OFICIO N° 21-2017

INFORME PROYECTO DE LEY N° 56-2016

Antecedente: Boletín N° N°11.038-07

Santiago, 31 de enero de 2017

Por oficio N° 352/SEC/16, recibido el 21 de diciembre de 2016, el Presidente del H. Senado, don Ricardo Lagos Weber, al tenor, de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el proyecto de ley que modifica el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, para establecer que el recurso de apelación en contra de sentencias definitivas recaídas en juicios de comodato precario sea concedido en el solo efecto devolutivo (Boletín N° 11.038-07).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 20 del mes de enero en curso, presidida el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Milton Juica Arancibia, Sergio Muñoz Gajardo, Patricio Valdés Adunate, Héctor Carreño Seaman y Haroldo Brito Cruz, señora María Eugenia Sandoval Gouët, señor Lamberto Cisternas Rocha, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, señor Carlos Aránguiz Zúñiga, señora Andrea Muñoz Sánchez y señores Carlos Cerda Fernández y Manuel Valderrama Rebolledo, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

"Santiago, treinta de enero de dos mil diecisiete.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que por oficio N° 352/SEC/16, recibido el 21 de diciembre de 2016, el Presidente del H. Senado, don Ricardo Lagos Weber, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a la Corte Suprema el proyecto de ley que modifica el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, para establecer que el recurso de apelación en contra de sentencias definitivas recaídas en juicios de comodato precario sea concedido en el solo efecto devolutivo (Boletín N° 11.038-07);

Segundo: Que el Código de Procedimiento Civil en su artículo 680 N°6, establece que los juicios sobre comodato precario se rigen por las normas del juicio sumario. Además, establece en el artículo 691, que las sentencias definitivas y las resoluciones a que dé lugar, serán apelables en ambos efectos, salvo que, concedida la apelación de esta forma, hayan de eludirse sus resultados.

De acuerdo a los autores de la moción, la referida situación trae como consecuencia que, mientras no se falle en la respectiva Corte de Apelaciones el recurso de

apelación interpuesto, el procedimiento queda paralizado, no pudiendo llevarse a cabo durante dicho lapso la ejecución de la sentencia ante el juzgado competente, en el evento que el juez que la dicte haya ordenado restituir la cosa objeto del contrato.

Continúan señalando, "que como la gran mayoría de los juicios de comodato precario que se sustancian en los diversos tribunales del país tienen por objeto la restitución de bienes inmuebles, la situación actualmente vigente se traduce en que si una persona ocupa gratuitamente un bien raíz, por ignorancia o mera tenencia (sic) de su dueño, por el solo hecho de apelar en contra de la sentencia que acoge la demanda de comodato precario, tiene derecho a seguir usando la propiedad -gratuitamente-, hasta que no se resuelva en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto".

Lo anterior constituye para el autor del proyecto un contrasentido, y una situación de clara injusticia para el dueño de un inmueble ocupado por un tercero -gratuitamente- por su ignorancia o mera tolerancia.

Para subsanar dicha situación, consideran necesario modificar el citado artículo 691, estableciendo que el recurso de apelación en contra de las sentencias que se dicten en los juicios de comodato precario, sean concedidos en el solo efecto devolutivo;

Tercero: Que el proyecto de ley consta de un artículo único cuyo texto es el siguiente: se aprecia en el siguiente cuadro comparado:

"**Artículo único:** Sustitúyase el texto del inciso segundo del artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, por el siguiente:

"No obstante lo establecido en el artículo precedente, la sentencia definitiva que se pronuncie en los juicios sobre comodato precario, mencionados en el artículo 680 N°6, serán apelables en el solo efecto devolutivo. Las demás resoluciones, inclusa la que acceda provisionalmente a la demanda, también serán apelables en el efecto devolutivo".

