

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Escuela de Derecho  
Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

**Análisis jurisprudencial del comodato precario y del precario desde los años 1970 a 2002**

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Alumnos: Mauricio Barría Mena  
Carlos Hidalgo Muñoz

Profesor Patrocinante: Susan Turner Saelzer.

Valdivia Chile 2003

## **INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA**

### **"Análisis jurisprudencial del comodato precario y del precario desde los años 1970 a 2002"**

**Mauricio Barría Mena  
Carlos Hidalgo Muñoz**

En conformidad con el artículo 41 del Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, me corresponde informar la memoria de prueba presentada por los egresados de Derecho Mauricio Barría Mena y Carlos Hidalgo Muñoz.

En concordancia con el objetivo planteado por los memoristas de analizar comparativamente las figuras del comodato precario y del precario en la jurisprudencia, el trabajo se estructuró en dos capítulos, uno dedicado a cada una de ellas, con contenidos semejantes. Así, los capítulos se inician con el concepto de comodato precario y precario, según se trate, para seguir con sus requisitos, con el procedimiento y acción a que dan lugar y por último, con la prueba a rendirse en los procesos respectivos. De esta manera, la estructura favorece la comparación de las instituciones en su afán de delimitación de las mismas.

El capítulo primero, dedicado al comodato precario (páginas 3 a 13), da cuenta de un contrato que no genera, por sí solo, graves problemas de interpretación. El trabajo presenta las tres hipótesis en que se entiende, a partir del concepto legal de los artículos 2194 y 2195 inciso 1°, que existe comodato precario (p.5) y las reafirma a través de sendos fallos. Posteriormente se alude a los requisitos del contrato, los que no resultan controvertidos. En el título relativo al procedimiento y acción, se estudia correctamente a la cuestión sobre la aplicación de la sustitución del procedimiento en el comodato precario (p. 11 y 12) y las reglas generales sobre la naturaleza de la acción emanada del

mismo y su plazo de prescripción (p.12 y 13). Por último, y en cuanto a la prueba, se destaca la excepcionalidad del artículo 2175 CC, en virtud del cual no rigen las limitaciones a la prueba testimonial (p. 13).

El capítulo segundo, *analiza* los distintos elementos ya enunciados pero ahora respecto del precario. En cuanto a su concepto (p. 15 ss.), los autores distinguen entre aquellas sentencias que claramente aluden al precario y aquellas en que éste aparece confundido con el de comodato precario. Esta parte del trabajo se habría visto reforzada con mayor apoyo doctrinario. En cuanto a los requisitos del precario, la jurisprudencia uniforme citada (pp.18-19), le permite a los memoristas su individualización (p. 19) y adelantar que serán tratados a propósito de la procedencia de la acción.

El tratamiento dado al tema sobre procedimiento aplicable al precario parece insuficiente. En efecto, sólo se cita un fallo apoyando la posición de los autores (p. 20), y justamente en un punto muy controvertido acerca de esta figura legal. A lo anterior se suma que los argumentos planteados en apoyo de la tesis seguida por los autores no son concluyentes (p. 20). Habría sido valioso que en la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la acción de precario y en la de su objeto (p.21 y 23), el trabajo hubiese profundizado en el paralelo posible de extender entre dicha acción, si se la considera real, y la acción reivindicatoria, sobre todo en cuanto a su acumulabilidad, o supletoriedad. Interesantes aparecen en este contexto, las sentencias citadas sobre el procedimiento aplicable según sea la calidad que alega quien detenta la cosa (p. 25).

En relación con los requisitos de procedencia de la acción de precario, cobra relevancia el análisis de las situaciones especiales sobre la titularidad de la acción, tales como aquella en que acciona el usufructuario o el nudo propietario (p. 28-30) o aquella en que se discute la titularidad del comunero individualmente considerado ( 31-34). Asimismo, resalta el esfuerzo de los memoristas por recapitular y sacar conclusiones parciales a partir de la jurisprudencia invocada en el estudio, como ocurre, por ejemplo, en la página 35.

En relación con el requisito consistente en que el demandado tenga la cosa en su

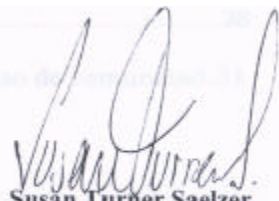
poder sin un título que justifique su tenencia (p. 36 ss.), los casos particulares analizados, a saber, la existencia de un contrato de promesa de venta, de un arrendamiento, de haber mediado una adjudicación, de existir vínculo matrimonial, convivencia o contrato inválido, se plantean debidamente apoyados por distintos fallos y, en general, éstos se sistematizan según criterios razonables. Lo mismo ocurre a propósito del requisito de la tenencia derivada de la ignorancia o mera tolerancia del dueño (p. 55 ss.).

En el estudio de la prueba (p. 60 ss.) se habría podido relacionar de mejor manera el tema de la naturaleza de la acción con el referido a los hechos que se acreditan en el proceso.

Las conclusiones de la memoria reflejan el contenido desarrollado a lo largo de sus páginas y están expuestas en forma clara y ordenada. En ellas se vislumbra, sin embargo, una cierta falta de originalidad al momento de relacionar los distintos elementos considerados en la estructura del trabajo.

El tema de esta memoria presenta un evidente interés profesional, debido a la frecuencia con que se ventilan ante los Tribunales casos que deben ser encasillados bajo una figura contractual o bajo una situación de hecho. Además, la amplitud y suficiencia dada al tratamiento del tema, reforzada por el análisis de un número considerable de fallos, hacen del presente trabajo un aporte serio y fundado al mismo. En el aspecto formal, el régimen de citas es correcto, si bien la redacción y el uso del vocabulario técnico empleado no concuerdan con el esfuerzo analítico desplegado.

Por todas las consideraciones antes expuestas, califico la presente memoria de prueba con nota 6,0 (seis coma cero).



Susan Turner Saelzer  
Profesora Derecho Civil

Introducción.....	1
Capitulo I “Del Contrato de Comodato Precario” .....	3
Titulo I: concepto y problemas interpretativos.....	3
1.-Concepto.....	3
2.- Problemas interpretativos.....	5
Titulo II: Requisitos del contrato de Comodato Precario.....	8
Titulo III: Procedimiento y Acción.....	11
1.- Procedimiento.....	11
2.- Acción.....	12
Titulo IV: La Prueba.....	13
Capitulo II “Del Precario” .....	14
Titulo I: Concepto.....	14
Titulo II: Requisitos del Precario.....	18
Titulo III: Procedimiento y Acción.....	20
1.- Procedimiento.....	20
2.- Acción.....	21
2.1. Objeto de la acción de Precario.....	23
2.2. Requisitos para la procedencia de la acción de Precario.....	26
2.2.1. Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución se reclama..	27
2.2.1.1. Situaciones especiales relacionadas con la titularidad de la acción de precario.....	28
2.2.1.1.1. Usufructuario y nudo propietario como titulares de la acción de precario.....	28
2.2.1.1.2. Titularidad de la acción de precario en caso de comunidad.	31

2.2.2. Que el demandado tenga la cosa en su poder sin un título que justifique su tenencia.....	36
2.2.2.1. Situaciones especiales.....	39
2.2.2.1.1. Contrato de promesa de compraventa.....	39
2.2.2.1.2. Arrendamiento.....	44
2.2.2.1.3. Adjudicación de un bien a uno de los comuneros y los otros siguen ocupando el inmueble.....	50
2.2.2.1.4. Vínculo matrimonial.....	51
2.2.2.1.4.1. Matrimonio nulo, en relación con un bien perteneciente al patrimonio reservado de la mujer.....	52
2.2.2.1.5. Convivencia en una propiedad.....	53
2.2.2.1.6. Contrato inválido.....	54
2.2.3. Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño.....	55
2.2.3.1. Situación del poseedor.....	57
2.2.3.2. ¿se transmite la mera tolerancia a los herederos?.....	58
2.2.3.3. Prescripción de la acción de precario.....	59
Título IV: La Prueba.....	60
1.- En cuanto a la prueba del dominio.....	60
2.- En cuanto a la prueba de la falta de título y la mera tolerancia o ignorancia del dueño.....	63
3.- Prueba de la ocupación de la cosa por parte del demandado.....	67
Conclusión.....	69
Bibliografía.....	73

## INTRODUCCION

El comodato se remonta en sus orígenes al derecho romano, en el que se presentó con similares características a las que hoy conocemos, es decir, como un contrato real, recaído en principio sólo sobre bienes inmuebles y más tarde también sobre los bienes muebles. Las obligaciones que generaba el contrato se producían a partir de la entrega de la cosa inconsumible al deudor, pese a que también cabía la posibilidad de entregar bienes consumibles como, por ejemplo, dinero, para mostrarlo o alimentos para exhibirlos. Esta curiosa modalidad de comodato fue conocida como “ad propan vel ostentacione”<sup>1</sup>. El comodatario podía usar la cosa en los términos convenidos o según su uso natural, era gratuito por lo que el deudor respondía de culpa leve. Además de ello, era unilateral salvo que por hechos extraordinarios nacieran obligaciones para ambas partes.

Por el contrario, el precario es una figura de origen incierto, que parece provenir de las concesiones sobre el ager público que los patricios hacían a sus clientes. En el derecho romano constituía un vicio o defecto de la posesión<sup>2</sup>. Esta figura, si bien presentaba semejanzas con el comodato, tenía también notables diferencias: no había plazo expreso o tácito de restitución; el precarista gozaba de protección interdical para

---

<sup>1</sup>Vergara Aldunate, Sofia: “El comodato precario y el simple precario ante el derecho y la jurisprudencia”, año 1981, Editorial Jurídica Conosur, Pág. 1.

<sup>2</sup> Claro Solar, Luis, “ Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado”, Vol. III , de los Bienes, Año 1992 , Editorial Jurídica de Chile , Pág. 512.

conservar la cosa, respondía solo de culpa grave o dolo, pese a ser un pacto gratuito y dicha gratuidad era personalísima por consiguiente, no se transmitía a los herederos.

Las diferencias se mantienen hasta nuestros días. Mientras el comodato precario es un contrato, el precario es una situación de hecho que no obedece a un contrato y que descansa en la tolerancia o inadvertencia del dueño.

Nuestro Código Civil<sup>3</sup> se encarga de tratar ambas figuras en los artículos 2194 y 2195. Dicha normativa aparece como insuficiente y, por este motivo, la Jurisprudencia ha debido solucionar diversos problemas sin un fundamento legal preciso.

La presente memoria de prueba abordará un análisis y sistematización de las sentencias emitidas en los últimos treinta y dos años con la intención de fijar el alcance que los tribunales a través de sus sentencias han dado a las normas en estudio.

---

<sup>3</sup> En adelante, CC.



## CAPITULO PRIMERO. del Contrato de Comodato Precario

Título Primero: concepto y problemas interpretativos.

### 1.- Concepto.

Nuestro CC da un concepto de lo que debemos entender por comodato precario, en los artículos 2194 y 2195 inciso primero. Allí se señala:

- Art. 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”
  
- Art. 2195 inc.1 “se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución”.

Por su parte, la jurisprudencia referida al comodato precario ha reafirmado el concepto legal. Así lo demuestra una sentencia dictada por la Corte Suprema a propósito de un recurso de casación en el fondo del año 1971<sup>4</sup> que señala: “Que 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

---

<sup>4</sup> RDJ, Vol. 7-8, año 1971, segunda parte, sección primera, considerando n° 18, Pág.264 y ss.

cosa en cualquier tiempo como lo señalan los artículos 2194 y 2195 del código recordado”.

En la doctrina se ha definido al comodato precario en los siguientes términos:

1.- Manuel Meza Barros<sup>5</sup> da una noción en igual sentido de las anteriores al referirse al tema en estudio expresando: “Pero 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 igualmente, cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución (art. 2195, inc. 1º)”.

