In. suprimió esta disposición.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): Al art. 2365. Al *inc. 1º*: “Pot., *Du dépôt*, 34”. Al *inc. 3º*: “Pot., 36”. Al art. 2366: “Pot., n. 9, 10, 11”.

Corresponde al art. 1930 de C. F.

Artículo 2221. En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda.³⁰⁴

HISTORIA

³⁰⁴ Véase en el Apéndice de este tomo la Ley Nº 18.010, que establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1847, art. 573, i. 4, red. def., pero decía “retiene” en vez de “tiene” y finalizaba “tomarlo sin fracción, se presumirá más bien mutuo”.

P. 1853, art. 2367, red. def., hasta “fractura”, pero finalizaba “se presumirá contrato de mutuo”.

P. In., art. 2367, red. def., pero decía “de la misma” en vez de “en la misma”.

Véase art. 1932 del C. F.

JURISPRUDENCIA:

1. *El uso del dinero por el depositario no produce la degeneración del depósito en mutuo*. El depósito en dinero, si no es hecho en arca cerrada cuya llave tiene el depositante o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, da derecho al depositario para emplearlo salvo estipulación en contrario, y sólo queda obligado a restituir otro tanto en la misma moneda. De modo que el uso de la cosa por el depositario no hace degenerar el depósito en mutuo, y esto porque subsiste el móvil principal del contrato, cual es encargar la guarda o custodia de la cosa

C. Suprema, 9 octubre 1934. G. 1934, 2º sem., Nº 16, p. 62. R., t. 32, sec. 1ª, p. 43.

2. *Pago de intereses por el depositario*. No es de la esencia ni de la naturaleza del depósito de dinero que el depositario tenga que pagar interés. Se deberá éste cuando haya sido expresamente pactado o cuando sobrevengan circunstancias como la mora del deudor.

C. Suprema, 9 octubre 1934. G. 1934, 2º sem., Nº 16, p. 62. R., t. 32, sec. 1ª, p. 43

3. *Suerte de los frutos del dinero de que se ha apropiado o ha empleado el depositario*. Haciéndose dueño el depositario de los dineros del depósito, sin más obligación que restituir otro tanto en la misma moneda, puede hacer suyos los frutos de la cosa que pasó a ser propia en virtud del contrato, sea en razón de lo establecido en el artículo 684 del Código Civil, sea por virtud de la facultad que al depositario otorga el artículo 2221 del mismo cuerpo de leyes de “emplear” el dinero, lo que tanto vale como decir comerciar, sacar provecho o utilidad, ocupar. Por tanto, la regla del artículo 2229 no se opone a que el depositario no pague interés del dinero del depósito.

C. Suprema, 9 octubre 1934. G. 1934, 2º sem., Nº 16, p. 62. R., t. 32, sec. 1ª, p. 43.

4. *Dinero depositado a favor de terceros; disposición por el depositario*. No es lícito al depositario disponer del dinero depositado a favor de terceros sin el consentimiento del depositante.

C. Santiago, 16 mayo 1906. R., t. 10, sec. 1ª, p. 111.

5. *Pérdida del dinero remitido por el depositario al depositante; subsistencia de la obligación de restituirlo.* No existe extinción de la obligación de devolver el depósito por haberse perdido el dinero enviado por el depositario al depositante, toda vez que el primero hizo suyos los dineros depositados, quedando obligado, no a restituirlo en especie, sino a devolver una cantidad igual en dinero.

1. C. Suprema, 15 noviembre 1919. G. 1919, 2º sem., Nº 75, p. 422. R., t. 18, sec. 1ª, p. 164.
2. C. Suprema, 19 octubre 1928. G. 1928, 2º sem., Nº 53, p. 343. R., t. 26, sec. 1ª, p. 677.

Artículo 2222. Las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa.

A falta de estipulación responderá solamente de la culpa grave.

Pero será responsable de la leve en los casos siguientes:

1º Si se ha ofrecido espontáneamente o ha pretendido se le prefiera a otra persona para depositario;

2º Si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 8, i. 1, y *P. 1847*, art. 578, i. 1, decían: “El depositario es obligado a la guarda de la cosa depositada”.

Sus i. 2, primera parte, red. def. del actual i. 1. A continuación decía: “A falta de estipulación, es obligado en la custodia del depósito al cuidado que suele emplear en la de sus cosas propias, y no más. Pero es responsable hasta de la culpa leve en los casos siguientes”.

Sus Nº 1, red. def. sin la frase “o ha pretendido se le prefiera a otras personas”.

Sus Nº 2, red. def. sin la palabra “personal”.

P. 1853, art. 2368, i. 1, igual a los *P.* anteriores. Su i. 2, red. def. Su i. 3, igual a la segunda parte del i. 2 de los *P.* anteriores, pero decía “será obligado” en vez de “es obligado” y “será responsable” en vez de “es responsable”.

Sus Nºs 1 y 2, iguales a los *P.* anteriores.

P. In., art. 2368, red. def., pero decía “para que se le permita” en vez de “porque se le permita”.

NOTAS DE BELLO (en *P. 1853*): Al núm. 2º: “Delv., pág. 2009, y notas”.

(en *P. In.*). Al inc. 2: “Troplong, *Du dépôt*, Nº 87”.

Al inc. 3: Nº 2: “Troplong, *Du dépôt*, Nº 77 y siguientes”.

Son los arts. 1927 y 1928 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Responsabilidad del depositario negligente por la pérdida del dinero remitido.* El depositario es responsable de la culpa leve si, autorizado para usar del depósito, al enviarlo se

pierde por no haber tomado las precauciones del caso.

C. Suprema, 19 octubre 1928. G. 1928, 2º sem., Nº 55, p. 343. R., t. 26, sec. 1ª, p. 677.

2. *Persona en cuyo poder se decreta una retención; obligaciones.* La persona en cuyo poder se decreta una retención se constituye en depositario judicial y, en consecuencia, adquiere todas las obligaciones que la ley impone a tales depositarios; entre ellas, la de prestar en el desempeño de su cometido el cuidado exigido por la ley.

C. Suprema, 15 noviembre 1919. G. 1919, 2º sem., Nº 75, p. 422. R., t. 18, sec. 1ª, p. 164.

Artículo 2223. La obligación de guardar la cosa comprende la de respetar los sellos y cerraduras del bulto que la contiene.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 10, y *P. 1847*, art. 580, red. def., pero decían “o” en lugar de “y” y “contenga” en vez de “contiene”.

P. 1853, art. 2369 y *P. In.*, art. 2369, red. def.

Artículo 2224. Si se han roto los sellos o forzado las cerraduras por culpa del depositario, se estará a la declaración del depositante en cuanto al número y calidad de las especies depositadas; pero no habiendo culpa del depositario, será necesaria en caso de desacuerdo la prueba.

Se presume culpa del depositario en todo caso de fractura o forzamiento.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2370, red. def., pero su i. 1 finalizaba “será necesaria la prueba acerca de dichas especies” y su i. 2 finalizaba “rotura o fractura” en vez de “fractura o forzamiento”.

P. In., art. 2370, i. 1, igual al *P. 1853*. Su i. 2, red. def.

Artículo 2225. El depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2370 a, red. def.

NOTA DE BELLO: “Troplong, *Du dépôt*, N° 108 y siguientes”.

