

**LA MERA TOLERANCIA ES ESENCIAL EN LA FIGURA DEL PRECARIO. SI  
EXISTE CONSENTIMIENTO TRANSFORMA LA RELACIÓN EN UN  
COMODATO O PRÉSTAMO DE USO.**

**La Excelentísima Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo, esgrimiendo que no existía precario porque, entre la madre dueña de la casa y la ocupante, su hija, no existía la mera tolerancia, sino un contrato de comodato precario contemplado en artículo 2.194 del Código Civil.**

Se entiende el comodato o préstamo de uso, definido en la ley, como la entrega por una de las partes a la otra gratuitamente de una cosa mueble o raíz para que haga uso de ella con cargo de reintegrar la misma especie después de finalizado el uso. Así perfilado, nos encontramos frente al comodato simple, ordinario o corriente.

Desde otra perspectiva, el comodato precario, se configura en aquellos eventos en que el comodante se reserva la prerrogativa de recuperar el objeto proporcionado en cualquier momento, o aquél en que no se lo facilita para un servicio singular, ni se fija el instante para su retorno.

Que es menester insistir en el inciso segundo del artículo 2.195 del Código Civil, que estatuye: "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". De manera que la Corte Suprema declaró que la institución en comento exige los siguientes supuestos copulativos: i) que la actora sea dueña de la cosa cuya restitución procura; ii) que los demandados ocupen el bien; y iii) que semejante invasión se ejecute sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia de la propietaria. Por consiguiente, una vez que la demandante haya satisfecho adecuadamente la carga probatoria que pesa sobre ella, incumbe a los demandados demostrar que la tenencia se apoya en un título y no en la ignorancia o mera tolerancia de la dueña.

Que bajo este prisma es factible deducir que los demandados no permanecen en el recinto por un mero hecho, presupuesto constitutivo de simple precario, sino que en razón de la autorización de la madre de la demandada y dueña del lugar.

No obstante, los jueces de la instancia prescindieron de tal antecedente, y erraron en la aplicación del artículo 2.195 del Código Civil, en tanto que la existencia del préstamo de uso conferido a los demandados constituye un caso que refleja de forma indubitada que el empleo que se ha hecho del sitio no obedece a una mera tolerancia de su dueña.

Así, queda en evidencia el quebrantamiento de los artículos 2.194 y 2.195 de la compilación sustantiva, pues efectivamente los demandados no habitan la casa por mera tolerancia de la actora, sin previo contrato, sino en virtud de la licencia que su dueña les confirió, circunstancia que faculta calificar tal ocupación como un contrato de comodato y distanciarla de un mero precario como lo pretende la demandante.

**SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA: Rol N° 27.191-2015.-**

Santiago, tres de enero de dos mil diecisiete.

Visto:

En los autos N° 94-2015, rol del Primer Juzgado Civil de Valdivia, la señora María Luisa Vega Anjel interpuso demanda de precario en juicio sumario en contra de don Joel Alejandro Arévalo Valenzuela y de doña Carolina Barrientos Vega, con el fin que se los condene a la devolución de la propiedad raíz individualizada, dentro de tercero día de ejecutoriada la resolución, o en el lapso que se determine, con costas.

En su contestación los demandados solicitaron sea desechada la acción, basados en que la ocupación del inmueble descansa en el permiso dado en su oportunidad por la contraria, de manera que en realidad vincula a los litigantes un contrato de comodato precario.

Apelada por la actora la decisión del inferior que denegó la demanda, con costas, una sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, revocó el dictamen recurrido, y en su lugar, acogió la demanda de precario, y condenó a los demandados a restituir la heredad dentro del término de diez días de ejecutoriado el veredicto.

Contra este pronunciamiento los demandados entablaron recurso de casación en el fondo, para cuyo conocimiento se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que los recurrentes construyen su arbitrio sobre la vulneración de los artículos 1698, 2174, 2177, 2194 y 2195 del Código Civil, por cuanto la demandante no logró probar los requisitos del precario y, por el contrario, los demandados viven en el predio cuya restitución se persigue, merced a la licencia concedida por la propia actora, sin que se haya convenido un período para su devolución, lo cual encierra un contrato de comodato precario, que excluye la mera tolerancia que invoca su contendiente, y que los sentenciadores consignaron.

Aducen que usan la finca en función de su naturaleza, y así acatan el artículo 2177 del Código Civil, de conformidad con la venia conferida para habitarla como vivienda, y operó su entrega, con apego al artículo 2174 de la misma recopilación.