2.- Robert Pothier <sup>6</sup>, en relación al tipo de comodato señalado en el artículo 2195 inciso primero sostiene: “ 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

---

<sup>5</sup> Meza Barros, Manuel, “Manual de Derecho Civil”. De las Fuentes de las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, tomo II, Novena edición, Santiago, 2000.

<sup>6</sup> Pothier, Robert “ Oeuvres de Pothier”, citado, Ramos Pascual, Graciela: “ Comodato precario y precario”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, Año 1982, Pág. 10.

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

Por consiguiente, son tres las hipótesis de Comodato Precario que contempla nuestra legislación civil:

1.-Si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo. (art. 2194).

2.- Si la cosa no se presta para un servicio particular. (art. 2195 inc. 1º).

3.-Si no se fija tiempo para su restitución. (art. 2195 inc. 1º).

2.-Problemas interpretativos que presentan las hipótesis de comodato precario.

1.-Si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo. (art. 2194).

Lo que él artículo esta permitiendo en este caso es la existencia de una modalidad, específicamente, una condición resolutoria, que reviste además la característica de ser meramente potestativa, dependiendo de la voluntad del acreedor. El hecho que constituiría la condición seria la facultad del comodante de solicitar la devolución de la cosa prestada en cualquier tiempo, y es resolutoria siguiendo en este punto a Pablo

Saavedra Belmar:<sup>7</sup> “ el derecho a usar la cosa que al comodatario corresponde nace conjuntamente con la celebración del contrato y es solo su extinción la que depende del cumplimiento de la condición. Aunque la resolución se solicite en forma intempestiva el comodatario puede estar empleando la cosa de tal modo que una interrupción le cause detrimento, el comodante no puede ser obligado a ninguna indemnización la estipulación acordada al tiempo del contrato lo exime de toda responsabilidad por este concepto sin perjuicio del reembolso de las mejoras o demás prestaciones de acuerdo con los principios generales”.

2.- Si la cosa no se presta para un servicio particular. (Art. 2195 inc. 1°).

En esta hipótesis, a nuestro parecer, no es buena la redacción si se habla de: “se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular” ya que aquí lo que realmente existe es un comodato precario.

En este sentido la jurisprudencia a señalado lo siguiente:

a) Fallo de la Corte Suprema del año 1971<sup>8</sup> que dispuso: “ el comodato que es el préstamo gratuito de una cosa, por un tiempo determinado o

---

<sup>7</sup> Saavedra Belmar, Pablo: “El Contrato de Comodato”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, Año 1954, Pág. 67 - 68.

<sup>8</sup> RDJ, Tomo 68, Año 1971, Vol. 1, segunda parte, sección primera, Pág. 264.

para un servicio especial que se señale constituye un título de mera tenencia.

Cuando en este contrato no se señala la naturaleza del uso, o no se fija tiempo por el cual se presta la especie, toma el carácter de comodato precario, caso en el que el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa en cualquier tiempo”

b)Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción del año 1986<sup>9</sup>: “ La principal diferencia del precario del inciso segundo del artículo 2195 de las restantes figuras señaladas, es que este no es ni constituye contrato alguno. Aquí no hay contrato ni convención alguna sino que una simple tenencia ignorada del dueño o meramente tolerada por él”.

Ahora bien, en cuanto a la determinación del uso de la cosa, debemos señalar que entre las obligaciones del comodatario existe una muy importante, señalada en el artículo 2177 CC inciso primero: “ 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...”.

No ocurre lo mismo en la situación prevista en el artículo 2195 inciso primero primera parte ya que es necesario para la existencia de esta figura que no se preste la cosa para un servicio especial, no hay un uso determinado en el contrato.

---

<sup>9</sup> Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, año 1986, citado en la obra de Vergara Aldunate, Sofía: “El comodato precario y el simple precario ante el derecho y la jurisprudencia”, año 1981, Editorial Jurídica Conosur, Pág. 24.

3.-Si no se fija tiempo para su restitución. (art. 2195 inc. 1º).

Uno de los aspectos fundamentales del contrato de comodato, según artículo 2174 del CC es que, una vez finalizado el uso que se hizo de la cosa, esta deba ser restituida, ahora bien, si éste factor no esta determinado, se esta en presencia del contrato de comodato precario.

Título Segundo: Requisitos del contrato de Comodato Precario.

Por constituir el comodato precario un contrato, debe ceñirse en cuanto a sus requisitos en primer lugar a los generales, esto es, a los que deben cumplir todos los contratos. Por consiguiente deberán cumplirse los requisitos de existencia y validez. El incumplimiento de los mismos traerá como consecuencia la nulidad del contrato, ya sea absoluta o relativa.

Además de cumplir con los requisitos generales el comodato precario, debe también satisfacer los propios del contrato de comodato, esto es:

- 1.- Que haya entrega.
- 2.- Que exista gratuidad.
- 3.-Que sea unilateral.
- 4.- Que otorgue un título de mera tenencia.

1.- Que haya entrega.

Este requisito deriva del hecho de ser el comodato un contrato real por lo que para su perfección no basta el solo consentimiento de las partes. Esta clase de contratos esta subordinada al cumplimiento de una prestación previa de parte del futuro acreedor, y puesto que consiste en la entrega, se les denominan reales.

Art. 2174 inciso 2º “Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”

Lo enunciado en el inciso segundo del art. 2174 CC confunde claramente los términos ya que al ocupar el termino “tradición” incurre en una impropiedad, ya que como sabemos y en virtud del art. 670 CC "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y que consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo..."

Por lo expuesto salta claramente a la luz que en el contrato de comodato jamás existe la intención por un lado de transferir el dominio y por otro, tampoco existe la intención de adquirirlo ya que como veremos mas adelante el comodato es un título de mera tenencia.

## 2.- Que exista gratuidad.

En cuanto a la gratuidad de este contrato debemos afirmar que es de la esencia del contrato por lo que de faltar aquello, éste contrato degeneraría en otro diverso por ejemplo en un arrendamiento.

En este sentido la Corte Suprema<sup>10</sup> en el año 1956 estableció lo siguiente: “ 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”

## 3.-Que sea unilateral.

En lo que respecta a la unilateralidad del presente contrato de comodato debemos decir que éste sólo genera obligaciones para una de las partes contratantes, el comodatario, quien se obliga a devolver la cosa prestada y esta obligación tiene como causa la entrega hecha por el comodante del bien al momento de perfeccionar éste contrato, todo ello por el carácter real de esta clase de contratos.

---

<sup>10</sup> RDJ, Vol. 53, Año 1956,segunda parte, sección primera, Pág. 67.



4.- Que otorgue un título de mera tenencia.

En lo que se refiere a la última de las características acotadas, debemos señalar que el comodato es un título de mera tenencia y el comodatario es un mero tenedor al respecto el art. 2176 CC expresa “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”.

Título Tercero: Procedimiento y Acción.

1. Procedimiento.

En cuanto al procedimiento que se debe seguir para obtener la restitución de la cosa, tratándose del comodato precario no hay dudas que se aplica el procedimiento sumario, por remisión al artículo 680 n°6 del Código de Procedimiento Civil.<sup>11</sup>

No obstante ello se presento dudas a la hora de aplicar la sustitución de procedimiento consagrada en el artículo 681 del CPC en relación con el inciso primero del artículo 680 del mismo código.

Sin embargo, la Corte Suprema falló que no puede sustituirse el procedimiento sumario por el ordinario en aquellos casos que la ley

---

<sup>11</sup> En adelante, CPC.

dispone expresamente la aplicación de aquél, siendo procedente el recurso de queja contra el juez que acepta tal sustitución, así falló la Corte Suprema el año 1986<sup>12</sup> que en lo pertinente señala: “ El cambio de procedimiento sumario por el ordinario solo lo permite la ley en el evento señalado en el inciso primero del artículo 680 del CPC y no lo autoriza en los casos que la ley dispone expresamente que debe ajustarse a la ritualidad del procedimiento sumario como ocurre con el N° 6 del mencionado precepto, esto es en los juicios de comodato precario. El juez que acepta la sustitución del procedimiento incurre en falta que debe enmendarse por la vía del recurso de queja”.

## 2.- Acción.

Según el artículo 578 del CC, la acción que tendrá el comodante para pedir la restitución de la cosa prestada es una acción personal derivada del contrato de comodato precario.

En cuanto a la prescripción de esta acción, en aplicación del artículo 2515 del CC, ella prescribe en 3 años si se intenta la acción ejecutiva o bien en 5 años si se intenta la acción ordinaria. Estos plazos se cuentan desde que la obligación de restituir se hace exigible, o sea desde que haya expirado el plazo estipulado como duración del contrato o haya

---

<sup>12</sup> RDJ, Vol. II, Año1986, segunda parte, sección primera, considerando n° 3, Pág. 122 –123.

terminado el empleo a que destinaba la cosa el comodatario.<sup>13</sup>

Título cuarto: La Prueba.

En cuanto a este tema, el artículo 2175 CC contempla una particularidad al señalar que: “El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada”, por lo tanto, en el comodato, y por ende también en el comodato precario no rigen las limitaciones en materia probatoria impuestas por los artículos 1708 y 1709 CC.

La carga de la prueba para estos casos corresponderá al actor quien deberá probar de acuerdo al artículo 1698 CC la existencia del contrato de comodato que es la fuente de donde deriva su derecho para exigir la restitución.

---

<sup>13</sup> Saavedra Belmar, Pablo, op. cit. en nota n° 7, Pág. 77.

## CAPITULO SEGUNDO. Del Precario

### Título Primero: Concepto.

#### Concepto.

Nuestro código define el precario en el artículo 2195 inciso segundo del CC, señalando que, “Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

Esta definición de acuerdo a Graciela Ramos Pascual es criticable principalmente en dos aspectos:

1.- Su ubicación en el código, ya que se encuentra inserta en el libro IV que lleva por título “De las obligaciones en general y de los contratos” y siendo que lo característico del precario es la inexistencia de vinculación contractual entre las partes.

2.- La utilización al comienzo de este inciso, de la palabra “también” porque con esta expresión, se asocia directamente al precario con la hipótesis de comodato precario señaladas en el inciso primero lo que es incorrecto. <sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Ramos Pascual, Graciela: “Comodato precario y precario”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, Año 1982, Pág. 4 y 19.

En relación con el concepto de precario esbozado por la jurisprudencia, los fallos respectivos pueden agruparse de la siguiente manera:

1.- Sentencias que demuestran claridad a la hora de tratar el concepto de precario.

2.- Sentencias que confunden el concepto de precario con el de comodato precario.

1) sentencias que entienden de manera correcta lo que se debe de entender por precario afortunadamente no son pocas y a vía ejemplar señalaremos:

a) Fallo Corte de Apelaciones de San Miguel del año 1984<sup>15</sup>, señala: “Que constituye precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”

b) Fallo Corte de Apelaciones de Santiago del año 1985<sup>16</sup>, sentencia que nos dice: “... que constituye precario la tenencia de una cosa ajena, por ignorancia o mera tolerancia de su dueño, quien conserva la facultad de solicitar la restitución en cualquier tiempo; y por consiguiente no habiendo acreditado la parte demandada la existencia de un título que

---

<sup>15</sup> Gaceta Jurídica, n° 52, Año 1984, considerando n° 2, Pág. 87 y ss.