JURISPRUDENCIA

1. *Las cuentas de ahorro no son un depósito de confianza; inaplicabilidad a ellas del artículo 2225.* Véase el número 4 de la jurisprudencia del artículo 2215.

Artículo 2226. La restitución es a voluntad del depositante.

Si se fija tiempo para la restitución, esta cláusula será sólo obligatoria para el depositario, que en virtud de ella no podrá devolver el depósito antes del tiempo estipulado; salvo en los casos determinados que las leyes expresan.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 5, y *P. 1847*, art. 575, red. def., pero al final del i. 2 decían “en que de su custodia se le siga inconveniente grave” en vez de “determinados que las leyes expresan”.

P. 1853, art. 2371, red. def., pero decía “que en el artículo siguiente se expresan” en vez de “determinados que las leyes expresan”.

P. In., art. 2371, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Mora del depositario que no restituye la cosa dentro del término estipulado; depósito bancario.* La regla general del artículo 1551, N° 1° del Código Civil, sobre constitución en mora del deudor, no ha sido modificada por las relativas al depósito. Por tanto, un Banco se coloca en mora de restituir los dineros depositados si no se hace la restitución en el día único señalado al efecto en la convención, o sea, el último de los treinta días siguientes al aviso que él mismo dio para expirar el depósito y los intereses pactados.

C. Suprema, 9 octubre 1934. G. 1934, 2° sem., N° 16, p. 62. R., t. 32, sec. 1ª, p. 43.

2. *Mora del depositario; indemnización de perjuicios.* Si el depositario obligado a restituir cae en mora, debe –por perjuicios– lucro cesante y daño emergente.

C. Suprema, 20 octubre 1919. R., t. 18, sec. 1ª, p. 62.

3. *Mora, para los efectos de los intereses, por el saldo de la cuenta del depositario.* Un depositario está en mora, para el efecto del pago de los intereses del saldo de su cuenta, desde

que presenta ésta.

C. Talca, 10 octubre 1896. G. 1896, t. II, N° 4.044, p. 1010 (C. 5°, p. 1011).

Artículo 2227. La obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida; pero el depositario podrá exigir que el depositante disponga de ella, cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito, o cuando, aun sin cumplirse el término, peligre el depósito en su poder o le cause perjuicio.

Y si el depositante no dispone de ella, podrá consignarse a sus expensas con las formalidades legales.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2372, red. def., pero su i. 1 decía “ha cumplido” en vez de “cumpla”, “o aun sin cumplirse el término, cuando peligra” en vez de “o cuando, aun sin cumplirse el término, peligre” y “causa” en vez de “cause”.

P. In., art. 2372, red. def.

Artículo 2228. El depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito, aunque consistan en dinero o cosas fungibles; salvo el caso del artículo 2221.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, artículo 11, inciso 1º, y *P. 1847*, artículo 581, inciso 1º, no incluidos en el Código, decían: “Si por falta del cuidado a que el depositario es obligado se pierde o deteriora la cosa depositada, será el depositario responsable de todo perjuicio; y quedará además sujeto a las penas que le impongan las leyes en caso de dolo”.

P. 1853, artículo 2375, igual a los *P.* anteriores, pero decía “será responsable” en vez de “será el depositario responsable”.

P. 1853, art. 2373, red. def., sin la frase final “salvo el caso del art. 2221”.

P. In., art. 2373, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “Pot., *Du dépôt*, 40, 41”.

Corresponde al art. 1932 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Pérdida de animales puestos a talaje; responsabilidad del dueño del fundo.* Puestos a

talaje unos animales y perdidos ellos durante el talaje, el dueño del fundo es obligado a su pago, porque se considera como depositario remunerado; y como tal, debe restituir la cosa y responder de su pérdida con arreglo a los artículos 1671, 1674 y 2228 del Código Civil.

C. Valparaíso, 14 diciembre 1894. G. 1894, t. III, N° 3.622, p. 479.

2. *Venta de bienes embargados cuyo vendedor es dueño y depositario de aquéllos.* Si no ha sido materia del juicio la determinación de los efectos legales que haya de producir en la venta de unos bienes embargados, el hecho de que el dueño y vendedor fuese a la vez depositario de ellos, no infringe el artículo 2228 del Código Civil, como tampoco el 2211 y el 2229, ya que no los ha aplicado ni tenido por qué aplicarlos la sentencia que declara válida dicha venta.

C. Suprema, 20 junio 1913. R., t. 11, sec. 1ª, p. 431.

Artículo 2229. La cosa depositada debe restituirse con todas sus accesiones y frutos.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 12, decía: “Si la cosa ha producido frutos y el depositario los ha percibido, es también obligado a la restitución de estos frutos”.

P. 1847, art. 582, primera parte, igual al *P. 1842*, pero agregaba a continuación “a menos de estipulación contraria”. Su segunda parte, red. def., pero decía “mejoras” en vez de “frutos”.

P. 1853, art. 2374, i. 1, red. def., pero conservaba la variante final del *P. 1847*.

Su i. 2 decía: “Si ha producido frutos, el depositario es también obligado a la restitución de éstos, a menos de estipulación contraria”.

P. In., art. 2374, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *El depositario que se ha apropiado o empleado el dinero del depósito no está obligado a pagar interés.* Véase el número 3 de la jurisprudencia del artículo 2221.

2. *Los frutos de la cosa depositada siguen siendo del dueño.* El artículo 546 del Código de Procedimiento Civil dispone que los bienes retenidos serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de créditos que garantizan, semejanza que permite reafirmar el que los frutos siguen siendo del dueño de la cosa ya que así sucede con la garantía hipotecaria, si bien es cierto que la cosa continúa en poder del dueño, y en el caso de la prenda por así disponerlo expresamente el art. 2395 del Código Civil. Igual criterio sigue el legislador respecto del depósito en el art. 2229 del mismo Código.

C. Suprema, 11 marzo 1996. G.J. N° 189, p. 48 (C. único, p. 48).

Artículo 2230. El depositario que no se ha constituido en mora de restituir, no responde naturalmente de fuerza mayor o caso fortuito; pero si a consecuencia del accidente recibe el precio de la cosa depositada, u otra en lugar de ella, es obligado a restituir al depositante lo que se le haya dado.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 9; *P. 1847*, art. 579, y *P. 1853*, art. 2376, red. def., pero comenzaban “El depositario no responde de fuerza mayor o caso fortuito”.

P. In., art. 2376, red. def.

Artículo 2231. Si los herederos, no teniendo noticia del depósito, han vendido la cosa depositada, el depositante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria o siendo ésta ineficaz), podrá exigirles que le restituyan lo que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 11, y *P. 1847*, art. 581, i. 2 y 3 (sus i. 1, copiados en nota al art. 2228) decían: Lo mismo se extiende a sus herederos, si éstos tenían noticia del depósito.

”Si, no teniéndola, han enajenado la cosa depositada, podrá el depositante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria) exigir de los herederos que le paguen el precio que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan”.

P. 1853, art. 2377, red. def., pero decía “han enajenado” en lugar de “han vendido”, no traía la frase “o siendo ésta ineficaz”, y decía “exigir de los herederos” en vez de “exigirles”.

P. In., art. 2377, red. def., pero decía aún “han enajenado” en lugar de “han vendido”, “exigir a los herederos” en lugar de “exigirles”.

P. A. conservaba las variantes anotadas en el *P. In.* y agregaba además, al final, después de “competan”, “, según mejor le conviniere”.