Cuarto: Que la primera observación que fluye del texto propuesto es de carácter formal. El inciso segundo del artículo 691 que se pretende sustituir señala erróneamente la referencia al "artículo" precedente, en circunstancias que la alusión, a todas luces, debiera ser formulada al "inciso" precedente del mismo artículo;

Quinto: Que la modificación que propone el presente proyecto de ley ya ha sido abordada -en los mismos términos- en dos iniciativas legislativas previas, la primera presentada el 11 de mayo de 1995[1] y la segunda el 13 de septiembre de 2006[2]. En ambas ocasiones la iniciativa fue archivada, rechazándose la idea de legislar por mayoría de votos. Las razones esgrimidas para ello, dicen relación con un análisis de la situación social en que se dan estos casos, señalándose que la mayoría de las acciones de precario son interpuestas en contra de personas de escasos recursos, que muchas veces, por la imposibilidad de defenderse jurídicamente, les significa verse literalmente despojadas de lo suyo, situación que podría paliarse con la posibilidad de tener una mejor defensa al verse la causa en segunda instancia. Se argumentó,

además, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, respecto de la iniciativa presentada en el año 2006: "que el proyecto podría dar lugar a situaciones riesgosas, especialmente para quienes carecen de una adecuada defensa, por cuanto podrían crearse situaciones mediante la simulación de problemas acerca de la propiedad y en eso fundamentar un litigio"[3]. Cabe precisar, igualmente, que en ninguna de las dos ocasiones fue consultada la Corte Suprema.

Señalado lo anterior, lo primero que cabe tener en cuenta en relación al fondo de la modificación en consulta, es que el proyecto de ley asimila la acción de precario -regulada en el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil- a la figura contractual del comodato precario. De esta forma, y para la mejor comprensión de la iniciativa, es pertinente referirse a la regulación normativa y procedimental que realiza tanto el Código Civil como el Código de Procedimiento Civil de las figuras del comodato, comodato precario y precario, a efectos de contextualizar no solo la estructura conceptual y procedimental que los rige, sino que igualmente los argumentos jurisprudenciales y de autor que se han desarrollado bajo dicho escenario jurídico normativo;

Sexto: Que el Código Civil reglamenta el contrato de comodato o préstamo de uso en el Título XXX de su Libro IV, definiéndolo en su artículo 2174 como aquel en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituirla misma especie después de terminado el uso. El inciso segundo de este artículo agrega que este contrato no se perfecciona sino por la tradición o entrega de la cosa. Por su parte, el artículo 2194 señala que el comodato toma el título de precario si el comodante o prestamista se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo. Por último, el artículo 2195 señala que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, agregando el inciso segundo, que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

De acuerdo a lo señalado, la doctrina no sólo se ha pronunciado acerca del concepto de las principales diferencias y límites conceptuales entre el "comodato", "comodato precario" y "precario". A este respecto, cabe destacar lo señalado por el profesor Ramos Pazos, quien establece que, no obstante ser el comodato precario una especie o modalidad del contrato de comodato, en ambos casos nos encontramos frente a situaciones contractuales, perfectamente regidas por la ley, a las que habrá de aplicar las normas propias establecidas en el Título XXX del Libro IV del Código Civil y las generales de los actos o declaraciones de voluntad[4];

Séptimo: Que a diferencia de lo anterior, la figura del precario regulado en el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, no da cuenta de una relación contractual entre las partes, sino que de una cuestión fáctica, una situación de hecho, que responde a los intereses del dueño de recuperar un bien que se encuentra en manos de otro. La Corte Suprema así lo ha entendido, señalando en innumerables ocasiones que el precario "corresponde a la absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el

propietario y el detentador de la cosa, que conlleva una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante[5].

De acuerdo a la visión tradicional que se le ha otorgado a esta figura jurídica, se ha erigido al artículo 2195 inciso 2° como una acción restitutoria general[6], distinta de las demás acciones del comodato y del comodato precario, que "es empleada frecuentemente como un medio rápido y eficaz para obtener la restitución de los inmuebles inscritos, cuando el dueño se encuentra privado de su tenencia material y quien lo detenta, siguiendo una determinada doctrina formulada respecto a la posesión de esa clase de bienes, no puede ser considerado poseedor"[7].

De esta forma, la distinción entre el comodato precario y el precario surge de las propias normas del Título XXX del Libro IV del Código Civil, referido precisamente al primero de ellos. Así, una primera diferencia se encuentra en que en el contrato de comodato se estipula expresamente que el comodatario debe devolver la cosa en un plazo determinado, y además se establece el uso que ésta debe hacer de ella. Por su parte, en el precario la tenencia es "sin previo contrato", y no se fija plazo de restitución ni tampoco se determina el uso que el comodatario va a hacer de la cosa[8]. La jurisprudencia así lo ha entendido[9];

Octavo: Que por otro lado, cabe referirse al procedimiento en que se sustancian estas acciones. De acuerdo al Título XI de su Libro III, el Código de Procedimiento Civil trata el procedimiento sumario, señalando en su artículo 680 que éste se aplicará en defecto de otra regla especial, a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz. El número 6 de este artículo

---

[1] Proyecto de ley que modifica el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, respecto del comodato precario, Boletín N° 1585-07.