<sup>16</sup> Gaceta Jurídica, n° 57, Año 1985, considerando n° 4, Pág. 56.

justifique la ocupación del inmueble, debe concluirse que procede acoger la acción interpuesta”,

2) Sentencias que confunden el concepto de precario con el de comodato precario, respecto a este punto, tenemos a modo ejemplar:

a) Fallo de la Corte Suprema en el año 1975<sup>17</sup> que en lo pertinente señala: “Que el precepto que el recurrente estima infringido esto es, el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil en el cual se apoya la demanda establece para que exista comodato precario...”

b) Fallo de la Corte Suprema del año 1971<sup>18</sup> que nos dice: “Que el comodato es el préstamo gratuito de uso de una cosa, por un tiempo determinado, o para un servicio especial que se señale, Constituye un titulo de mera tenencia y adopta los términos de un contrato real desde que según los términos del artículo 2174 del Código Civil – 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-; que cuando en este contrato no se señala la naturaleza del uso que se otorga , o no se fija el 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

---

<sup>17</sup> RDJ, Numero anual, Año 1975, segunda parte, sección primera, considerando n° 3, Pág. 46 y ss.

<sup>18</sup> RDJ, Vol. 7-8, Año 1971,segunda parte, sección primera, considerando n° 17,18,19, Pág. 264 y ss.

cualquier tiempo como lo señalan los artículos 2194 y 2195 del código recordado ; que así mismo constituye precario, ‘ la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño’ como lo establece el inciso 2 del Art. 2195 del código de la referencia”.

En doctrina no son muchos los autores que se refieren al tema en cuestión y estos se remiten a reproducir al pie de la letra lo señalado en el artículo 2195 en su inciso segundo del CC, a modo de ejemplo reproduciremos lo señalado por el profesor de derecho civil don René Ramos Pazos:<sup>19</sup> “Muy diferente a todo lo anterior (comodato, comodato precario), es la situación del precario contemplada en el artículo 2195 inciso N° 2 del Código Civil; Establece este precepto que: Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. En el precario que contempla esta disposición no estamos frente a una situación contractual. No hay aquí, como en el caso del comodato precario una forma, modalidad, o tipo del contrato de comodato. Por esta razón – porque no hay contrato – siempre nos ha parecido que no es propio referirse a esta situación como a un caso de comodato precario.

No hay comodato precario, porque no hay contrato, hay simplemente a una cuestión de hecho que es mejor llamar precario”

---

<sup>19</sup>Ramos Pazos, René, “El Precario”, Revista de Derecho Universidad de Concepción, n° 180, Año 1986, Pág. 7 a 9.

## Título Segundo: Requisitos del Precario.

De lo expresado en el artículo 2195 inciso segundo del CC; la jurisprudencia de los tribunales se ha encargado de señalar los requisitos que deben concurrir para que se configure el precario. Existen numerosas sentencias en este sentido, entre las cuales destacan:

1.- Fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel del año 1985<sup>20</sup> señala: “Que son requisitos del comodato precario (claramente se refiere al precario) los siguientes: a) Que el demandante sea dueño de la cosa cuya devolución solicita; b) que el demandado tenga la mera tenencia de la misma y c) que la dicha tenencia sea sin contrato y por mera tolerancia o ignorancia del dueño.”

2.-Fallo de la Corte Suprema del año 1986<sup>21</sup> señala: “Que como antes se dijo, la acción deducida esta basada en el precepto del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, que establece que para que exista comodato precario ( igual observación fallo anterior) se requiere: que el demandante sea dueño de la cosa; que esta se encuentre ocupada o en tenencia del demandado; que esta tenencia carezca de vinculo contractual y ella se justifique solo por la mera tolerancia del propietario

---

<sup>20</sup> Gaceta Jurídica, nº 64, Año 1985, considerando nº 2, Pág. 60.

<sup>21</sup> Gaceta Jurídica, nº 71, Año 1986, considerando nº 5, Pág. 16 y ss.



o por su ignorancia...”

3.- Fallo de Corte de Apelaciones de Santiago del año 1987<sup>22</sup>, nos dice:  
 “Que es de la esencia del precario la inexistencia de todo contrato, amén de la ignorancia o tolerancia del dueño...”

4.- Fallo de la Corte Suprema en sentencia del año 1990<sup>23</sup>, expresa: “... de lo que surge que son elementos de esta figura, el dominio del demandante del bien que reclama, la mera tenencia que el demandado ejerce sobre ese bien y la ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño de la cosa y el mero tenedor de la misma...”

Conforme a lo expresado por nuestros tribunales concluimos que son requisitos del precario:

- 1.- Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución se reclama.
- 2.- Que el demandado sea un tenedor sin contrato de la cosa que se demanda.
- 3.- Que la tenencia se deba a la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Estos requisitos serán convenientemente analizados a propósito de los requisitos de procedencia de la acción de precario.

---

<sup>22</sup> Gaceta Jurídica, n° 83, Año 1987, considerando n° 2, Pág. 55.

<sup>23</sup> Gaceta Jurídica, n° 125, Año 1999, considerando n° 2 parte final, Pág. 27 y 28.

### Título tercero: Procedimiento y Acción.

#### 1.- Procedimiento.

A diferencia de lo que ocurre con el comodato precario, la ley no ha señalado cual es el procedimiento aplicable al precario. Creemos que es el procedimiento sumario por aplicación del artículo 680 inciso primero del CPC.

En este sentido citamos un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1988<sup>24</sup> que sostuvo lo siguiente: “Que sustancialmente, en el precario existe 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 numero 6 del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil”.

No obstante que el artículo 680 n° 6 del CPC habla de comodato precario, creemos que se aplica a esta situación de hecho llamada Precario, por las siguientes razones.

---

<sup>24</sup> RDJ, Vol. II, Año 1988, segunda parte, sección segunda, considerando n° 4, Pág. 38.

1.- La ubicación de la disposición junto a la del Comodato Precario hace suponer que la intención del legislador fue hacerle aplicable las mismas normas.

2.-Otro argumento en apoyo a esta tesis es el de Florencio García Goyena <sup>25</sup> diciendo: “ Existe una razón de historia fidedigna al margen del artículo 2337 del proyecto inédito, hoy artículo 2195 del Código Civil, hay una anotación que señala lo siguiente ‘ Libro IV código bávaro ‘ el artículo 11, capítulo II, libro IV dice muy bien: en el préstamo de tolerancia ( precarium) se siguen las mismas reglas que en el comodato`. Luego, si se siguen las mismas reglas parece razonable entender que en materia de procedimiento ambas instituciones deben quedar sujetas a un mismo procedimiento”.

## 2.-Acción.

Como ya sabemos, tratándose del comodato y su modalidad de comodato precario existe un contrato del cual emana la acción, por el contrario en el precario tenemos una situación de hecho.

Ahora bien la acción que tendrá el comodante para pedir la restitución de la cosa prestada es una acción personal, la que deriva del derecho personal generado por el contrato de comodato, en cambio la acción que tiene el dueño para demandar de quien ocupa una cosa de su dominio

---

<sup>25</sup> García Goyena, Florencio “ Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil”, citado en Memoria de Prueba, Ramos Pascual, Graciela, op. cit. en nota n° 14, Pág. 132.

por su tolerancia o ignorancia, será una acción de carácter real, ya que deriva de su derecho de dominio.

Al respecto citamos un fallo de la Corte Suprema del año 1995<sup>26</sup> que señala: “ Que de la definición que da el artículo 585 del dominio, si el titular del derecho real no usa la cosa por tener la tenencia de esta 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”

En este punto compartimos con el profesor Rene Ramos Pazos la idea que la acción de precario es una acción real ya que deriva del derecho de dominio y puede además ejercerse en contra de quien se encuentre detentando la cosa.

Una opinión contraria es la que nos plantea Don Pablo Saavedra Belmar<sup>27</sup> quien no comparte la idea de que la acción de precario sea una acción real y señala: “La acción real no solo debe nacer de un derecho real, sino que debe estar precisamente destinada a protegerlo o recuperar su ejercicio”, lo que según este autor no ocurre con la acción de precario. Tampoco la identifica con la acción personal, señalando que la acción de precario (para el autor en comento acción de comodato precario): <sup>28</sup> “Escapa a la distinción tradicional entre acciones reales y personales no obstante algunas de sus características encuadran mejor

---

<sup>26</sup> Gaceta Jurídica, n° 132, Pág.61.

<sup>27</sup> Saavedra Belmar, Pablo, op. cit. en cita n° 7, Pág. 69.

<sup>28</sup> Ibid.

dentro del primer grupo”, esto es acciones reales.

## 2.1. Objeto de la acción de Precario.

La Corte de Apelaciones de Santiago en una sentencia de 1982<sup>29</sup>, sostiene: “La acción de Precario establecida en el inciso segundo del artículo 2195 Código Civil persigue poner término a una situación de hecho, cual es la ocupación de una cosa ajena, sin título alguno y que se tiene por ignorancia o mera tolerancia de su dueño”

Lo anteriormente señalado podría llevarnos a confundir la acción de precario con la acción reivindicatoria, no obstante, existiendo semejanzas entre ambas, hay también notables diferencias.

Estas acciones se asemejan en lo siguiente, en ambas la causa a pedir es el dominio que sostiene tener el actor sobre la cosa cuya restitución solicita.

En tanto que las diferencias pasan por los requisitos de procedencia en cada una de estas acciones.

La Corte de Apelaciones de Valdivia en un fallo del año 2001<sup>30</sup> ha señalado lo siguiente: “ Son tres los requisitos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han establecido como integrantes de la acción

---

<sup>29</sup> Gaceta Jurídica, n° 36, Año 1983, considerando n° 7, Pág. 62.

<sup>30</sup> Sentencias Civiles 2001, Corte de Apelaciones de Valdivia, folio n° 226, fojas 706.

de precario: a) Que el demandante sea dueño del bien cuya restitución solicita, b) Que el demandado ocupe dicho bien sin previo contrato, y c) Que lo tenga por ignorancia o mera tolerancia de su dueño. Por otra parte la acción reivindicatoria, o de dominio, supone igualmente, y como primer y segundo requisito, que el demandante sea dueño de la cosa que reivindica, y que este privado o destituido de la posesión. También se exige que se trate de una cosa singular. Sin embargo, el requisito de la ignorancia o mera tolerancia de la posesión o tenencia por parte del demandante, y la carencia de contrato o título de dicha posesión no forman parte de los elementos de la acción reivindicatoria, y si los son de la acción de precario”.

Por lo cual el actor, no puede optar entre una y otra, sino que se deberá adecuar a la que en rigor corresponda.

Así si el ocupante de la cosa arguye ser poseedor, esto es concurren en el animo de señor y dueño, deberá intentarse la acción reivindicatoria, por aplicación de los artículos 889 y 895 del CC, que respectivamente dicen:

“ La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no esta en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.”

“La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.”

Si por el contrario, el tenedor de la cosa no tiene el animo de señor y dueño, no es poseedor y por consiguiente la acción adecuada no será la

reivindicatoria.

Como en una acción se demanda a un poseedor y en la otra al mero tenedor se justifica que se apliquen procedimientos diferentes, así si se ejerce la acción reivindicatoria el procedimiento a aplicar será el ordinario, donde se le otorgara mayores facilidades para defenderse, por el contrario si se demanda a un simple tenedor quien carece de todo titulo para ocupar la cosa no podría aplicársele el procedimiento ordinario sino el sumario.

En este sentido citamos las siguientes sentencias:

a) Fallo de la Corte Suprema del año 1971<sup>31</sup> que en lo pertinente señala: “ Dado su carácter sumario este juicio no es el adecuado para resolver a quien pertenece un inmueble cuando ambas partes tienen o invocan titulo de dominio inscrito sobre el.

La resolución de la litis en estas condiciones es propia de una demanda reivindicatoria de lato conocimiento, y no de un juicio sumario de precario.”

b) Fallo de la Corte Suprema del año 1973<sup>32</sup>: “ por su carácter de 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 un esclarecimiento lato y que lógicamente deben fundarse en otra figura distinta a la del precario.”