La nueva red. fue puesta por Bello en la corrección final del Cd.

Corresponde al art. 1935 del C. F.

Artículo 2232. Los costos de transporte que sean necesarios para la restitución del depósito serán de cargo del depositante.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1842, tít. XXXIII, art. 13, y *P. 1847*, art. 583, guardaban relación con este artículo, pues decían: “La restitución debe hacerse en el lugar estipulado, o a falta de estipulación en el mismo lugar del depósito”.

P. 1853, art. 2378, i. 1, igual a los *P.* anteriores, pero finalizaba “en el lugar donde existe el depósito”. Sus i. 2 y 3 decían: “Si el depositario traslada su domicilio a un lugar distante, deberá notificarlo al depositante para que disponga de la cosa; y si omite esta diligencia, serán de su cargo las expensas que causare el transporte de la cosa desde su nuevo domicilio al anterior.

”En todo otro caso, los costos del transporte serán de cargo del depositante”.

P. In., art. 2378, red. def.

Artículo 2233. Las reglas de los artículos 2181 hasta 2185, se aplican al depósito.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1842, tít. XXXIII, art. 14, decía: “Si el depositante ha experimentado una mudanza que influya en su capacidad, por ejemplo, si es un mayor que ha sido puesto en interdicción, o que ha perdido el juicio, o si es una mujer que ha contraído matrimonio, el depósito deberá restituirse a la persona que administre los bienes del depositante.

”Recíprocamente, si el depósito ha sido hecho por un tutor, un marido u otro administrador, en calidad de tal, y su gestión o administración ha terminado en el tiempo intermedio, deberá hacerse la restitución a la persona que representaban, o a la que los haya reemplazado en esta representación.”

Su art. 15 decía: “Si el depositario ha experimentado una mudanza que influya en su capacidad, la acción del depositante se dirigirá contra la persona que administre sus bienes; y en el caso en que ésta, ignorando el depósito, haya enajenado la cosa depositada, se observará la regla a que están sujetos en igual caso los herederos del depositario”.

Su art. 16 decía: “El depositario no tendrá derecho para suspender la restitución alegando que la cosa depositada no pertenece al depositante; a menos que haya sido perdida o hurtada o quitada por fuerza a su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del depositario.

”En el caso de una cosa perdida, hurtada o quitada por fuerza, el depositario que lo sabe es obligado a denunciarlo al dueño”.

Su art. 17 decía: “Las obligaciones de guarda y restitución cesan, si el depositario llega a ser, o descubre que él es, el verdadero dueño de la cosa depositada”.

P. 1847, arts. 584, 585, 586 y 588, iguales a los arts. 14, 15, 16 y 17 del *P. 1842*, pero el i. 2 del 586 decía “denunciarla” por “denunciarlo”.

P. 1853, art. 2379, decía: “La restitución debe hacerse al depositario, o a la persona que legítimamente haga sus veces, o a la que le haya sucedido en su derecho sobre la cosa depositada, como heredero o legatario, o con otro título”.

Su art. 2380 decía: “Si una persona ha sido diputada por el depositante para la restitución, caducará este nombramiento por la muerte o por la cesación del derecho del depositante en el tiempo intermedio”.

Su art. 2381 decía: “Si varias personas han dado una cosa en depósito, o si el derecho del depositante se ha transferido o transmitido a varias personas, ninguna de ellas podrá reclamar la restitución sin el consentimiento de las otras, mientras poseyeren proindiviso.

”Pero cada una podrá pedir su parte si la cosa admite división, y el todo habiendo solidaridad entre ellas”.

Su art. 2382, igual al art. 14, i. 1, del *P. 1842*, pero decía “Si el depositario” en lugar de “Si el depositante” y “o es” en vez de “o si es”, pero estas variantes no deben ser más que errores de impresión. Decía también “la restitución deberá hacerse” en vez de “el depósito deberá restituirse”.

Su art. 2383, igual al i. 2 del art. 14 del *P. 1842*, pero decía “les haya” en vez de “los haya”.

Su art. 2384, igual al art. 15 del *P. 1842*.

Su art. 2385, igual al art. 16, i. 1, del *P. 1842*.

Su art. 2386 decía: “Si se ha depositado una cosa perdida, hurtada o quitada por fuerza, el depositario que lo sabe es obligado a denunciarlo al dueño; y sin el consentimiento de éste, no la devolverá al depositante.

”El dueño, por su parte, tampoco podrá exigir la restitución sin consentimiento del depositante, o sin decreto de juez, a virtud de un juicio seguido entre el dueño y el depositante”.

Su art. 2387 decía: “El depositario puede suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas, cuando tiene justo motivo de temer que se hará mal uso de ellas; pero deberá ponerlas a disposición del juez”.

Y su art. 2389, i. 1, igual al art. 17 del *P. 1842*. Su i. 2 decía: “Con todo, si el depositante le disputare el dominio, deberá restituirle el depósito a no ser que se halle en estado de probar breve y sumariamente que la cosa depositada le pertenece”.

P. In., art. 2379, red. def., pero citaba sólo los arts. 2329 a, 2329 b y 2329 c, que corresponden a los actuales 2183, 2184 y 2185.

P. A. decía “2182, 2183, 2184” en vez de “2181 hasta 2185”.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): Al art. 2381: “*P. Goy. 1676*”. Al art. 2387: “L. 6, tít. 3, Part. 5, ampliada”. Al art. 2389: Al inc. 2º: “Pot., *Du dépôt*, 67”.

JURISPRUDENCIA

1. *Restitución de la cosa, responsabilidad por error acerca de la persona del depositante.* El depositario es responsable si entrega las mercaderías depositadas a una persona distinta del depositante.

C. Suprema, 25 octubre 1926. R., t. 24, sec. 1ª, p. 484.

Artículo 2234. El depositario no podrá sin el consentimiento del depositante retener la cosa depositada, a título de compensación, o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente

artículo.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1847, art. 587, decía: “El depositario no podrá retener la cosa depositada a título de compensación o por mejoramientos hechos en ella”.

Sin embargo, el art. 18 del *P. 1842* (copiado en nota al art. siguiente) guardaba relación con lo dispuesto en este artículo.

P. 1853, art. 2390, red. def., pero decía “prenda” en vez de “seguridad” y “excepto en el caso del artículo 2391” en vez de “sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo”.

P. In., art. 2391, red. def., pero decía “prenda” en lugar de “seguridad”, no traía las palabras “sólo” y “perjuicios” y decía “precedente” en lugar de “siguiente”.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “L. 5, tít. 3, Part. 5”.

Corresponde al art. 1948 del C. F.

Artículo 2235. El depositante debe indemnizar al depositario de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera hecho él mismo, teniéndola en su poder; como también de los perjuicios que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1842, tít. XXXIII, art. 18, decía: “El depositante debe indemnizar al depositario las expensas que haya hecho para conservación de la cosa, y los perjuicios que le haya ocasionado el depósito; y para el cobro de estas indemnizaciones tendrá un derecho de prenda sobre ella”.

P. 1847, art. 589, red. def., pero no decía “de” antes de “las expensas”, decía “que él mismo hubiera hecho” en vez de “que probablemente hubiera hecho él mismo”, “y asimismo” en vez de “como también de” y finalizaba “depósito; y para el cobro de estas indemnizaciones, tendrá un derecho de prenda sobre ella”.