Segundo: Que por lo que toca a la transgresión del artículo 1698 del referido estatuto, sostiene que por haberse acreditado la entrega, la gratuidad y la inexistencia de un tiempo para la restitución, correspondía a la actora comprobar la extinción de las obligaciones emanadas del contrato de comodato precario, lo que no hizo.

Finaliza con la influencia que los errores de derecho censurados habrían tenido en lo dispositivo de lo resuelto.

Tercero: Que los magistrados fijaron como hechos de la causa, en lo que interesa al recurso, los siguientes:

A.- La demandante es poseedora inscrita de la parcela ubicada en Pasaje Tres o Puelche N° 2.444 de Valdivia, recinto habitado en la actualidad por los demandados;

B.- La actora es la madre de la demandada doña Carolina Barrientos Vega y consintió la toma del lote por su mencionada hija.

Cuarto: Que sobre los hechos recién reseñados, los falladores del grado coligieron que obran los presupuestos exigidos en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, para aceptar la acción de precario promovida, y revocaron la decisión del a quo para resolver en la forma indicada, y en lo que concierne a la alegación en que los demandados asilan su invasión, afirman que "el hecho que la demandante haya permitido que el inmueble sea ocupado por su hija no implica aprobación de esa detentación, de manera que resulta legítimo su reclamo para que a ella se le ponga término y, consecuentemente, el inmueble le sea restituido", infieren que el apoderamiento del lugar por los demandados se produjo por "mera tolerancia suya".

Quinto: Que antes de abordar los criticados errores de derecho y con el propósito de delimitar el asunto puesto bajo la esfera de conocimiento de esta Corte, es útil precisar la naturaleza de la acción ejercida en autos, toda vez que, por lo pronto, se dice en el libelo pretensor que se trata de un precario, aserto que mantiene el tribunal de alzada, y que se opone a las disquisiciones de los demandados, en cuanto aseveran que se está en presencia de un comodato precario, tesis que repiten en el escrito de casación.

Sexto: Que en estas condiciones, se tornan necesarias algunas reflexiones previas acerca de la institución en estudio y sobre este tema conviene dejar en claro que el legislador al tratar el contrato de comodato en el Título XXX del Libro IV del Código Civil, entre los artículos 2174 y 2195, distingue dos clases: el comodato puro y simple, y el comodato precario, para este último describe tres figuras: a) cuando el comodante se reserva la facultad de recobrar la cosa prestada en cualquier tiempo (artículo 2194); b) cuando no se entrega la especie para un servicio específico (artículo 2195, inciso primero) y, c) cuando no se pacta un tiempo para reintegrar el bien suministrado (artículo 2195, inciso primero).

Séptimo: Que entonces aparece de manifiesto, desde luego, que el comodato o préstamo de uso, definido en la ley, consiste en la entrega por una de las partes a la otra, gratuitamente, de una cosa mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de reintegrar la misma especie después de finalizado el uso. Así perfilado, nos encontramos frente al comodato simple, ordinario o corriente.

Desde otra perspectiva, el comodato precario, se configura en aquellos eventos en que el comodante se reserva la prerrogativa de recuperar el objeto proporcionado en cualquier momento, o aquél en que no se lo facilita para un servicio singular, ni se fija el instante para su retorno.

Octavo: Que de lo hasta ahora reflexionado, emerge de relieve que, sea que apunte a un contrato de comodato puro o simple; o bien, de un comodato precario, lo consustancial a ambos institutos radica en un acuerdo de voluntades, de una estipulación contractual regida por la ley, que dependiente de las peculiaridades que presenten, les serán aplicables las normas propias que correspondan y las comunes a cualquier convención.

En esta línea de pensamiento se aduce que el comodato propiamente tal y el comodato precario, al ser una simple modalidad de aquél, constituyen un contrato. Entre las partes media un concierto de voluntades destinado a crear obligaciones o, en otras palabras, un acto jurídico bilateral o convención que origina obligaciones. Este pacto consiste fundamentalmente en la entrega de una cosa determinada por el comodante al comodatario, con la intención que éste la utilice y posteriormente la devuelva y, por parte del último, concurre el

ánimo de recibir dicho bien para usarlo y, más tarde, restituirlo.

Noveno: Que, por lo demás, la ley también consagra una figura sui generis en el inciso segundo del citado artículo 2195 cuando preceptúa: "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Se contempla aquí una simple situación de hecho, mediante la cual una persona sin anuencia del propietario y debido a su mera tolerancia o ignorancia, y sin título alguno que lo justifique mantiene en su poder una especie ajena determinada. Luego, salta a la vista que no se desarrolla en un contexto contractual, ni configura una variante del contrato de comodato, desde que la tenencia material que lo identifica se halla desprovista de vínculo jurídico con el dueño del bien, de modo que reposa exclusivamente en la ignorancia o simple tolerancia.