---

<sup>31</sup> RDJ, Vol. 3, Año 1971, segunda parte, sección primera, Pág. n° 140.

<sup>32</sup> RDJ, Tomo VXX, Año 1973, segunda parte, sección segunda, Pág. 1.

## 2.2. Requisitos para la procedencia de la acción de precario.

La corte de Apelaciones de Santiago en un fallo de 1986<sup>33</sup> en atención al inciso segundo del artículo 2195 de CC, señaló lo siguiente: “ Que de la disposición legal citada se infiere que para que pueda prosperar la acción de precario es menester: a) Que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; b) Que el demandado tenga en su poder la cosa cuya restitución solicita; c) Que no exista un título de detentación, d) Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

Básicamente los mismos requisitos exige la acción de precario conforme lo estableció la Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia del año 1985<sup>34</sup>, que señalo lo siguiente: “Que como es sabido la acción de precario entablada en autos exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que la demandante sea dueña del bien cuya restitución reclama; b) que la demandada ocupa dicho inmueble sin título alguno; c) Que tenga la especie por mera tolerancia de su dueño”.

En atención a lo anteriormente señalado podemos concluir que constituyen requisitos de la acción de precario los siguientes:

- 1.- Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución se reclama.
- 2.- Que el demandado tenga la cosa en su poder sin un titulo que justifique su tenencia.

---

<sup>33</sup> Gaceta Jurídica, n° 73, Año 1986, considerando n° 2, Pág. 37.

<sup>34</sup> Gaceta Jurídica, n° 61, Año 1985, considerando n° 3, Pág. 54.



3.-Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

2.2.1. Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución se reclama.

Es requisito indispensable tener la calidad de dueño sobre la cosa que se intenta la restitución, de no ser así la demanda deberá ser rechazada. Este requisito se desprende del propio artículo 2195 inciso segundo del CC al utilizar la palabra “dueño” en su parte final.

En el mismo sentido citaremos a modo ilustrativo un par de sentencias en que queda de manifiesto lo ya señalado:

Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1988<sup>35</sup> en lo pertinente señala: “ Que el artículo 2195, inciso segundo del Código Civil, en el cual fundamenta su demanda don Mario Enrique Saavedra Quintana, supone una calidad de dueño no discutida, y de acuerdo con el merito de autos, ello no sucede en este pleito....”.

En igual sentido que el anterior citamos una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1999<sup>36</sup>: “Que 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

---

<sup>35</sup> Gaceta Jurídica, n° 94, Año 1988, Considerando n° 5, Pág. 42.

<sup>36</sup> RDJ, Vol. I, Año 1999, segunda parte, sección segunda, considerando n° 11, Pág. 32.

cuestión – a su ‘dueño’; de manera tal que quien no lo es a la época de la presentación de la demanda, no debería ser oído favorablemente en una sentencia de condena de termino.”.

2.2.1.1. Situaciones Especiales relacionadas con la titularidad de la acción de precario.

2.2.1.1.1. Usufructuario y nudo propietario como titulares de la acción de precario.

¿Puede el usufructuario de un bien demandar de precario? , o esta facultad recae exclusivamente en el dueño, aun cuando este mantenga solo la nuda propiedad de la cosa en cuestión.

El usufructo posee varias características distintivas, pero para el análisis presente nos interesan principalmente dos de ellas, primero que es un derecho real y segundo que confiere la mera tenencia de la cosa.

Respecto de la primera, el carácter real del derecho se desprende del hecho que su que el titular este premunido de la acción reivindicatoria para protegerlo y además (si recae sobre un inmueble) de las acciones posesorias que correspondan. El usufructo coexiste con otro derecho real el de dominio, cuyo contenido sólo queda reducido a la facultad de disposición (nuda propiedad).

Los fallos al respecto pueden sistematizarse en tres grupos:

1.- Fallos que reconocen titularidad al nudo propietario.

En este sentido podemos citar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de la Serena de 1979<sup>37</sup> que señala: “ Que por tanto, para que sea admisible la acción de comodato precario fundado en lo que dispone el artículo 2195 del Código Civil, que es la que se invoca en la demanda de autos, debió haber accionado quien tiene el dominio del inmueble cuya restitución se pretende, aun cuando este sea el nudo propietario del mismo, ya que éste es el único titular de la acción que emana de dicha disposición legal, no siendo por tanto suficiente el título de usufructuaria y de usuaria que se invoca por la actora, para que se declare que el demandado, en virtud de ello esta obligado a la entrega del bien raíz en razón de estar ocupándolo por ignorancia o mera tolerancia suya”.

2.- Fallos que apuntan a no otorgar al nudo propietario la facultad de ser titular de la acción de precario.

Así lo demuestra lo señalado en una sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago del 1999<sup>38</sup> que en lo pertinente señala: “Que siendo, así, la nuda propiedad no basta para legitimar el ejercicio de la acción del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, porque no esta el dueño nudo en situación jurídica de impedir la tenencia por un tercero,

---

<sup>37</sup> RDJ, Vol. II, Año 1979, segunda parte, sección segunda, Pág. 196 y ss.

<sup>38</sup> RDJ, Vol. II, Año 1999, segunda parte, sección segunda, considerando nº 9, Pág. 37.

debido a que no le asiste este derecho”.

3.- Fallos que reconocen titularidad de la acción de precario tanto al nudo propietario como al propietario del derecho de usufructo.

Corrobora lo dicho una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1999<sup>39</sup>: “Que la acción conferida por el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil puede ser ejercida no solo por el dueño sino también por el usufructuario, cuyo caso es 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 le compete la tenencia de la cosa desde que se encuentre en posesión de su derecho real”.

Es la última de las alternativas propuestas la que nos parece mas acertada, en atención a las razones siguientes:

a) Es al usufructuario al que le interesa más la restitución de la cosa cedida en usufructo ya que al propietario podría darle igual que la cosa estuviese ya en manos del usufructuario o de otro tercero, ya que su derecho a disponer de ella no sufre menoscabo alguno.

---

<sup>39</sup> RDJ, Vol. I, Año 1999, segunda parte, sección primera, considerando n° 9, Pág. 67.

b) Si las facultades del dominio ( uso, goce y disposición) están desglosadas en dos personas: el nudo propietario por una parte (disposición) y el usufructuario por otra ( uso y goce), no se vislumbra ninguna razón por la cual debiera estar vedada la posibilidad de accionar de precario para alguno de estos.

#### 2.2.1.1.2. Titularidad de la acción de precario en caso de comunidad.

El problema es saber si cuando existe propiedad proindiviso puede demandar de precario un comunero, los casos en este sentido los podemos agrupar de la siguiente forma:

A) Casos en que el comunero demanda como exclusivo dueño.

En este caso la demanda intentada en estos términos debe de ser desestimada, el actor debe ser dueño y no basta con ser codueño. No puede el dueño de una cuota pretender mas derechos que el comodatario sobre toda la cosa, porque este usa y goza de ella también por mera tolerancia o ignorancia de los demás codueños.

En tal sentido fallo la Corte de Apelaciones de Santiago en 1979<sup>40</sup> que señala: “ Existiendo comunidad en el dominio del inmueble, es esta

---

<sup>40</sup> Gaceta Jurídica, Año 1979, n° 28, Pág. 15.

entidad la dueña del mismo, y las personas naturales o jurídicas que la forman no tienen tal calidad a su respecto sino de meros derechos, que como tales, no les confieren el carácter de propietarios, conclusión jurídica esta que se opone al cumplimiento por parte de la actora del requisito exigido por el artículo 2195 inciso segundo del Código Civil, en cuanto a quien invoca el precario, vale decir, la tenencia de la cosa ajena sin previo contrato por parte de un tercero, sea el dueño, ya que esta condición la tiene como es obvio, quien ejerce sobre la cosa el derecho pleno de dominio, y este derecho, en cuanto al bien mismo no lo tiene el simple comunero”

B) Casos en que el comunero demanda a otro comunero quien posee la cosa en cuestión.

Cuando un comunero es el que tiene la totalidad de la cosa en común, consideramos que los demás no podrían ejercer la acción de precario en su contra por cuanto el actor no es exclusivo dueño y por su parte el que tiene la tenencia de la cosa, lo hace en virtud de un título válido que lo habilita, no existiendo por tanto ignorancia o mera tolerancia.

Según lo establece y limita el artículo 2081 N°2 del CC que señala: “Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y el justo uso de los otros”.

C) Casos en que un comunero demanda a nombre de toda la comunidad.

El problema puede dividirse en dos grupos:

El primer grupo consiste en aquellos casos en que el comunero demanda a nombre de la comunidad, con un poder entregado por los demás miembros. En este caso, y por las reglas generales, no existen inconvenientes.

El problema se presenta cuando el comunero demanda a nombre de los demás no contando con su autorización expresa. Una manera de abordar el problema es recurrir a la figura del mandato tácito y recíproco que tendrían cada uno de los comuneros para actuar en representación de los demás miembros de la comunidad. Al respecto, podemos citar los siguientes fallos:

a) Corte de Apelaciones de Santiago de 1982<sup>41</sup> en lo pertinente señala: “Que en lo que atañe a la excepción del demandado....., de que el actor no adquirió la totalidad del inmueble, debe también desecharse ya que... (reproduce los artículos 2305 y 2081 del CC)..., que la precitada norma legal consagra respecto de cada uno de los comuneros sobre la cosa común el denominado mandato tácito y recíproco de administración; Que la acción entablada por el comunero demandante es un acto de administración, pues es de los que como

---

<sup>41</sup> RDJ, Vol. II, Año 1982, segunda parte, sección segunda, considerando n° 5, 6, 7,8, Pág. 69 – 70.

tales contempla el artículo 2132 del mencionado cuerpo legal, ya que mediante ella no se pretende un acto de disposición, sino de conservación del patrimonio...”.

b) Corte de Apelaciones de Valparaíso de 1989<sup>42</sup> señala: “...la actividad de la demandante en estos autos encuadra dentro de las facultades que le confiere el art. 2305 en relación con los artículos 2078 y 2081 del Código Civil, en su calidad de comunera del inmueble objeto del litigio. Que a mayor abundamiento su actuación fue ratificada por los otros comuneros...”

c) Sentencia de la Corte Suprema de 1990<sup>43</sup> en lo pertinente señala: “Que 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 es un acto de administración, ya que mediante ella no se pretende un acto de disposición sino de conservación, luego doña Ulda Montesinos ha podido demandar legalmente en estos autos”.

d) Corte de Apelaciones de Santiago de 1999<sup>44</sup> señala: “... debe de entenderse autorizado por el art. 2305 del Código Civil que consagra respecto de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, el denominado mandato tácito y recíproco de administración”.

---

<sup>42</sup> Gaceta Jurídica, n° 105, Año 1989, considerando n° 4, 5, Pág. 70.

<sup>43</sup> RDJ, Vol. III, Año 1990, segunda parte, sección primera, considerando n° 5, Pág. 211.

<sup>44</sup> RDJ, Vol. II, Año 1999, segunda parte, sección segunda, considerando n° 2, Pág. 35.



De lo anteriormente expuesto, extraemos como conclusión que la jurisprudencia, en base a la relación coordinada de tres normas (art.2305, art. 2078, art. 2081, todos del CC), presenta soluciones uniformes al pronunciarse sobre la titularidad de los comuneros.

Estas soluciones se relacionan con una de las teorías que explican la comunidad que es la concepción romana que postula básicamente que cada comunero solo es dueño de su cuota, resultando como consecuencia de ello que ninguno ni la mayoría, pueden adoptar decisiones sobre la administración de la cosa común menos desde luego celebrar actos de disposición sobre esta cosa sin el consentimiento unánime, en otros términos, cualquiera puede oponerse a que sobre la cosa se ejecuten actos jurídicos o materiales. Esta atribución es lo que se conoce como el “jus prohibendi” que consiste en la facultad de cada comunero de impedir actuaciones de los otros sobre la cosa común, conocido también como el “derecho a veto”.