P. 1853, art. 2391, igual al *P. 1847*, pero decía ya “y que probablemente hubiera hecho él mismo”.

P. In., art. 2390, red. def., pero decía “y asimismo” en lugar de “como también”.

Corresponde al art. 1947 del C. F.

§ 2. Del depósito necesario

Artículo 2236. El depósito propiamente dicho se llama *necesario* cuando la acción de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 19, i. 1, y *P. 1847*, art. 590, i. 1, red. def., pero decían “del depositario” por “de depositario”.

P. 1853, art. 2392 y *P. In.*, art. 2392, red. def.

Corresponde al art. 1949 del C. F.

Artículo 2237. Acerca del depósito necesario es admisible toda especie de prueba.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2392 a, red. def.

Corresponde al art. 1950 del C. F.

Artículo 2238. El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato que obliga al depositario sin la autorización de su representante legal.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2392 b, red. def., pero comenzaba “Para el depósito necesario de que se hace cargo una persona que no tiene” y decía “se presume de derecho” en vez de “constituye un cuasicontrato que obliga al depositario sin”.

NOTA DE BELLO: “Troplong, *Du dépôt*, n. 208.

Artículo 2239. La responsabilidad del depositario se extiende hasta la culpa leve.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2392 c, red. def., sin las palabras “del depositario”.

Artículo 2240. En lo demás, el depósito necesario está sujeto a las mismas reglas que el voluntario.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1842, tít. XXXIII, art. 19, i. 2; *P. 1847*, art. 590, i. 2, y *P. 1853*, art. 2393, red. def., pero antes decían además: “El depositario que niega este depósito es obligado a restituirlo doblado”.

P. In., art. 2393, red. def.

Corresponde al art. 1951 del C. F.

II

Artículo 2241. Los efectos que el que aloja en una posada introduce en ella, entregándolos al posadero o a sus dependientes, se miran como depositados bajo la custodia del posadero. Este depósito se asemeja al necesario y se le aplican los artículo 2237 y siguientes.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1842, tít. XXXIII, art. 20, i. 1, y *P. 1847*, art. 591, i. 1, decían: “Los efectos que el que aloja en una posada introduce en ella, se mirarán como depositados bajo la custodia del posadero; y este depósito se reducirá al necesario relativamente a los bultos que se le entregan”.

P. 1853, art. 2394, red. def. hasta “custodia del posadero”, pero decía “a la persona encargada de recibirlos, se mirarán” en vez de “a sus dependientes, se miran”.

P. In., art. 2394, red. def., pero finalizaba “los artículos 2392 a, 2392 c y 2393”, que correspondían a los actuales 2237, 2239 y 2240, como lo señalaba el *P. A.*

Bello escribió “2237 y siguientes” en la corrección final del Cd.

Corresponde al art. 1952 del C. F.

Artículo 2242. El posadero es responsable de todo daño que se cause a dichos

efectos por culpa suya o de sus dependientes, o de los extraños que visitan la posada, y hasta de los hurtos y robos; pero no de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2395, red. def., pero decía “toda especie de” antes de “culpa suya” y finalizaba “que no se le pueda imputar” en vez de “salvo que se le pueda imputar a culpa o dolo”.

P. In., art. 2395, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “L. 26, tít. 8, Part. 5, modif.”.

Corresponde al art. 1953 del C. F.

Artículo 2243. El posadero es además obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí. Bajo este respecto es responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los sirvientes de la posada, o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 20, i. 2, red. def., pero no traía la frase “del daño causado o”; después de “personas extrañas” decía además “que entren y salgan en ella” y finalizaba “alojado; pero será necesario probar el hurto o robo”.

P. 1847, art. 591, i. 2, igual al *P.* anterior, pero decía “de ella” por “en ella” y al final añadía “y que uno u otro no es imputable a negligencia del alojado”.

P. 1853, art. 2396, i. 1, y *P. In.*, art. 2396, red. def., pero repetían la segunda variante del *P. 1842*.

P. A., igual al *P. In.* Bello suprimió esta variante en la corrección final del Cd.

Artículo 2244. El alojado que se queja de daño, hurto o robo, deberá probar el número, calidad y valor de los efectos desaparecidos.

El juez estará autorizado para rechazar la prueba testimonial ofrecida por el demandante, cuando éste no le inspire confianza o las circunstancias le parezcan sospechosas.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 20, i. 2, y *P. 1847*, art. 591, i. 2 (copiados en nota al art. anterior), contenían en su parte final lo dispuesto en el i. 1, de este art.

P. 1853, art. 2396, i. 2, decía: “Pero será necesario probar que ha ocurrido verdaderamente el daño, hurto o robo, y que no es imputable a negligencia del alojado”.

P. In., art. 2396 a, red. def., pero su i. 1 decía “deberá rendir prueba jurada en juicio contradictorio acerca del” por “deberá probar el”.

NOTA DE BELLO (en *P. In.*): Al *inc. 2º*: “Troplong, *Du dépôt*, n. 214 y 215”.

Artículo 2245. El viajero que trajere consigo efectos de gran valor, de los que no entran ordinariamente en el equipaje de personas de su clase, deberá hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si lo exigiere, para que se emplee especial cuidado en su custodia; y de no hacerlo así, podrá el juez desechar en esta parte la demanda.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2396 b, red. def., pero decía “esta parte de la demanda” en lugar de “en esta parte la demanda”.

NOTA DE BELLO: “Troplong, *Du dépôt*, n. 224”.

Artículo 2246. Si el hecho fuere, de algún modo, imputable a negligencia del alojado, será absuelto el posadero.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2396 c, red. def.

NOTA DE BELLO: “Troplong, *Du dépôt*, n. 238”.

Artículo 2247. Cesará también la responsabilidad del posadero, cuando se ha convenido exonerarle de ella.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2396 d, red. def.

Artículo 2248. Lo dispuesto en los artículos precedentes se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de billar o de baños, y otros establecimientos semejantes.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2396 e, red. def.

§ 3. *Del secuestro*

Artículo 2249. El *secuestro* es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor.

El depositario se llama *secuestre*.³⁰⁵⁻³⁰⁶

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 21, i. 1, y *P. 1847*, art. 592, i. 1, decían: “El *secuestro* es el depósito de un objeto litigioso en manos de una tercera persona que se obliga a guardarlo, para restituirlo a su tiempo. El depositario se llama *secuestre*”.

P. 1853, art. 2397 y *P. In.*, art. 2397, red. def.

Véase art. 1956 del C. F.

Artículo 2250. Las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvo las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en el Código de Enjuiciamiento.³⁰⁷⁻³⁰⁸

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

³⁰⁵ Véanse los artículos 291 y 292 del Código de Procedimiento Civil.

³⁰⁶ Véase la nota al artículo 2211.

³⁰⁷ Véanse los artículos 291 y 292 del Código de Procedimiento Civil.

³⁰⁸ Véase la nota al artículo 2211.

P. 1842, tít. XXXIII, art. 21, i. 2, y *P. 1847*, art. 592, i. 2, red. def., pero decían “voluntario” en vez de “propiamente dicho” y finalizaba “disposiciones que van a indicarse”.

P. 1853, art. 2398, red. def., pero decía “voluntario” en vez de “propiamente dicho”, “indican” en vez de “expresan” y “Procedimientos” en vez de “Enjuiciamiento”.