[2] Modifica el artículo 691, del Código de Procedimiento Civil, con el objeto de establecer que el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva recaída en los juicios de comodato precario, sea concedido en el sólo efecto devolutivo, Boletín N° 4538-07.

[3] Primer Informe de la Comisión de Constitución (Boletín N° 4538-07), en sesión N° 125, de fecha 6 de marzo de 2007, p. 75.

[4] RAMOS PAZOS, René. "Del Precario". Revista de Derecho N° 180, año LIV, Universidad de Concepción, julio-diciembre 1986, p. 7.

[5] Corte Suprema, causa rol 59.030-2016, de 29 de octubre de 2016, considerando duodécimo. Además, véase por ejemplo, Corte Suprema: Rol 76.348-2016, de 21 de noviembre de 2016; Rol 9.050-2015, de 5 de julio de 2016; y, Rol 18.906-2014, de 1 de julio de 2015. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol: 4.376-2006, de 10 de mayo de 2007 y Rol 928-2006, de 23 de marzo de 2007. A nivel doctrinario: Vid., RAMOS PAZOS, René. "Del Precario..., p. 8 y ss.; TRONCOSO LARRONDE, Hernán y ÁLVAREZ CID, Carlos. Contratos. Legal Publishing, 2010, p. 261; y, ZAVALA ORTIZ, José Luis. Precario: Casos y Jurisprudencia. Thomson Reuters, 2010, p. 3 y ss.

[6] BARRIENTOS, Javier. "De los bienes y su dominio, posesión, uso y goce". Revista Chilena de Derecho Privado N° 7, Universidad Diego Portales, 2006, p. 284.

[7] HALABÍ RIFFO, Fuad y SAFFIRIO SUÁREZ, Carlos. La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996, p. 1.

[8] Vid., ZAVALA ORTIZ, José Luis. Precario. Casos y Jurisprudencia... p.4.

[9] A modo de ejemplo: Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 928-2006, de 23 de marzo de 2007; y, Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 10.319-2002, de 26 de enero de 2007.

dispone, además, que tal procedimiento se aplicara a los juicios sobre depósito necesario y comodato precario.

Al respecto, no obstante encontrarse establecido el procedimiento aplicable en los casos de comodato precario, no existe mención expresa en la ley sobre la acción de precario. Por lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han determinado que si bien no existe discusión en cuanto a que la acción de precario se sustancia de acuerdo al procedimiento sumario, surge el problema de determinar cuál es la norma en cuya virtud éste le es aplicable: el artículo 680 inciso 1°[10] o el artículo 680 N°6 del Código de Procedimiento Civil[11]; distinción que por lo demás no deja de tener importancia práctica, pues no sólo puede ser una forma de enfrentar las discusiones sobre el dominio y la posesión del bien[12], sino que también permite determinar la aplicación del artículo 681 del cuerpo normativo en comento, esto es, la sustitución del procedimiento sumario por el ordinario, si existen motivos fundados para ello;

En virtud de lo anterior, y en relación a la modificación propuesta, cabe preguntarse si la intención del legislador es sólo establecer que las sentencias definitivas que se pronuncien sobre el comodato precario, mencionados en el artículo 680 N°6, serán apelables en el solo efecto devolutivo, o también se encuentran subsumidas en dicha modificación, las sentencias emanadas de las acciones de precario.

Noveno: Que si bien parece quedar claro de la motivación de la iniciativa, que la referencia es a las situaciones de hecho contempladas en el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, el texto de la propuesta señala otra cosa. Sin perjuicio de ello, la distinción pareciera irrelevante a efectos de analizar la funcionalidad que el legislador ha querido otorgarle a la apelación de las sentencias definitivas, que en diferentes materias -diseminadas en el ordenamiento jurídico-, han de proceder según las reglas generales del recurso.