La doctrina extranjera ha recurrido a diversos mecanismos para salvar el inconveniente del “jus prohibendi”, entre los cuales podemos mencionar, el considerar al comunero como un agente oficioso de los demás y la llamada teoría del mandato tácito y recíproco. Conforme al último de éstos postulados se entiende que entre los comuneros existe un mandato tácito ( no formulado en términos expresos) y que recibe cada uno de los demás de manos del otro ( recíproco), con el cual cualquiera puede realizar actos de administración y no de disposición sobre la cosa común.

En nuestra jurisprudencia se emplea en los casos propuestos a propósito del comunero que ejerce la acción de precario y ello resulta evidente en los fallos citados a modo ilustrativo.

2.2.2 Que el demandado tenga la cosa en su poder sin un título que justifique su tenencia.

El demandado debe tener la cosa en su poder sin un título que justifique su tenencia, de lo contrario no podrá prosperar la acción de precario entablada por el demandante.

Ello se desprende de la expresión utilizada por el artículo 2195 del CC “sin previo contrato”. Así, por ejemplo, si el demandado tiene como fundamento de su tenencia un contrato de comodato o un contrato de arrendamiento, tendría plenamente justificada su tenencia, haciendo con ello inoperante la acción de precario.

En el ejemplo propuesto, hablamos de contratos y como tales suponen la participación de a lo menos dos partes. No cabe duda que si el contrato lo celebró el demandado de precario con el actor, no podrá prosperar la acción porque el demandado tiene un título que justifica la tenencia de la cosa. Pero podría ocurrir que el demandado intente enervar la acción de precario justificando la tenencia de la cosa en un contrato celebrado con un tercero antecesor en el dominio del predio. ¿

Será procedente la acción de precario si el demandado justifica su posesión con un contrato celebrado con un tercero antecesor en el dominio del predio?.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ambos sentidos:

1. Por un lado, rechazando la acción en el supuesto aludido, citaremos los siguientes fallos:

a) Fallo de la Corte Suprema<sup>45</sup>: “No constituye precario la tenencia de una cosa en virtud de un contrato celebrado con el dueño anterior de ella”.

b) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1996<sup>46</sup> dispuso que: “Basta que el demandado de precario en virtud del artículo 2195 del CC. tenga la tenencia del terreno que ocupa basado en un contrato válidamente celebrado con el antecesor del subastador, para que, acreditado ese hecho, no pueda prosperar dicha demanda”.

---

<sup>45</sup> Fallos del Mes, n° 265, Pág. 45.

<sup>46</sup> Revista de la Asociación Nacional de Empleados del Poder Judicial, Año 1986, n° 36, Pág. 27.

2. -Por otro lado, asumiendo la postura contraria, es decir, acogiendo la acción de precario, se pueden citar los siguientes fallos:

a) Fallo de la Corte Suprema del año 1971<sup>47</sup>: “Para que un contrato de arrendamiento pueda enervar la acción de precario del inciso segundo 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”.

b) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1984<sup>48</sup> dispuso: “Cuando el artículo 2195 del Código Civil dispone que constituye precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato, obviamente se refiere a uno celebrado con el dueño de la cosa en cuestión, que es el único que puede obligarlo como regla general”.

---

<sup>47</sup> RDJ, Vol. 7-8, Año 1971, segunda parte, sección primera, considerando n° 6, Pág. 264.

<sup>48</sup> Gaceta Jurídica, n° 45, Año 1984, Pág.40.

### 2.2.2.1. Situaciones especiales.

#### 2.2.2.1.1. Contrato de Promesa de Compraventa.

a) Contrato de promesa de compraventa celebrado entre el actor y el demandado.

Se trata de determinar si el contrato de precario existente entre el demandante de precario y el demandado, constituye un título que excluirá la configuración de un precario.

En este punto la jurisprudencia se ha pronunciado en ambos sentidos por un lado acogiendo la acción de precario y en otro denegándola así tenemos que:

1.- Denegando la acción de precario, citamos un fallo de la Corte Suprema del año 1973<sup>49</sup>: “Tratándose de un contrato de promesa de compraventa celebrado entre el actor y el demandado, donde hubo entrega de parte del precio y la actora autorizó al demandado a ocupar de inmediato el bien raíz, esta situación no puede ser calificada como precario, porque el contrato de promesa de compraventa constituye un justo título para detentar la cosa”.

---

<sup>49</sup> RDJ, número especial, Año. 1973, segunda parte, sección primera, considerando n° 4, Pág. 47.

2. -Por otro lado asumiendo una postura contraria a la anterior, vale decir, acogiendo la acción de precario citamos un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 1981<sup>50</sup>: “ 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 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”.

Es decir la existencia de un contrato de promesa de compraventa celebrado entre la actora y el demandado de precario no constituye un título para detentar el bien, por lo que la acción de precario, en estos términos es procedente.

b) Contrato de promesa de compraventa celebrado entre el demandado y un propietario anterior.

En esta materia la jurisprudencia ha adoptado dos posturas:

1.-La mayor parte de la jurisprudencia está por la idea de que no puede prosperar la acción de precario cuando el título que justifica la tenencia de la cosa por el demandado, proviene de un contrato de promesa de compraventa celebrado con un tercero que era el dueño anterior de la cosa.

---

<sup>50</sup> RDJ, Vol. II, Año 1981, segunda parte, sección primera, considerando n° 12, Pág. 116.

En este sentido citamos los siguientes fallos:

a) Corte Suprema en 1972<sup>51</sup>, dispuso lo siguiente: “ No puede prosperar la acción de precario contemplado en el inciso segundo del artículo 2195 intentada por el actual dueño del inmueble en contra de quien lo detenta en virtud de un contrato de promesa celebrado el propietario anterior”.

b) Corte de Apelaciones de Valparaíso de 1996<sup>52</sup>, dispuso lo siguiente: “No procede dar lugar a la demanda de precario interpuesta por el nuevo dueño, cuando el demandado ingreso al inmueble con motivo de una promesa de compraventa que es un contrato oneroso y ha mediado conocimiento de su dueño anterior”.

c) Corte de Apelaciones de San Miguel en un fallo de 1996<sup>53</sup>, dispuso: “...en concepto de los sentenciadores el contrato de promesa de compraventa celebrado entre un tercero y el demandado de precario, representa un fundamento o apoyo jurídicamente relevante para la ocupación de la cosa, siendo ello absolutamente incompatible con la ausencia de todo título, propia de la figura del precario”.

---

<sup>51</sup> RDJ, Vol. III, Año 1972, segunda parte, sección primera, considerando n° 1, Pág. 197.

<sup>52</sup> RDJ, Vol. II, Año 1996, segunda parte, sección segunda, considerando n° 6, Pág. 87.

<sup>53</sup> Gaceta Jurídica, n° 182, Año 1996, Pág. 61.

2. - Un sector minoritario de la jurisprudencia asumiendo una postura contraria a la anterior, da lugar a la acción de precario en todos aquellos casos en que el actor intenta la acción y el demandado opone como título de justificación un contrato de promesa de compraventa celebrada con el propietario anterior.

Los siguientes fallos sostienen esta postura:

a) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1984 <sup>54</sup>: “Que el contrato de promesa de compraventa celebrado por el ocupante del inmueble con el antiguo dueño del mismo no es un título que le habilite para ocuparlo sino solo le da derecho para hacerle a su contratante las exigencias que contempla el artículo 1553 del Código Civil”.

b) Fallo de la Corte Suprema del año 1997<sup>55</sup> dispuso: “Siendo un hecho de la causa que el demandado ocupa el inmueble en virtud de un anterior contrato de promesa de compraventa celebrado con la antecesora del actor en el dominio del inmueble, ello trae como consecuencia que no exista contrato vinculante que ligue a las partes, por lo que no existe título que legitime la tenencia de la propiedad”.

---

<sup>54</sup> RDJ, Vol. I, Año 1984, segunda parte, sección segunda, considerando n° 2, Pág. 17.

<sup>55</sup> Fallos del Mes, n° 464, Año 1997, Pág. 995.



En ambas situaciones señaladas a propósito del contrato de promesa de compraventa entendemos que este contrato no es idóneo para enervar una acción de precario y en este punto concordamos con lo señalado por el profesor Rene Ramos Pazos <sup>56</sup>, ya que este contrato en virtud del artículo 1554 inciso final del CC, en relación con el artículo 1553 del mismo código, solo genera una obligación de hacer ( otorgar el contrato prometido). Lo que puede ocurrir es que en el mismo contrato se inserte una cláusula que justifique la tenencia del predio y es en estos casos particulares en que la acción de precario debe de ser rechazada porque existe un titulo que justifica la tenencia del bien raíz.

En este sentido citamos un fallo de Corte Suprema del año 1993<sup>57</sup>: “ En determinada escritura publica de promesa de venta se dejo 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 esa situación no puede prosperar la demanda de comodato precario contra la referida poseedora material del predio ya que no lo es por mera tolerancia o ignorancia del dueño sino por la aludida entrega anticipada”.

---

<sup>56</sup> Ramos Pazos, René, op. cit. en nota n° 19, Pág.12.

<sup>57</sup> Fallos del Mes, n° 420, Año 1993, Pág. 968.

### 2.2.2.1.2 Contrato de Arrendamiento

En este punto, al igual que el contrato de promesa de compra venta debemos hacer la siguiente distinción:

A) Contrato de arrendamiento celebrado entre el actor y el demandado de precario.

La jurisprudencia es uniforme en el sentido de que la acción de precario no va a prosperar si el tenedor detenta el inmueble en calidad de arrendatario respecto del demandante arrendador. Al respecto citamos los siguientes fallos:

1) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1970<sup>58</sup>: “ No procede la acción de precario del inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil contra el demandado que ocupa el inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento con la persona del actor”.

2) Fallo de la Corte Suprema del año 1987<sup>59</sup>: “ Si entre el ocupante de la propiedad y el actor existe o existió un contrato de arrendamiento, la ocupación del inmueble por aquel se explica y no se concibe que haya sido o sea por ignorancia o mera tolerancia del demandante, el arrendador”.

---

<sup>58</sup> RDJ, Tomo VXXVII, Año 1970, sección segunda, parte segunda, Pág. 126.

<sup>59</sup> Gaceta Jurídica, Tomo 83, Año 1987, Pág. 55.

Por tanto, el Contrato de arrendamiento que ha celebrado el actor con el demandado, será justo título que justifica la tenencia de la cosa por parte del demandado de precario.

B) Contrato de Arrendamiento celebrado entre el demandado y el propietario anterior.

En este punto tenemos dos posturas:

1. -Por un lado la jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa de acoger la acción de precario cuando el demandado ocupa la cosa 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.

Un fallo de la Corte Suprema del 12 de marzo de 1975<sup>60</sup> sostuvo esta postura, con los siguientes fundamentos:

a) El hecho de existir un Contrato de Arrendamiento celebrado con el antecesor en el dominio del actor, esto es la persona que vendió al demandante la propiedad, descarta la concurrencia de la mera tolerancia que es uno de los requisitos exigidos por el artículo 2195 inciso II para configurar la acción.