P. In., art. 2398, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “Pot. *Du dépôt*, 84”.

Artículo 2251. Pueden ponerse en secuestro no sólo cosas muebles, sino bienes raíces.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 22, decía: “El secuestro puede ser de cosa mueble o raíz”.

P. 1847 suprimía esta disposición.

P. 1853, art. 2399 y *P. In.*, art. 2399, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “Pot., 87”.

Corresponde al art. 1959 del C. F.

Artículo 2252. El secuestro es convencional o judicial.

El *convencional* se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso.

El *judicial* se constituye por decreto de juez, y no ha menester otra prueba.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

Nota manuscrita de Bello en su ejemplar personal (en los arts. 2252 y 2253): “Indiqué la conveniencia de invertir el orden de estos dos artículos; pero no se aprobó la indicación”.

P. 1842, tít. XXXIII, art. 23, primera parte, y art. 25 y *P. 1847*, art. 593, primera parte, y art. 595, decían: “El secuestro es convencional o judicial”.

El art. 25 del *P. 1842* decía: “El secuestre puede ser designado por las partes interesadas o nombrado de oficio por el juez”.

P. 1853, art. 2400, decía: “El secuestro es convencional o judicial.

”Del secuestro judicial se tratará en el *Código de Procedimiento*.

”Los siguientes artículos reglan el secuestro convencional”.

Su art. 2401, red. def. del actual i. 2, pero comenzaba “Secuestro convencional es el que se hace por”.

P. In., art. 2400, red. def.

JURISPRUDENCIA

1. *Procedencia del secuestro judicial respecto de bienes raíces.* a) No procede el secuestro judicial de los bienes raíces (C. Civil, art. 902 y C. de Procedimiento Civil, arts. 291, antiguo 281, y 293, antiguo 283

1. C. Valparaíso, 7 noviembre 1902. R., t. 1, 2ª parte, p. 1662. C. La Serena, 7 enero 1904. R., t. 1, 2ª parte, p. 369.

3. C. Concepción, 11 marzo 1904. R., t. 1, 2ª parte, p. 582.

b) En virtud de las normas del Código de Procedimiento Civil, artículos 290 (antiguo 280), Nº 1º y 294 (antiguo 284), inciso 2º (que habla de otras medidas más rigurosas que las allí señaladas, que el tribunal puede adoptar), y de las disposiciones de los artículos 2251 y 2252 del Código Civil, puede sostenerse que también procede el secuestro de bienes raíces; pero ello es a condición de que, decretado el nombramiento de interventor, esta medida resulte ineficaz por los abusos o actos de malversación del demandado que denunciare el interventor.

C. Talca, 9 diciembre 1912. G. 1912, t. II, Nº 1.175, p. 830.

2. *Fianza para alzar el secuestro decretado como medida precautoria en un juicio.* Tal fianza debe entenderse que comprende todas las resultas del juicio respectivo, según se deduce de los antecedentes del juicio que precedieron al otorgamiento de aquélla. No puede pretenderse que el fiador se constituyó como tal y como codeudor solidario del secuestro, porque en la escritura de fianza se hable del secuestro y no del secuestro. Interpretando en esta forma, el contrato de fianza no llenaría el objeto que se tuvo en vista al aceptarse esa fianza, objeto que no ha sido otro que asegurar las resultas del juicio seguido contra el deudor principal.

C. Valdivia, 19 agosto 1918. G. 1918, bim. julio-agosto, Nº 385, p. 1166 (C. 1º, 12 y parte resol. de la sent. de 1ª inst., pp. 1167 y 1168

Artículo 2253. Los depositantes contraen para con el secuestro las mismas obligaciones que el depositante respecto del depositario en el depósito propiamente dicho, por lo que toca a los gastos y daños que le haya causado el secuestro.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, art. 23, segunda parte, y art. 24, y *P. 1847*, art. 593, segunda parte, y art. 594, decían: “En el primer caso pueden las partes estipular una remuneración para el secuestro, y en el segundo puede el juez ordenarla”.

“Los depositantes pueden ser dos o más. El adjudicatario es el único que tiene los derechos y las obligaciones de depositante, a menos de estipulación contraria”.

P. 1853, art. 2402, decía: “Puede estipularse una remuneración para el secuestre”. Su art. 2403, i. 1, red. def. del art. 2253.

Su i. 2 decía: “Esta responsabilidad es solidaria en cada uno de los depositantes”.

P. In., art. 2404, red. def.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): Al *inc. 2º*: “Pot., 86”.

JURISPRUDENCIA

1. *Animales secuestrados puestos a talaje*. Si el secuestre judicial de unos animales los pone a talaje, tiene derecho a que se le cubran las expensas, y si éstas no le son pagadas o garantizadas, puede retener los animales.

C. Talca, 10 agosto 1904. R., t. 3, sec. 2ª, p. 17.

Artículo 2254. Perdiendo la tenencia, podrá el secuestre reclamarla contra toda persona, incluso cualquiera de los depositantes, que la haya tomado sin el consentimiento del otro, o sin decreto del juez, según el caso fuere.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario*:

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2403, red. def.

P. A. decía “le hayan” en vez de “la haya”.

Bello volvió a poner “la haya” en la revisión final del Cd.

JURISPRUDENCIA

1. *Embargo de cosa secuestrada*. El secuestre judicial que detenta la cosa antes del embargo decretado en juicio seguido por un tercero, tiene derecho a mantener esa tenencia; y el embargo no puede alterar los derechos del secuestre ni las obligaciones emanadas de estos derechos, creados en garantía de los que obtuvieron el secuestro.

C. Concepción, 12 noviembre 1903. R., t. 1, 2ª parte, p. 516.

Artículo 2255. El secuestre de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario*:

Este artículo aparece solamente en el *P. In.*, art. 2404 a, red. def.
NOTA DE BELLO: “Troplong, *Du dépôt*, n. 268”.

JURISPRUDENCIA

1. *Depositario que por grave culpa suya impide que el bien depositado rinda frutos civiles; sanción.* El depositario que extralimitándose en su mandato ocupa personalmente el inmueble que le fue entregado en depósito y por lo cual el bien no ha producido frutos civiles, con perjuicio para las partes, es responsable de culpa grave y por lo tanto no tiene derecho a remuneración (C. de Procedimiento Civil, art. 517, N° 2°).

C. Chillán, 10 noviembre 1988. R., t. 85, sec. 2ª, p. 107 (C. 4º y 5º, pp. 107-108).

Artículo 2256. Mientras no recaiga sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada, no podrá el secuestro exonerarse de su cargo, sino por una necesidad imperiosa, de que dará aviso a los depositantes, si el secuestro fuere convencional, o al juez en el caso contrario, para que dispongan su relevo.

Podrá también cesar, antes de dicha sentencia, por voluntad unánime de las partes, si el secuestro fuere convencional, o por decreto de juez, en el caso contrario.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 27, y *P. 1847*, art. 596, decían: “El secuestro no puede exonerarse de las obligaciones de tal, antes de terminarse el litigio, sino por decreto de juez o por la sentencia de adjudicación, en el caso del secuestro judicial; o por el consentimiento de las partes interesadas, en el caso del secuestro convencional; o con causa legítima, aprobada por el juez”.

P. 1853, art. 2405, decía: “El secuestro no puede exonerarse de las obligaciones de tal, sino por la sentencia de adjudicación, pasada en autoridad de cosa juzgada, o por el consentimiento de los litigantes, o con causa legítima aprobada por el juez”.