Décimo: Que de ello fluyen de inmediato las principales diferencias entre el contrato de comodato, sea puro y simple o precario y, el precario en sí. Entonces, como se anticipó, no cabe duda acerca del carácter contractual de aquél y, como tal fuente de derechos y obligaciones, consistentes en la entrega de un objeto específico por el comodante al comodatario, con el designio que éste la emplee y después lo reintegre y, de éste, el propósito de recibir la cosa para luego retornarla; puede recaer en un bien ajeno; la acción para pedir la devolución es personal y sujeta a un plazo de prescripción. En cambio, en el precario, no media convenio, sino una situación de hecho no contractual, según se desprende del tenor del inciso segundo aludido, que habla de la "tenencia" de cosa ajena "sin previo contrato"; requiere que el actor sea dueño de la especie cuya restitución reclama y contiene una acción real, que deriva del derecho real de dominio y prescribe con arreglo al artículo 2517 del Código Civil.

Undécimo: Que acorde con los racionios precedentes y de los antecedentes anotados en la sección expositiva de este dictamen, la acción inserta en autos es la de precario, que reglamenta el inciso segundo del citado artículo 2195, dado que el sustento de la demanda se centra justamente en una situación de hecho que, en el sentir de la actora, nace de la invasión del campo por los demandados, desde comienzos del año 2013, por mera tolerancia suya y sin previo contrato. Luego, resulta evidente que margina la existencia de cualquier acuerdo de voluntades o lo que es lo mismo, una relación contractual entre los contendientes que justifique y origine la tenencia de la cosa por sus aprehensores.

Duodécimo: Que, en seguida, se advierte que los comparecientes, como se dejó enunciado, al instar por la nulidad del fallo, aseguran básicamente que el vicio en que se incurrió, en lo medular, estriba en plantear que la situación jurídica configurada, ajustados a los hechos que quedaron asentados, es la de comodato precario, atento la aquiescencia mostrada en su oportunidad por la actora ante la invasión del bien raíz, lo que envuelve título suficiente para amparar dicha tenencia, con exclusión de la mera tolerancia indispensable para la procedencia de la acción de precario, atinente a la instaurada en juicio y, de ser ello efectivo, correspondía denegar la demanda.

Décimo tercero: Que es menester insistir en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, que estatuye: "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". De manera uniforme esta Corte Suprema ha declarado que la institución en comento exige los siguientes supuestos copulativos: i) que la actora sea dueña de la cosa cuya restitución procura; ii) que los demandados ocupen el bien; y iii) que semejante invasión se ejecute sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia de la propietaria. Por consiguiente, una vez que la demandante haya satisfecho adecuadamente la carga probatoria que pesa sobre ella, incumbe a los demandados demostrar que la tenencia se apoya en un título y no en la ignorancia o mera tolerancia de la dueña.

Décimo cuarto: Que como ya se dijo, los jurisdicentes afincaron como hechos de la litis que la demandante es dueña del inmueble sub judice y que los demandados actualmente viven en el terreno.

En mérito de lo anterior, debe tenerse por comprobados, por quien legalmente soporta la carga de hacerlo, los dos presupuestos preliminares de procedencia de la acción intentada. Es así como la controversia se ha centrado en determinar si el supuesto postrero indicado en el raciocinio que antecede está cumplido o no.

Décimo quinto: Que, por lo tanto, se impone esclarecer si se aplicó correctamente el derecho en cuanto estimó que los demandados ocupaban el suelo por mera tolerancia de su propietaria, en contra lo sostenido por aquéllos, quienes esgrimen una autorización para su uso.

Empero, quedó asentado en la decisión cuestionada que los demandados no lograron acreditar la existencia de algún título que legitime el apoderamiento de la heredad, y que deba ser respetado por la actora, en vista de lo cual discurre que su permanencia en el predio obedece únicamente a la mera tolerancia de su dueña.

Décimo sexto: Que para arribar a tal aserto los jueces analizan la prueba producida en el pleito y coligen que el hecho que la demandante haya permitido a su hija habitar la vivienda, no implica aprobación, de suerte que resulta plausible su protesta y decreta la devolución de la finca.

Sin embargo, a diferencia de lo concluido por el fallo atacado, no merece reparos el hecho que la actora haya consentido a los demandados hacer uso de la vivienda para residir en ella, si se observa la relación madre-hija que media entre ambas, lazo parental que razonablemente presta asidero a la alegación de un consenso generador de la obligación de reintegro, incompatible con la simple aceptación pasiva al ingreso de los demandados, suceso éste que escapa a cualquier acuerdo de voluntades, puesto que se alza sobre un cimiento material de esencia de la institución, cual es la invasión de un bien y la pasividad frente a ese acontecimiento mostrada por la dueña.