---

<sup>60</sup> RDJ, Tomo 72, Año 1975, segunda parte, sección primera, considerando n° 4-5, Pág. 46.

b) Si bien es cierto que el arrendamiento expiró por extinción del derecho del arrendador, el legislador ha arreglado la forma de obtener en estos casos precisos la restitución, otorgando simultáneamente al tenedor determinados beneficios que consagran el artículo 12 inciso 4 de la Ley 11.622<sup>61</sup>, reemplazada por la Ley 17.600<sup>62</sup> y que en estas condiciones concluye que no se dan en la especie los presupuestos que la citada disposición legal señala para que prospere la acción que sobre ella se apoya.

c) El legislador por razón de interés social ha dispuesto que subsistan algunos efectos de dicho contrato, aun en relación con el nuevo propietario que no fue parte en el mencionado contrato de arrendamiento. Tales efectos subsisten con posterioridad a la venta de la propiedad, han sido reglados entre otros preceptos por los artículos 12 y 14 de la Ley 11.622 modificada por la Ley 17.600 y mantenidos en el Decreto Ley 964, actual Ley del Arrendamiento. Siendo normas de orden público, no puede eludirse su aplicación.

d) La acción de restitución para la cual esta legitimado el nuevo dueño es la que corresponde al procedimiento que para el caso señala el

---

<sup>61</sup> Ley sobre arrendamiento de habitaciones y locales comerciales.

<sup>62</sup> Ley que modifica, complementa y aclara la ley 11.622, sobre arrendamiento de habitaciones y locales comerciales; modifica así mismo las leyes 15.228, 15.419, 16.263, 16.392, 16.840 y la 17.332.

artículo 404 del cpc (del desahucio, del lanzamiento y de la retención), corroborado además por el artículo 14 de la Ley 11.622.<sup>63</sup>

2. -Una postura distinta a la anterior es la que ha asumido parte de la jurisprudencia al señalar que procede la acción de precario deducida por el actual dueño del inmueble en contra del ocupante que funda su tenencia en un contrato celebrado por el propietario anterior.

En tal sentido citaremos por su importancia un falló la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1957<sup>64</sup>, al disponer que procede la acción de precario deducida por el comprador del inmueble en contra de la persona que lo detenta en virtud de un arrendamiento que tenía celebrado con el vendedor y anterior dueño.

C) Contrato de Arrendamiento de cosa ajena.

El artículo 1916 del Código Civil dispone que puede arrendarse una cosa ajena. Ahora bien, nuestra pregunta apunta a si este contrato de arrendamiento sirve como título que justifique la tenencia del demandado de precario.

---

<sup>63</sup> Fallos del Mes, n° 169, Año 1972, Pág. 302.

<sup>64</sup> RDJ, Vol. 54, Año 1957, segunda parte, sección segunda, Pág. 21.

La jurisprudencia ha aceptado como título de detentación este contrato, por lo cual no ha dado lugar a la acción de precario, señalando que el arriendo de cosa ajena es válido conforme al artículo 1916 inciso 2° del CC y oponible al propietario, el que tendrá que ejercer las acciones que la Ley establece para obtener la declaración judicial de término del Contrato de Arriendo. De lo contrario se privaría a la parte demandada de derechos irrenunciable inherentes a su calidad de arrendatario. En esta línea argumentativa se ubican los siguientes fallos:

a) Fallo de la Corte Suprema del año 1995<sup>65</sup> que acogió un recurso de queja interpuesto en contra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que había confirmado un fallo de primera instancia, en orden a dar lugar a la acción de precario, aun cuando el detentador tenía como título un contrato de arrendamiento, el máximo tribunal acogió la postura contraria, y por ende según la Corte Suprema bastará para enervar la acción de precario el hecho de que el inmueble haya sido dado en arrendamiento al demandado, aunque su arrendador no haya sido el dueño.

b) Fallo de la Corte Suprema del año 1999<sup>66</sup> en un recurso de casación en el fondo señalando lo siguiente:

---

<sup>65</sup> Fallos del Mes, n° 438, Año 1995, Pág. 398.

<sup>66</sup> Fallos del Mes, n° 482, Año 1999, Pág. 2914.

“Que, por su parte el artículo 2195 del Código Civil exige para configurar el precario que la ocupación no tenga otro título que la ignorancia o mera tolerancia de dueño; en la especie no se acreditó tal circunstancia, sino por el contrario que tal ocupación está justificada por un contrato de arrendamiento anterior que habilitaba al demandado como mero tenedor de la finca”.

Por nuestro lado, concordamos con la idea de la Corte Suprema en orden a no acoger la acción de precario en tal caso por los siguientes motivos:

1. - Para que prospere la acción de precario es necesario acreditar que el demandado detenta un bien ajeno por ignorancia o mera tolerancia del dueño y sin que exista un contrato que permita a este retener dicho bien, requisito que mediando un arrendamiento no se cumple.

2.- El actor 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, como presupuesto para recuperar el bien cedido en arriendo.

3.- De acogerse la acción de precario se estaría privando a la parte demandada del ejercicio de los derechos emanados del contrato de arrendamiento y que tienen como características la de ser irrenunciables e inherentes al mismo.

2.2.2.1.3. Adjudicación del bien a uno de los comuneros y los otros siguen ocupando el inmueble.

En este punto resulta interesante un fallo de la Corte Suprema de 1982<sup>67</sup> que dispuso lo siguiente: “...la tenencia material del inmueble por parte del demandado proviene de un antecedente jurídico como es el título que dio origen a la comunidad” “... si el bien adjudicado por el excomunero y actual demandante se encuentra en poder del demandado en virtud del título que le daba la fenecida copropiedad, tal situación por el solo hecho de haberse producido la adjudicación no tiene la virtud de transformarla en comodato precario previsto por el inciso II del artículo 2195 del Código Civil...”.

Concordamos con la negativa de dar lugar a la acción de precario intentada por el adjudicatario del inmueble contra sus excomuneros que ocupan el bien por cuanto no se transforma en una tenencia precaria solo explicable por la mera tolerancia o ignorancia del otro comunero que en la partición se adjudica el bien, mas aun la ley procesal establece medios particulares para el cumplimiento de lo resuelto en un juicio particional.

---

<sup>67</sup> Fallos del Mes, n° 283, Año 1982, Pág.174.



#### 2.2.2.1.4. Vínculo Matrimonial

Aquí se presenta la cuestión de determinar que ocurre cuando las partes están unidas por vínculo matrimonial pero separada totalmente de bienes y uno de los cónyuges ocupa un inmueble perteneciente en forma exclusiva al otro.

En este punto encontramos fallos en ambos sentidos:

1. - Jurisprudencia que se ha pronunciado por la negativa de dar lugar a la acción de precario intentada por el cónyuge propietario por cuanto se estimó que mientras las partes estén unidas en un matrimonio no disuelto, el cónyuge tiene título suficiente y eficaz para oponerse a la acción de precario.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo del año 1983<sup>68</sup> dispuso: “que estando las partes unidas en matrimonio no disuelto, y con lo dispuesto en el artículo 133 en relación con el artículo 71 ambos del Código Civil, resulta que el demandado tiene título suficiente y eficaz para oponerse a la acción de precario”.

2. - Jurisprudencia más reciente acogió la postura contraria dando lugar a la acción de precario, señalando que la relación matrimonial y filial no es un título válido para ocupar el inmueble de que se trata.

---

<sup>68</sup> RDJ, Vol. 80, Año 1983, segunda parte, sección segunda, considerando n° 8, Pág. 47.

Por lo tanto si la parte demandante acredita que es dueña del bien raíz cuya restitución se solicita, debe acogerse la demanda de precario en contra de su cónyuge. Así falló la Corte Suprema en 1993<sup>69</sup>.

2.2.2.1.4.1. Matrimonio Nulo, en relación con un bien perteneciente al patrimonio reservado de la mujer.

En este punto analizaremos la situación de tenencia precaria del marido respecto de un inmueble perteneciente al patrimonio reservado de la mujer cuando, declarada la nulidad de matrimonio, la mujer renuncia inmediatamente a los gananciales.

La acción de precario intentada por la mujer en contra de su marido para que restituya el inmueble, deberá ser acogida si el marido no logra probar que la ocupación referida la efectúa en virtud de un vínculo contractual con la actora y no por ignorancia o mera tolerancia de la misma. En este sentido se pronunció la Corte Suprema el 11 de Agosto de 1980 <sup>70</sup> diciendo:

“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 renuncio 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

---

<sup>69</sup> Fallos del Mes, n° 416, Año 1993, Pág. 454.

<sup>70</sup> Fallos del Mes, n° 261, Año 1980, Pág. 442.

ocupación referida la efectúa en virtud de un vínculo contractual con la demandante y no por ignorancia o mera tolerancia de la misma.”

Concordamos con el profesor René Ramos Pazos<sup>71</sup>, de que el tribunal que falle en este sentido se ajusta a la equidad “...pues no se ve que otra acción pueda haber intentado la mujer para recuperar la tenencia de su propiedad”.

#### 2.2.2.1.5. Convivencia en una propiedad.

En aquellos casos en que existe convivencia en una propiedad y el actor pruebe ser dueño de la propiedad y el demandado no acredite el título que justifique su ocupación, el demandante podrá valerse de la acción de precario para obtener la restitución de la cosa.

Así lo estableció la Corte de Apelaciones de San Miguel en 1981 <sup>72</sup>que en un caso de convivencia de una pareja dispuso lo siguiente: “que, consiguientemente el demandado correspondiendo hacerlo, no ha acreditado el título que justifica su ocupación de inmueble y por su parte la actora ha probado fehacientemente ser dueña de el, procede acoger la demanda”.

En este fallo, en el considerando 8° se da lugar a la acción de precario intentada por la actora y se desestiman los fundamentos del demandado

---

<sup>71</sup> Ramos Pazos, René, op. cit. en nota n° 19, Pág.16.

<sup>72</sup> RDJ, Vol. 78, Año 1981, segunda parte, sección segunda, considerando n° 7, Pág. 102.

en el orden a señalar que había una sociedad de hecho. Por lo tanto, mientras no se declare a petición de la demandada la existencia de una comunidad de hecho o de una sociedad de hecho con el actor, la convivencia o concubinato no es título que justifique la ocupación.

#### 2.2.2.1.6. Contrato inválido.

El contrato inválido aquel que carece de los elementos necesarios establecidos por el legislador para producir todos sus efectos, equivale a la falta de contrato y como tal autoriza a la acción de precario.

La Corte Suprema en un fallo de 1975<sup>73</sup> dispuso que al decir el Código que constituye precario la tenencia de una cosa 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 presupuesto del precario y lógicamente si el contrato celebrado no produce obligaciones, el tenedor carece de contrato previo para justificar la tenencia.

---

<sup>73</sup> Fallos del Mes, n° 199, Año 1975, Pág. 96.

2.2.2.3. Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Para que proceda la acción de precario es necesario además, que la ocupación sea por mera tolerancia o ignorancia del dueño, a lo que se opone la existencia de un fundamento jurídico. Esta fue la idea que tuvo en vista la Corte Suprema en un fallo de 1991<sup>74</sup>.

La mera tolerancia de que habla el artículo 2195 a de entenderse según un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1988<sup>75</sup> de la siguiente manera: “la mera tolerancia a que se refiere el artículo 2195 inciso II del Código Civil debe entenderse referida a la tenencia de cosa ajena causada en la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión a su favor o gracia de su dueño”.

En cuanto a este requisito han habido fallos que han señalado que el actor debe fundamentar en su demanda que la tenencia del inmueble deriva de su ignorancia o mera tolerancia. En este sentido falló la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>76</sup> diciendo: “ no puede prosperar la acción de precario si el actor no afirma, ni insinúa ni siquiera como fundamento de su demanda, que la tenencia del inmueble por el demandado derive de ignorancia o mera tolerancia de su parte”.

---

<sup>74</sup> Fallos del Mes, n° 453, Año 1991, Pág. 1638.

<sup>75</sup> RDJ, Vol. 85, Año 1988, segunda parte, sección segunda, Pág. 95.