P. In., art. 2405, red. def.

Artículo 2257. Pronunciada y ejecutoriada dicha sentencia, debe el secuestro restituir el depósito al adjudicatario.

Si el secuestro es judicial, se observará en esta parte lo dispuesto en el Código de Enjuiciamiento.³⁰⁹

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

³⁰⁹ Véanse los artículos 291 y 292 del Código de Procedimiento Civil.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1842, tít. XXXIII, art. 26, decía: “El secuestre es obligado a restituir el objeto secuestrado, a la persona designada por el juez, o al adjudicatario; pero, si el secuestro es convencional, se hará la restitución en conformidad a lo estipulado”.

P. 1853, art. 2404, decía: “El secuestre posee a nombre del futuro adjudicatario”. Su art. 2406, red. def. del actual i. 1, pero decía “la sentencia de adjudicación, y pasada en autoridad de cosa juzgada” en vez de “y ejecutoriada dicha sentencia”.

P. In., art. 2406, red. def.

Título XXXIX

De la anticresis

Artículo 2435. La *anticresis* es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 629, i. 1, red. def., pero después de “cosa” decía “fructífera” y después de “raíz”, “o mueble”.

P. 1853, art. 2623 y *P. In.*, art. 2623, red. def.

P. A. finalizaba “de sus frutos”. Bello volvió a escribir “con sus frutos” en la revisión final del Cd.

Corresponde al art. 2072 del C. F.

JURISPRUDENCIA

1. *Caso de dación en pago.* Las disposiciones contenidas en los artículos 1569; 1913, N° 3°; 2382, 2397 y 2435 del Código Civil se refieren a una situación que podría definirse como “dación en pago”, o sea la entrega de una cosa para solucionar una obligación en dinero, y por ello presenta evidentes caracteres de semejanza con la compraventa, no pudiendo confundirse ambas instituciones dadas las diferencias evidentes y sustanciales que entre ellas existen

C. Suprema, 11 julio 1945. R., t. 43, sec. 1ª, p. 63.

Artículo 2436. La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1853, art. 2624 y *P. In.*, art. 2624, red. def.

Véase el art. 2090 del C. F.

Artículo 2437. El contrato de anticresis se perfecciona por la tradición del inmueble.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1853, art. 2626 y *P. In.*, art. 2626, red. def.

Artículo 2438. La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

Se aplica al acreedor anticrético lo dispuesto a favor del arrendatario en el caso del artículo 1962.³¹⁰

No valdrá la anticresis en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1847, art. 629, i. 2; *P. 1853*, art. 2627, i. 1, y *P. In.*, art. 2627, i. 1, red. def. del actual i. 1.

El i. 2 de los *P. 1853* y *P. In.* decían: “Por consiguiente, no perjudica a las hipotecas u otros derechos reales de terceros sobre el mismo inmueble”.

Artículo 2439. Podrá darse al acreedor en anticresis el inmueble anteriormente hipotecado al mismo acreedor; y podrá asimismo hipotecarse al acreedor, con las formalidades y efectos legales, el inmueble que se le ha dado en anticresis.

HISTORIA

1. *Texto originario*: El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario*:

P. 1847, art. 629, i. 3, decía: “Pero podrá constituirse hipoteca o prenda sobre ella, si expresamente se estipulare, y si en el caso de constituirse hipoteca, se observaren las formalidades necesarias para el valor de las hipotecas especiales”.

P. 1853, art. 2628 y *P. In.*, art. 2628, decían: “Podrá constituirse hipoteca sobre el inmueble anticrético, si expresamente se estipulare; y se observarán las formalidades necesarias para el valor de las hipotecas convencionales.

”En tal caso, concurrirá esta hipoteca, según las reglas generales, con las otras a que está

³¹⁰ Por aplicación de este artículo 1962 están obligados a respetar los derechos del acreedor anticrético: 1) los adquirentes a título gratuito; 2) los adquirentes a título oneroso, si el contrato de anticresis consta en escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios, y 3) estos últimos si el contrato de anticresis ha sido otorgado por escritura pública, inscrita en el Registro del Conservador antes de la inscripción hipotecaria.

afecto el mismo inmueble”.

Artículo 2440. El acreedor que tiene anticresis, goza de los mismos derechos que el arrendatario para el abono de mejoras, perjuicios y gastos, y está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario relativamente a la conservación de la cosa.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 630, red. def., pero decía “gastos, perjuicios y expensas” en vez de “mejoras, perjuicios y gastos”.

P. 1853, art. 2629 y *P. In.*, art. 2629, red. def.

Corresponde al art. 2082 del C. F.

Artículo 2441. El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago; ni tendrá preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le diere el contrato accesorio de hipoteca si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 631, red. def. hasta “hubiere”, pero comenzaba “No podrá estipularse que el acreedor se haga dueño de la cosa a falta”, no decía “en él” y decía, además, “o prenda” después de “hipoteca”.

P. 1853, art. 2630 y *P. In.*, 2630, red. def. hasta “hubiere”, pero comenzaban “No podrá estipularse que el acreedor se haga dueño”.

Corresponde al art. 2088 del C. F.

Artículo 2442. Si el crédito produjere intereses, tendrá derecho el acreedor para que la imputación de los frutos se haga primeramente a ellos.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.
2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 632; *P. 1853*, art. 2631, y *P. In.*, art. 2631, red. def., pero decían “a los intereses” en vez de “a ellos”.

Artículo 2443. Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores.

Los intereses que estipularen estarán sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso de mutuo.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 633, primera parte, red. def. del actual i. 1; su segunda parte decía: “La cuota de intereses será la que estipularen las partes; y a falta de convención, la cuota legal. Los intereses convencionales están sujetos a la acción de lesión enorme, como en el caso de mutuo”.

P. 1853, art. 2632 y *P. In.*, art. 2632, iguales al *P. 1847*, pero decían al final “del mutuo”.

JURISPRUDENCIA

1. *Anticresis y mutuo; pacto de intereses.* En el artículo 2443 Código Civil entiende con meridiana claridad que hay, a propósito de la anticresis, dos actos o negocios jurídicos contractuales diversos: el que dio origen a la primitiva obligación (en este caso, un mutuo de dinero), y la propia anticresis. Asimismo, es claro que la ley asume que las partes deben pactar intereses al establecer la anticresis, y que ese pacto es otro diverso que el eventual pacto de intereses de la operación original a cuyo cumplimiento está orientada la anticresis. La letra de la disposición (“los intereses que estipularen”) así lo confirma. Por otra parte, si así no fuera, carecería por completo de sentido la prevención del inciso segundo, acerca de la lesión enorme, que remite a la reducción de intereses establecida para el mutuo. En otras palabras, si la ley admite la posibilidad de que exista lesión enorme en la anticresis, es porque en ella las partes pueden pactar intereses, y esos intereses no pueden tener otra procedencia que el capital originalmente adeudado.

C. Santiago, 8 junio 2007. L.P. N° 36488 (C. 7°).

Artículo 2444. El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda; pero el acreedor podrá restituirla en cualquier tiempo y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales; sin perjuicio de lo que se hubiere estipulado en contrario.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

P. 1847, art. 634, red. def. hasta “legales” y sin “otros”.

P. 1853, art. 2633, y *P. In.*, art. 2633, red. def. hasta la palabra “legales”.

NOTA DE BELLO (en *P. 1853*): “En este título se ha seguido sustancialmente el C. F., con la doctrina de Delv.”