Décimo séptimo: Que bajo este prisma es factible deducir que los demandados no permanecen en el recinto por un mero hecho, presupuesto constitutivo de simple precario, sino que en razón de una aquiescencia de la madre de la demandada y dueña del lugar.

No obstante, los jueces de la instancia prescindieron de tal antecedente, y erraron en la aplicación del artículo 2195 del Código Civil, en tanto que la existencia del préstamo de uso conferido a los demandados constituye un caso que refleja de forma indubitada que el empleo que se ha hecho del sitio no obedece a una mera tolerancia de su dueña.

Décimo octavo: Que así las cosas, de lo hasta ahora elucubrado surge con evidencia el quebrantamiento de los artículos 2194 y 2195 de la compilación sustantiva, pues efectivamente los demandados no habitan la casa por mera tolerancia de la actora, sin previo contrato, sino en virtud del licencia que su dueña les confirió, circunstancia que faculta calificar tal ocupación como un contrato de comodato, y distanciarla de un mero precario, como lo pretende la demandante.

Décimo noveno: Que, atento a lo deliberado, el pronunciamiento reprobado no puede mantenerse, si se tiene, todavía, en cuenta que de esos desaciertos ha seguido una decisión

necesariamente diversa a la que se habría debido adoptar en caso contrario, con lo que se satisface la exigencia que las anomalías tengan influencia decisiva en lo resuelto, sin que sea necesario hacerse cargo de la inobservancia de las restantes disposiciones de ley que comprende el libelo.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 764, 765, 767, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo formalizado por los demandados contra la sentencia de quince de octubre de dos mil quince, que se lee de fojas 105 a 110 vuelta, la que, por ende, se invalida y se reemplaza por la que se dicta separadamente a continuación y sin nueva vista.

Regístrese.

Redacción del abogado integrante señor Rodríguez.

Rol N° 27.191-2015.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Carlos Cerda F., y los abogados integrantes señor Jaime Rodríguez E., y señora Leonor Etcheberry C.

SENTENCIA DE REEMPLAZO:

Santiago, tres de enero de dos mil diecisiete.

En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, y en el dictamen que antecede, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Visto:

Se reproducen el fallo en alzada, así como los basamentos signados con los ordinales sexto hasta el acápite primario del décimo tercero y desde el segmento segundo del décimo sexto al párrafo inicial del décimo séptimo inclusive del veredicto de nulidad que precede.

Y se tiene, además, presente:

1°).- Que la pretensión de la actora encuentra su sostén jurídico en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, como quiera que su acción se dirige a obtener de los demandados la restitución de un inmueble que han ocupado por ignorancia o mera tolerancia suya.

2°).- Que compete con exclusividad al organismo jurisdiccional practicar la calificación jurídica de los hechos en que se asienta la demanda y señalar el derecho aplicable, conforme la máxima reconocida como *iura novit curia*, dado que en un conflicto como el actual, es preciso decidir el asunto sobre la base de la petición planteada y de su fundamento inmediato, con prescindencia de los pareceres propuestos por los contendientes.

3°).- Que el artículo 2174 del Código Civil define el comodato precario como el "contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso", convención que adquiere el apelativo de "precario" en las hipótesis descritas en los artículos 2194 y 2195, inciso primero, ambos del mismo ordenamiento.

A su turno, el inciso segundo del recién citado artículo 2195 estatuye que "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño", de lo cual fluye que uno de los elementos inherentes del precario lo integra una simple situación de hecho y la total ausencia de vínculo jurídico entre la dueña y los tenedores del suelo reclamado.

4°).- Que en desmedro de los dichos de la demandante, la toma del terreno por los demandados no puede tildarse como un simple precario, acreditado como está que ella consintió que su hija habitara la casa y se la entregó para tales fines, sin fijar un plazo para su restitución, afirmación que descarta de plano que la ocupación se llevara a cabo sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia de la dueña, como lo exige el requisito final de procedencia de la acción de precario.

5°).- Que, a la inversa, el consentimiento que se ha tenido por cierto revela la existencia de un vínculo habido entre los contradictores, cuyos efectos y colofones han de ser declarados y resueltos en la sede idónea que corresponda legalmente.

Por estas consideraciones, citas legales efectuadas y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 186, 227, 691 y 692 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de nueve de junio de dos mil quince, que corre de fojas 76 a 78.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del abogado integrante señor Rodríguez.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Carlos Cerda F., y los abogados integrantes señor Jaime Rodríguez E., y señora Leonor Etcheberry C.