<sup>76</sup> RDJ, Vol. 60, Año 1970, segunda parte, sección primera, considerando n° 7, Pág. 343.

No obstante ello, como veremos más adelante en el onus probandi, al actor le bastará probar el dominio sobre la cosa y que ésta se encuentra en poder del demandado, quedando de parte de este la carga de demostrar que la tenencia de la cosa deriva de algún título de detentación y no proviene de la ignorancia o mera tolerancia del dueño, porque de lo contrario se le exigiría al actor una prueba imposible y ello por la imposibilidad material de probar una proposición de carácter negativo. “ En principio, una proposición de carácter negativo no necesita de prueba por la imposibilidad material que existe para suministrar una prueba semejante”<sup>77</sup>.

En este sentido citamos un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción del Año 1989 <sup>78</sup>que dispuso: “ para enervar la acción de precario es menester que los demandados prueben que ocupan la especie cuya restitución se demanda, mediante un título legítimo distinto que el de mera tolerancia o ignorancia del dueño pues aceptar lo contrario significaría que esta acción nunca podría prosperar, al imponérsele al actor probar un hecho negativo”.

Por ello la jurisprudencia ha señalado que la falta de título hace presumir la ignorancia o mera tolerancia, al respecto citamos un fallo de la Corte Suprema del año 1995 <sup>79</sup>que dispuso lo siguiente: “ que no cabe duda que conforme al artículo 2195 del Código Civil en relación con el

---

<sup>77</sup>Casarino Viterbo, Mario, “Manual de Derecho procesal”, Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica de Chile, tomo IV, Quinta edición, Santiago 1997.

<sup>78</sup> Gaceta Jurídica, n° 103, Año 1989, Pág. 14.

<sup>79</sup> Fallos del Mes, n° 441, Año 1995, Pág. 989.

1698 de ese código, una vez acreditado el dominio del actor y la tenencia por parte del demandado, respecto del bien de que se trata, corresponde a este último demostrar que esa tenencia obedece a un título habilitante para ella, de tal modo que la falta de esa prueba hace presumir la mera tolerancia del dueño.”

Ahora bien, el demandado de precario para revertir esta presunción deberá acreditar un título que justifique su tenencia.

Este criterio ha adoptado la Corte Suprema en un fallo de 1980<sup>80</sup>, donde dispuso que si el actor acredita que es dueño de un terreno y que el demandado lo ocupa, se presume la mera tolerancia si el demandado no exhibe título alguno que autorice o justifique esa posición, lo que a él corresponde probar.

#### 2.2.3.1. Situación del poseedor.

Según el artículo 2195 del CC es de la esencia del precario la simple tenencia de la cosa. Por consiguiente, si la tenencia del demandado va acompañada del ánimo de señor y dueño, su situación es la del poseedor, debiendo accionarse contra él a través de las vías previstas en el artículo 916 del CC.

---

<sup>80</sup> RDJ, Vol. 77, Año 1980, segunda parte, sección primera, considerando n° 6, Pág. 25.

En este sentido falló la Corte Suprema en 1989, al declarar sin lugar un recurso de queja deducido contra la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia pronunciada por ésta en 1989<sup>81</sup>, la que en sus considerandos N° 2 y N° 3 disponía lo siguiente: “ que, según el artículo 2195 del Código Civil es de la esencia del precario la simple tenencia de la cosa, la que como ya se dijo no existe, pues la tenencia del demandado va acompañado del ánimo de éste de señor y dueño, por lo que conforme al artículo 700 del Código Civil es poseedor”, “que, faltando el requisito aludido precedentemente, no puede prosperar la acción de precario y ello atento a lo prevenido en el artículo 916 del Código Civil que estatuye que la posición de bienes inmuebles se recupera a través de una acción posesoria, no siendo eficaz la instaurada en autos, de comodato precario”.

#### 2.2.3.2. ¿Se transmite la mera tolerancia a los herederos?

La mera tolerancia es una calidad que no se transmite a los herederos.

En este sentido falló la Corte Suprema en 1992 <sup>82</sup>al disponer que 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. En tanto los

---

<sup>81</sup>Fallo de la Corte Suprema, año 1989, citado en la obra de Vergara Aldunate, Sofía: “El comodato precario y el simple precario ante el derecho y la jurisprudencia”, año 1981, Editorial Jurídica Conosur, Pág. 145.

<sup>82</sup> Fallos del Mes, n° 409, Año 1992, Pág. 91.



jueces que acojan la demanda de comodato precario en las circunstancias señaladas y sin que se reúnan la totalidad de las exigencias invocadas, ineludible para la procedencia de la acción, cometerán una falta que corresponde enmendar por la vía disciplinaria.

#### 2.2.3.3. Prescripción de la acción de precario.

La ley no ha señalado un plazo de prescripción para la acción de precario. Este es un tema resuelto por nuestra jurisprudencia, la que ha señalando que la acción de precario es imprescriptible, al respecto citamos un fallo de 1955, pronunciado por la Corte de Apelaciones de Concepción <sup>83</sup>que dispuso: “ El precario, sin que medie contrato valido, 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 la facultad para reclamarla en cualquier tiempo”.

Al respecto el profesor René Ramos Pazos<sup>84</sup> a señalado que la acción de precario por ser una acción real no prescribe de acuerdo al artículo 2515 del CC, sino en conformidad al artículo 2517 del CC por lo cual el dueño podrá pedir la restitución de la cosa mientras conserve su condición de dueño.

---

<sup>83</sup> RDJ, Tomo 52, Año 1955, segunda parte, sección segunda, Pág. 337

<sup>84</sup>Ramos Pazos, René, op. cit. en nota n° 19, Pág. 9.

#### Titulo IV: La prueba.

En este punto trataremos el tema de la prueba en relación con los requisitos que deben cumplirse para la procedencia de la acción de precario.

##### 1. - En cuanto a la prueba del dominio.

Corresponderá al actor la prueba del dominio, por ser ésta el fundamento de su acción. Al respecto, son numerosos y reiterados los fallos de nuestros tribunales los que confirman esta regla. A modo ejemplar, se citan los siguientes:

a) Fallo de la Corte Suprema del año 1985, dispuso: <sup>85</sup> “Que de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corte Suprema tratándose de una acción de precario, al actor le corresponde acreditar el dominio del predio reclamado, y que este se haya ocupado por la demandada, y esta debe probar la existencia de un título que justifique la ocupación o algún vinculo contractual que la ligue con la actora. De esta manera, el peso de la prueba que recae sobre el actor y la demandada esta claramente establecido por el artículo 1698 del Código Civil”.

---

<sup>85</sup> RDJ, Tomo III, Año 1985, segunda parte, sección primera, Pág. 114.

b) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1986<sup>86</sup>, expone: “...probada la tenencia del demandado, el actor solo esta en la obligación de justificar el primer presupuesto. (dominio)”.

c) Fallo de la Corte Suprema del año 1992<sup>87</sup> dispuso: “Que, incumbe probar al actor el dominio de la propiedad cuya restitución se solicita...”

d) Fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia en 1998<sup>88</sup>, señala: “Que, uno de los requisitos fundamentales del precario es el dominio que el actor debe tener sobre el bien raíz que pretende recuperar, y la obligación de probar esta circunstancia recae en el actor, quien la alega. La jurisprudencia es uniforme en este respecto. Si el dominio no esta fehacientemente acreditado no puede prosperar una acción de precario”.

Además de la prueba del dominio, se ha establecido que al actor le corresponde probar que la cosa cuya restitución solicita se encuentra en poder del demandado. Así lo señala la Corte Suprema en 1992<sup>89</sup>, que en lo pertinente expresa: “Que también pesa sobre el actor acreditar que la cosa cuya restitución se solicita se encuentra ocupada por el demandado...”

---

<sup>86</sup> Gaceta Jurídica, n° 67, Año 1986, Pág. 49.

<sup>87</sup> RDJ, Tomo III, Año 1992, segunda parte, sección primera, considerando n° 12, Pág. 156.

<sup>88</sup> Gaceta Jurídica, n° 100, Año 1988, Pág. 32.

<sup>89</sup> RDJ, Tomo III, Año 1992, segunda parte, sección primera, considerando n° 15, Pág. 156.

La falta de acreditación del dominio del inmueble por parte del actor debe necesariamente, traer como consecuencia la improcedencia de la acción.

Ahora bien, cuando se trata de bienes raíces inscritos, el demandante probará su dominio con la correspondiente inscripción, probando así además, su posesión, dado que el poseedor es reputado dueño, por aplicación de la presunción establecida en el artículo 700 inciso segundo del CC.

Cabe destacar que la Corte Suprema en un fallo de 1981<sup>90</sup> en lo correspondiente señala: “que, la inscripción en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces de un inmueble no comprueba necesariamente que pertenezca en dominio al titular, lo que solo ocurriría si el tradente o el antecesor hubiese sido dueño del bien inscrito, pues nadie puede transferir más derecho de los que tiene...”.

En este caso particular, la Corte Suprema no aceptó únicamente la última inscripción, sino que también las anteriores para acreditar el dominio del demandante, pues existían antecedentes que demostraban que los demandados derivaban su derecho de una inscripción anterior totalmente desvinculada de la del demandante.

---

<sup>90</sup> RDJ, Tomo I, Año 1981, segunda parte, sección primera, considerando n° 4, Pág. 5.

Por otro lado, tratándose de bienes raíces no inscritos, el demandante debería probar la posesión según las reglas que prescribe el artículo 925 del CC.

Como señala el profesor René Ramos Pazos<sup>91</sup>, en el precario no se es tan exigente en la prueba del dominio, como en la acción reivindicatoria (por que cuando el título es derivativo se debe probar la posesión de todos los antecesores hasta completar el plazo de prescripción extraordinaria), ello porque en el juicio reivindicatorio el demandado es poseedor, amparado por la presunción del artículo 700 inciso 2º del CC, en el precario en cambio es un simple detentador sin título alguno.

2. - En cuanto a la prueba de la falta de título y la mera tolerancia o ignorancia del dueño.

Han habido algunos fallos que establecen que corresponde al actor probar no sólo su dominio sino que además que el demandado tenía la cosa sin título alguno por mera tolerancia o ignorancia suya.

Así, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el año 1993<sup>92</sup>, confirmando la sentencia de primera instancia, rechazó una demanda de precario por estimar que el actor no había probado que el demandado ocupaba el inmueble por mera tolerancia o ignorancia suya.

---

<sup>91</sup>Ramos Pazos, René, op. cit. en nota n° 19, Pág. 18-19.

<sup>92</sup>Fallos del Mes, n° 441, Año 1993, Pág. 988.

La Corte de Apelaciones<sup>93</sup> sostuvo lo siguiente: “que, conforme al artículo 2195 inc. 2 del Código Civil, para que se configure dicha situación se requiere: a) que el demandante sea dueño del bien; b) que lo tenga el demandado en su poder; y c) que este último detente la especie reclamada sin existencia de contrato previo y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Conforme a las reglas probatorias, debe el actor acreditar la concurrencia de las condiciones referidas...”.

Se recurrió de casación en el fondo contra este fallo de segunda instancia, alegando infracción a los artículos 1689 y 2195 del CC La Corte Suprema dio lugar a ella, con fecha 3 de Agosto de 1995 que en la parte sosteniendo:<sup>94</sup> “que, no cabe duda que conforme al artículo 2195 del Código Civil en su inc.2, en relación con el artículo 1698 de ese código, una vez acreditado el dominio del actor y la tenencia por parte del demandado, respecto del bien de que se trata, corresponde a este último demostrar que esa tenencia obedece a un título habilitante para ella, de tal modo que la falta de esa prueba hace presumir la mera tolerancia del dueño. Todo lo cual corresponde, lógicamente, a la estructura de la institución que consagra la primera norma y el procedimiento que deriva de la segunda”.