Corresponde al art. 2087 del C. F.

Artículo 2445. En cuanto a la anticresis judicial o prenda pretoria, se estará a lo prevenido en el Código de Enjuiciamiento.

HISTORIA

1. *Texto originario:* El presente artículo conserva el texto originario.

2. *Antecedentes del texto originario:*

Este art. no aparece sino en el Cd.

JURISPRUDENCIA

1. *La regla general en la prenda pretoria; prenda pretoria minera.* El mandato de sujetarse, en cuanto a la anticresis judicial o prenda pretoria, a lo prevenido en el Código de Procedimiento Civil, es una regla general que no ha sido derogada. Debe aplicarse respecto de cualquier clase de prenda pretoria sobre bienes raíces, y la norma del Código de Procedimiento Civil que ordena al acreedor que tiene bienes raíces en prenda pretoria rendir cuenta de su administración cada año (art. 506), se aplica a la anticresis judicial minera. Porque el Código de Minería no contiene ninguna disposición en contrario que, como parte de un Código o ley especial, deba aplicarse preferentemente.

C. Suprema, 14 junio 1909. R., t. 7, sec. 1ª, p. 47.

2. *Derecho y obligación del acreedor con prenda pretoria minera.* El acreedor con prenda pretoria sobre una mina tiene el derecho de hacerse pagar de su crédito con los productos que rindiere, aunque el deudor esté concursado y no se halle aún ejecutoriada la sentencia de grados.³¹¹ Este acreedor tiene la obligación de rendir cuenta anual de su administración conforme al artículo 506 (antiguo 528) del Código de Procedimiento Civil.

C. Suprema, 14 junio 1909. R., t. 7, sec. 1ª, p. 47.

3. *La prenda pretoria y el término de la ejecución.* Mientras está pendiente el procedimiento

³¹¹ El hoy derogado artículo 1520 del Código de Comercio decía: “Luego que los síndicos se hallen en estado de proceder a la realización y liquidación de la quiebra, según lo prevenido por el artículo 1498, el juzgado de comercio procederá a dar sentencia de grados, aplicando las disposiciones del Título *De la prelación de créditos* del Código Civil y las especiales del presente Código”.

de apremio no cabe considerar terminada la ejecución, ni aun cuando hubieren sido entregados los bienes en prenda pretoria. Porque en este caso el deudor puede pedir, conforme a la disposición del artículo 505 (antiguo 527) del Código de Procedimiento Civil, los bienes entregados con este objeto, pagando la deuda y costas, y por su parte, y a su vez, puede el acreedor poner fin a dicha prenda y solicitar su enajenación o el embargo de otros bienes del deudor. Esto deja de manifiesto que aún no se ha llenado el objeto del juicio ejecutivo, o sea, el de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación, puesto que no se ha realizado todavía el pago perseguido por el acreedor.

C. Suprema, 15 diciembre 1922. G. 1922, 2º sem., Nº 82, p. 397 (C. 2º, p. 405). R., t. 21, sec. 1ª, p. 1022.³¹²

4. *Derechos que no tiene un acreedor hipotecario a quien se ha concedido sobre el inmueble prenda pretoria.* En un concurso especial de hipotecarios sobre los bienes embargados, el acreedor hipotecario a quien se ha concedido prenda pretoria sobre el inmueble, no puede, invocando la circunstancia de tener esa prenda, solicitar que se suspenda la orden de entregar dicho inmueble al síndico, y tampoco puede oponerse a la autorización pedida por éste para vender una parte del mismo inmueble (rieles de un ferrocarril particular) a fin de proveerse de fondos necesarios al desempeño de su cargo.

C. Suprema, 15 diciembre 1922. G. 1922, 2º sem., Nº 82, p. 397 (C. 12 y 13, p. 407). R., t. 21, sec. 1ª, p. 1022.³¹³

³¹² Los Ministros señores E. Foster Recabarren y J. Agustín Rojas emitieron voto en contra, pero no aparece publicado.

³¹³ Los Ministros señores E. Foster Recabarren y J. Agustín Rojas, en voto disidente, estimaron que debían reconocerse en la especie los derechos denegados por la mayoría del tribunal al acreedor.

CONCLUSIÓN

En nuestro derecho civil y según lo hemos analizado a lo largo de nuestro trabajo, existen distintas acciones reales para proteger el dominio, la que por excelencia corresponde al propietario para la protección de su derecho es la acción reivindicatoria.

Sin embargo, debido a una fuerte discusión doctrinaria acerca del valor que corresponde asignarle a la inscripción de los inmuebles en el Conservador de Bienes Raíces, la dificultad probatoria que conlleva además en el procedimiento, es que ha cobrado gran importancia la figura del precario no contractual contemplada en el inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil.

Es por ello que la acción de precario que se desprende de dicho inciso es empleada frecuentemente como un medio rápido y eficaz para obtener la restitución de los inmuebles inscritos, para los casos cuando el dueño se encuentra privado de su tenencia material y quien lo detenta, siguiendo la doctrina mencionada a este respecto, no se considera poseedor sino más bien tenedor sin título. Debido a su procedimiento sumario caracterizado por su procedimiento rápido y eficaz así mismo la prueba probatoria del dominio que presenta el dueño es dentro de los parámetros propios del juicio sumario, sin

entrar en discutir conflictos de títulos de dominio, ya que daría paso a otro juicio de lato conocimiento y reivindicatorio.

Es por lo anterior, que esta acción se ha visto sobreexpuesta dentro de nuestra jurisprudencia abundan los casos de precario, por su gran aplicación práctica se puede apreciar que a partir del año 1930 hayan sido publicadas en diversas revistas especializadas más de ciento cincuenta sentencias que se refieren a ella.³¹⁴

La escueta reglamentación que presenta vale decir, sólo el inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil “Constituye también precario la tenencia de cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”, y por ende, su aplicación caso a caso según abordamos, explica sin lugar a dudas que existan innumerables discrepancias que se observan en nuestra jurisprudencia, se hace necesario por parte del legislador regular, reglamentar y fundamentar, para que se desarrolle de mejor manera los supuestos en que existe la figura jurídica del precario se entregue una solución y no se lleguen a absurdos que frente a un mismo supuesto existan profundas discrepancias y contradicciones de criterios en nuestra jurisprudencia. El ejemplo claro es los casos que hemos analizado que ante el supuesto de justificar si es título de tenencia la promesa de compraventa o el matrimonio, se acoge y rechaza la

³¹⁴ HALABI y Saffirio, op. cit.

acción de precario y se llegan a soluciones disímiles sin encontrar una uniformidad de fundamentación jurisprudencial. Lo que en definitiva, ha llevado en uno u otro aspecto a que la figura del precario se vea desnaturalizada.

Además, la circunstancia de que el legislador describa el precario no contractual en un solo inciso, no debe llevar a pensar que estamos en presencia de una figura aislada sino que por el contrario ella está relacionada con varias materias de importancia en nuestro ordenamiento jurídico como posesión, dominio, acciones reales, responsabilidad, entre otras, se debe ver también esta figura en un todo para proteger al dueño de la cosa y poder restituírsela, también como una figura de protección al dominio y como acción real enmarcada dentro del ordenamiento jurídico.

En otra arista y recogiendo lo anterior expuesto vemos que también debido a su escasa reglamentación se confunden ciertas figuras jurídicas como el comodato precario y el precario. Que si bien no tienen dificultades en la práctica en este punto ya el juez puede cambiar la denominación jurídica de ésta, debido a que la causa de pedir del actor descansa en los hechos narrados, y que, por ende, no existe ningún inconveniente en que el juez modifique de oficio la calificación jurídica que hacen los litigantes, es así como entonces, el demandante podría pretender un comodato precario y el tribunal decidir basándose en los requisitos constitutivos del precario.

No ocurre lo mismo, frente a que el litigante alegue o interponga acción de precario ante el juez y este es comodato precario, en este caso no se puede cambiar la denominación jurídica en virtud que el requisito “constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño” efectivamente siendo comodato tendría un contrato por lo que se rechazaría la acción.

Nosotros creemos y hemos dejado en claro en nuestra monografía, siguiendo la tesis tradicional, que se distinguen las figuras jurídicas de precario y comodato precario, fundamentalmente a que el precario derivaría de una situación de hecho y el comodato de una figura contractual, sin embargo, en la práctica vemos por el procedimiento aplicable, que en el precario se aplicaría el juicio sumario según lo dispuesto en el artículo 680 inciso 2 N°6 del Código Procedimiento Civil, mientras que en el comodato se discute entre juicio ordinario artículo 3 CPC en su carácter supletorio a falta de regla especial diversa y uno sumario por aplicación del artículo 680 inciso 1 CPC. Sin duda, el juicio sumario, es por excelencia el procedimiento más utilizado en la práctica también para esta figura tratándose de la misma causa de pedir, por otro lado, también vemos que para el contrato de depósito necesario, y el contrato de arrendamiento tienen también un procedimiento especial de carácter sumario.

En resumen, es una tarea pendiente y se hace necesario también que la doctrina pueda aunar criterios ya que hemos visto que básicamente lo que hace es tomar una postura observadora, y recopilar decisiones jurisprudenciales comentándolas, sin establecer los debidos límites para la figura del precario y su correspondiente interposición de acción.

Los contratos reales también observamos que han sido abordados en la jurisprudencia de un modo bastante heterogéneo, ya que en el precario la jurisprudencia que encontramos es abundante y en los demás contratos reales, tanto mutuo, como depósito y anticresis ha sido la jurisprudencia más bien escasa.

En el caso del depósito, se observa que el número de fallos es sumamente escaso, sin mayores aportes al desarrollo del contrato real. No hay circunstancias que permitan vislumbrar a futuro un aumento de los casos o un cambio en la tendencia actual de la jurisprudencia.

En cuanto al mutuo, hemos visto en nuestra monografía que la doctrina ha discutido la naturaleza jurídica de este contrato, si es consensual o real, no obstante, podemos ver que tanto la doctrina como jurisprudencia chilena ha zanjado esta discusión mencionando que corresponde a la clasificación de un contrato real. También podemos ver que el desarrollo jurisprudencial va de la

mano con analizar los elementos y requisitos del mutuo como contrato unilateral, principal y naturalmente gratuito. Por último, vemos que se distingue el mutuo señalado con anterioridad del mutuo de la ley 18.010, en que éste último, recae sobre una suma de dinero, tiene diferente normativa y características, por el cual la jurisprudencia y doctrina si bien no es tan amplia, no hay en general discrepancias relevantes en esta materia.

Por último, en el caso de la anticresis, sin lugar a dudas, es el contrato real con menor aplicación dentro de los contratos reales solo encuentra referencia en la jurisprudencia respecto a la prenda pretoria y es analizada en comparación con otras figuras jurídicas como es el caso de la hipoteca. En la práctica vemos que se ha visto opacado este contrato en el transcurso del tiempo por otro tipo de contratos como la hipoteca por los múltiples beneficios y derechos que confiere.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. De los contratos. Santiago, Editorial Jurídica, 2010.
- 2.-ALDUNATE, Sofía Vergara. El comodato precario y el simple precario ante el derecho y la jurisprudencia. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda, 1991.
- 3.-ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Derechos Reales”. Revista de Derecho de la UAI, Santiago, 2006.
- 4.-ATRIA LEMAITRE, Fernando. El sistema de acciones reales, parte especial: La acción de precario. Revista de Derecho Valdivia, 2017.
- 5.-Barría Mena, y Carlos Hidalgo Muñoz, Análisis jurisprudencial del comodato precario y del precario desde los años 1970 a 2002. Memoria de Prueba. Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile.
- 6.- BLANCO Méndez Carola Alejandra y otros. Responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho clásico romano. Tesis (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de derecho, Santiago, Chile, 2004.
- 7.- CRUZ, Tamburrino, Javier. Tesis mutuo hipotecario endosable. Tesis (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de derecho, Santiago, Chile, 2001.
- 8.- DOMINGUEZ LOPEZ, Esther. La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de las responsabilidades del comodatario. Granada, Editorial Comares, 2001.
- 9.-DOYHARCABAL Casse, Solange. Naturaleza jurídica del mutuo: Contrato real, consensual o solemne.” Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX. Valparaíso, Chile, 1998.

10. FERNANDEZ Leiva, Luis “El comodato en el derecho iberoamericano” Doctrina: Estudio, notas y comentarios. Gaceta Jurídica, N°377, 2011.
- 11.-HALABI RIFFO, Fuad Marcos y SAFFIRIO Suárez, Carlos Alberto. La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia. Editorial jurídica CONOSUR, Santiago, Chile, 1996.
12. MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil, De la fuente de las obligaciones, tomo II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- 13.- MORENO Mocholi, Miguel. El precario. Editorial S.A EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra, 1975.
14. ORREGO, Juan Andrés. Apunte Teoría general del contrato. Fuente: www.juanandresorrego.cl , 2015.
15. ORREGO, Juan Andrés. Los contratos Reales. Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, Año 2015.
16. PEÑA, Carlos. Separata sobre los contratos reales, derecho civil I II Universidad de Chile, 1995.
17. PEÑAILILLO, Arévalo Daniel. Los bienes la propiedad y otros derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica, 2006.
18. PEREZ Valdez, Gerardo. Tesis El Contrato de Depósito en nuestro derecho civil. Memoria (Licenciado en Leyes y Ciencias Políticas). Universidad de Chile, 1919.
19. PINCHEIRA, Leiva. Jorge. Tesis: La Anticresis. Tesis (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de derecho, Santiago, Chile, 1984.
20. POTHIER, Robert “Oeuvres de Pothier”, citado, RAMOS PASCUAL, Graciela: “Comodato precario y precario”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, Año 1982.

21. PUELMA, Álvaro. Estudio Jurídico Sobre Operaciones Bancarias. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
22. RAMOS PAZO, René. "Del Precario". Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N°180, julio-diciembre de 1986.
23. Vergara, S.I. "El comodato precario y el Simple precario ante el derecho y la Jurisprudencia". Santiago, Editorial Conosur, 1991.
24. Vial del Río, Víctor. Teoría general del acto jurídico. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003.
25. WALKER, Mena. Ricardo. Tesis: El mutuo en la ley 18.010. Tesis (Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Facultad de derecho, Santiago, Chile, 1985.
26. WONG A., Julio Martín. El precario. En: THEMIS. Revista de Derecho (15). 1989.
27. ZAVALA Ortiz, José Luis. Precario casos y jurisprudencia. Santiago, Editorial Thomson Reuters. 2010.