---

<sup>93</sup> Fallos del Mes, n° 441, Año 1991, Pág. 982.

<sup>94</sup> Fallos del Mes, n° 441, Año 1991, considerando n°2, Pág. 982.

Por estas consideraciones, en el fallo de reemplazo de la Corte acoge la demanda de precario.

Citamos además un fallo de la Corte Suprema del año 1992<sup>95</sup> que dispuso lo siguiente:

“En aquellos casos en que el actor establece la concurrencia de la calidad de dueño y que el demandado tenga en su poder la cosa, y el demandado no rinde prueba alguna para acreditar que detenta el inmueble por algún título distinto al precario, correspondiéndole el peso de la prueba, por lo que la demanda debió ser acogida y, al no resolverlo así, los jueces recurridos incurrieron en falta que es preciso enmendar por vía de la queja”.

Hoy en día este problema está zanjado por la jurisprudencia que ha dejado establecido que en el precario el actor solo prueba su dominio y que compete al demandado la prueba del título en cuya virtud tiene la cosa, y de no acreditar de manera fehaciente el título por el cual detenta se entiende que la tiene por mera tolerancia o ignorancia del dueño.

Confirmando lo anterior citamos:

a)Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1983<sup>96</sup>, en lo correspondiente señala: “...la prueba de esta ocupación legítima debe recaer en el ocupante quien deberá comprobar, si desea persistir como tal en la cosa ocupada, sea que no hay tal ignorancia respecto de ella

---

<sup>95</sup> Fallos del Mes, n° 402, Año 1992, Pág. 195.

<sup>96</sup> Gaceta Jurídica, n° 35, Año 1983, Pág. 69.

por parte del propietario, sea que la mera tolerancia que éste puede invocar”.

b) Fallo de la Corte Suprema del año 1984<sup>97</sup> en lo correspondiente señala: “que, el recurrente manifiesta que la sentencia violó el artículo 1698 del Código Civil porque alteró el peso de la prueba, al sostener que no se ha probado por el actor plenamente que el demandado ocupara la propiedad por mera tolerancia del demandante lo que debe acreditar el demandado, ya que, el demandante le basta probar que es dueño del predio a que se refiere la acción entablada, lo que hizo, según lo asevera el fallo recurrido”.

c) Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción del año 1989<sup>98</sup>:

“Para enervar la acción de precario es menester que los demandados prueben que ocupan la especie cuya restitución se demanda, mediante un título legítimo distinto que el de mera tolerancia o ignorancia del dueño”.

d) Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1989<sup>99</sup> en lo pertinente expresa: “ es el demandado el que conforme a las reglas del onus probandi, a quien corresponde acreditar la legítima posesión que

---

<sup>97</sup> Gaceta Jurídica, n° 49, Año 1984, Pág. 46.

<sup>98</sup> Gaceta Jurídica, n° 103, Año 1989, Pág. 14.

<sup>99</sup> RDJ, Vol. II, Año 1989, segunda parte, sección segunda, considerando n°4, Pág. 57.



invoca sobre la propiedad alterando la situación de hecho que ameritaría la acción de precario”.

Podemos señalar además que aceptar lo contrario significaría que la acción de precario nunca podría prosperar, al imponérsele al actor que pruebe un hecho negativo, cual sería que el ocupante carece de título para mantener la cosa en su poder.

### 3. - Prueba de la ocupación de la cosa por parte del demandado.

El actor debe acreditar la tenencia u ocupación de la cosa por el demandado de precario para que el tribunal pueda decretar su restitución. Al respecto citaremos los siguientes fallos:

a) Fallo de la Corte Suprema del año 1985 <sup>100</sup>: “Tratándose de una acción de precario al actor le corresponde acreditar el dominio del predio reclamado y que este se haya ocupado por la demandada”

b) Fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel del año 1989<sup>101</sup>: “que, corresponde al actor, en virtud de la norma del artículo 1.698 del Código Civil, acreditar por los medios de pruebas legales los presupuestos de su acción, esto es, los hechos que le sirven de

---

<sup>100</sup> RDJ, Vol. III, Año 1985, segunda parte, sección primera, considerando n° 4, Pág. 111.

<sup>101</sup> Gaceta Jurídica, n° 110, Año 1989, Pág.26.

fundamento necesario, comprobada esta ocupación habrá debido accederse a lo pedido ...”.

En este fallo la Corte de Apelaciones revoca la sentencia de primera instancia que había acogido la acción de precario, por no producir en el juicio ninguna prueba para comprobar la ocupación del inmueble a la parte demandada.

c)Fallo de la Corte Suprema del año 1998<sup>102</sup>: “El que intenta acción de precario debe probar que es dueño de la cosa cuya restitución se reclama, el hecho de la ocupación de la cosa por un tercero sin previo contrato, y que esa ocupación se ejerce por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

---

<sup>102</sup> Fallos del Mes, nº 478 Año 1998, Pág. 1720.

## CONCLUSIONES

Después de haber analizado la abundante jurisprudencia de nuestros tribunales relativas al comodato precario y al precario hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. Respecto de la delimitación entre el Comodato Precario y el Precario:

a) Nuestro Código no ha sido lo suficientemente claro en la diferenciación de estas figuras jurídicas; Ello ha motivado abundante jurisprudencia en la que se ha empleado en forma incorrecta ambas denominaciones.

b) En cuanto a los requisitos del contrato de comodato precario, deberán cumplirse todos los requisitos del artículo 1445 del CC. La omisión de cualquiera de ellos acarrea la nulidad del contrato. En el precario, por el contrario, por constituir una situación extracontractual, no se requiere el cumplimiento de dichos requisitos.

c) En cuanto al procedimiento aplicable al comodato precario, no existen dudas que será el procedimiento sumario en virtud del artículo 680 N°6 del CPC. En el precario, en cambio, la ley no ha señalado expresamente el procedimiento aplicable y la jurisprudencia ha resuelto, con apoyo en la doctrina, que la ubicación del artículo 2195 inciso segundo del CC hace suponer que el procedimiento aplicable al precario es igualmente el procedimiento sumario.

d) En cuanto a la naturaleza de la acción, la jurisprudencia sostiene que la acción emanada de un contrato de comodato tiene carácter personal por emanar de un derecho personal. En cambio, la acción que nace del precario será, según con lo señalado por nuestra jurisprudencia mayoritaria una acción real porque emana de un derecho real, sin embargo hay quienes sostienen que esta acción es de una naturaleza especial. Sui generis.

e) En cuanto a la carga de la prueba, en el juicio de comodato precario corresponderá al actor acreditar con los medios de prueba legales los presupuestos de su acción, según las reglas generales de la prueba del artículo 1698 del CC, en tanto que en el precario el actor deberá probar el dominio sobre el bien que ejerce la acción y el demandado deberá probar la existencia de un contrato que justifique esta tenencia. De lo contrario, se entenderá que ella responde a la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

## 2. En cuanto a la figura del precario:

a) La jurisprudencia ha declarado en forma reiterada como elementos del precario los siguientes: 1) Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución reclama; 2) Que el demandado sea un tenedor sin contrato; y 3) Que la tenencia se deba a mera ignorancia o tolerancia del dueño.

b) En cuanto a la titularidad de la acción de precario por parte del usufructuario, la jurisprudencia mayoritaria lo ubica en un plano de igualdad al propietario, estando legitimado para reclamar la cosa aún del nudo propietario; otro sector de la jurisprudencia se inclina por la

idea de reconocer como único titular de la acción al propietario, incluso el nudo propietario.

c) La jurisprudencia ha señalado semejanzas y diferencias respecto de la acción de precario y la acción reivindicatoria. Así, ambas acciones suponen como requisitos que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita y que el demandado este ocupando dicho bien. Sin embargo, estas acciones difieren respecto del requisito de la ignorancia o mera tolerancia de la posesión de la cosa, y la carencia de algún título que justifiquen dicha tenencia, los que no son requisitos de la acción reivindicatoria y sí lo son de la acción de precario. Además difieren en la tramitación procesal, pues a la acción reivindicatoria se le aplica el procedimiento ordinario, y a la acción de precario el procedimiento aplicable es el sumario.

d) En cuanto al contrato de promesa de compraventa como excepción opuesta a la acción de precario la jurisprudencia ha distinguido según sea la persona con quien se celebre el mismo. Si este contrato se ha celebrado directamente con el actor, la jurisprudencia ha optado por reconocer como excepción el contrato de promesa de compraventa cuando la entrega se ha efectuado en virtud de aquel contrato y ha negado este carácter cuando no exista entrega. Si el contrato de promesa se celebra con un tercero, propietario anterior de la cosa, la jurisprudencia mayoritaria ha negado sistemáticamente la posibilidad de oponer como excepción a la acción de precario un contrato de promesa de venta celebrado con un tercero antecesor en el dominio de la propiedad.

e) Respecto al contrato de arrendamiento celebrado entre el actor y el demandado de precario, la jurisprudencia es uniforme en negar la

acción de precario intentada, ya que existe un contrato que es título suficiente para detentar la cosa. Donde sí hay discusión es con respecto al contrato de arrendamiento celebrado entre el demandado de precario y el propietario anterior. Un sector de la jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa de acoger la acción de precario, mientras otro, en cambio, acoge la acción de precario deducida por el actual dueño de la cosa que esta ocupada por el demandado de precario.

f) En cuanto al contrato de arrendamiento que recae sobre cosa ajena, la jurisprudencia lo ha aceptado como un título que justifica la tenencia de la cosa, haciendo por consiguiente improcedente la acción de precario, señalando que el arrendamiento de cosa ajena es valido conforme al art. 1916 inciso 2 del CC.

g) Podemos agregar que no existe uniformidad en la jurisprudencia respecto de la titularidad de la acción de precario en caso de comunidad, un sector de la jurisprudencia acepta que cualquier comunero pueda ejercer la acción de precario por el mandato tácito y reciproco que según la doctrina existe entre ellos y además por tratarse de una acción que busca conservar la cosa común. En cambio, un sector minoritario estima que es preciso que demanden conjuntamente todos los comuneros.

## BIBLIOGRAFIA

1. Cassarino Viterbo, Mario, “ Manual de Derecho Procesal”, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, Santiago, 1997.
2. Claro Solar, Luis, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, Santiago, 1992.
3. Meza Barros, Manuel, “Manual De Derecho Civil, de las Fuentes de las Obligaciones”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, novena edición actualizada, Santiago, 1997.
4. Navas Navarro, Susana, “Compensación Deposito Y Comodato”, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997.
5. Peñailillo Arévalo, Daniel, “Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales”, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, Santiago, 1997.
6. Ramos Pascual, Graciela, “Comodato Precario Y Precario”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1982.
7. Ramos Pazos, Rene, “Del Precario”, Revista De Derecho, Universidad de Concepción, N°180, Pág. 7 – 19, 1986.
8. Saavedra. Belmar, Pablo, “El Contrato De Comodato”, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1954.
9. Vergara Aldunate, Sofia, “El comodato precario y el simple precario ante el Derecho y la Jurisprudencia”, Editorial Jurídica Conosur Ltda. , Santiago, 1991.

Jurisprudencia:

1. “El Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas”, Editorial Jurídica de Chile, tomo IX, tercera edición actualizada, 1998.
2. “Fallos Del Mes” (1970 y ss)
3. “Gaceta Jurídica” (1970 y ss.)
4. “Revista De Derecho Y Jurisprudencia Y Gaceta De Los Tribunales”(1970 y ss)
5. Sentencias Civiles, Corte de Apelaciones de Valdivia.

Legislación:

1. Código Civil de la Republica de Chile.
2. Código de Procedimiento Civil de la Republica de Chile.
3. Constitución Política de la Republica de Chile.