La regla general de concesión del recurso de apelación en materia civil, de acuerdo a lo previsto en el artículo 195 del Código del Procedimiento Civil, es en ambos efectos, siendo la excepción su concesión en el solo efecto devolutivo. Esta última situación, si bien es de la esencia del recurso, comprende las situaciones exhaustivamente señaladas por el legislador en el artículo 194, las establecidas en

---

[10] Al respecto se ha manifestado RAMOS PAZOS, René. "Del Precario". Revista de Derecho N° 180, año LIV, Universidad de Concepción, julio-diciembre 1986, p. 10; y, VERGARA ALDUNATE, Sofía. El comodato precario y el simple precario ante el derecho y la jurisprudencia. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, p. 12. A nivel jurisprudencial, por ejemplo: Juzgado Civil de Santiago, Causa Rol 3427-1999, de 9 de septiembre de 1998; Corte de Apelaciones de Iquique, causa rol 347-2006, de 1 de junio de 2007.

[11] Vid., HALABÍ RIFFO, Fuad y SAFFIRIO SUÁREZ, Carlos. La acción de precario... p. 96-97. A nivel jurisprudencial, por ejemplo: Corte de Apelaciones de Valdivia, causa rol 293-2010, de 29 de junio de 2010; Corte Suprema, causa rol 4408-2015, de 30 de mayo de 2016; y, Corte Suprema, rol 1839-2015, de 24 de febrero de 2016.

[12] Sobre esta posibilidad, véase: LARROUCAU, Jorge y ROSTIÓN, Ignacio. "Del juicio de precario". En: BARCIA, Rodrigo (Coord.), Fundamentos de los derechos reales. Thomson Reuters, Santiago, p. 86-88.

diversos procedimientos contemplados dentro del código de enjuiciamiento civil y las contempladas en leyes especiales.

La situación anterior tiene como correlato que por la naturaleza de la acción deducida, se presente como necesario impedir la ejecución de ciertas sentencias hasta que el juez superior emita una decisión sobre ella. Tal como señalan los autores Mosquera y Maturana, la prohibición de cumplimiento que conlleva el efecto suspensivo no dice relación sólo con las sentencias de condena, sino también impide que produzcan sus efectos las sentencias meramente declarativas y constitutivas[13], lo que da cuenta de la regulación específica que por sus efectos ha querido otorgarle el legislador a ciertas materias.

Bajo tales circunstancias, cabe hacer presente que respecto de las acciones de precario y de comodato precario, cuyas sentencias definitivas han sido objeto de apelación, en un número no menor de casos éstas han sido revocadas por las diferentes Cortes de Apelaciones competentes. Las principales razones esgrimidas para ello, dan cuenta, para el caso del precario, que el tribunal ad quem verifica la falta de alguno de los requisitos que determina la ley para que prospere la acción –ya sea por existir un título que justifica la ocupación del inmueble o bien por tratarse de controversias jurídicas de distinta naturaleza-, o bien verifica la existencia de nuevos antecedentes que impiden concluir que se está ante una simple situación de hecho y que, consiguientemente, escapa a los estrechos marcos de la discusión propia de dicha acción. Por su parte, en los casos de demanda por comodato precario, las razones de su revocación responden principalmente a que lo demando no cabe dentro de los límites contractuales del contrato de comodato, sino que a una situación de hecho propia del simple precario[14];

Décimo: Que en relación con lo señalado, cabe preguntarse qué sucedería si al proceder la apelación en el solo efecto devolutivo, se revocare la sentencia de primera instancia que hubiera acogido la acción de precario. Pues bien, tal como lo ha señalado este Tribunal, lo actuado respecto al cumplimiento de ese fallo ante el tribunal a quo deberá retrotraerse total o parcialmente al estado en que se encontraba la causa antes de la concesión del recurso: "la sentencia de primera instancia apelada sólo en lo devolutivo es de aquellas que causan ejecutoria, de manera que su cumplimiento, pendiente el recurso de apelación deducido en contra suya, fue

---

[13] MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián. Los recursos procesales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 156 y ss.

[14] A modo de ejemplo, y de acuerdo al estudio de 38 sentencias falladas durante el año 2016, que fueron obtenidas del Centro Documental del Poder Judicial, es posible destacar: Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 1516-2016, de 26 de febrero de 2016; causa rol 1313-2016, de 5 de octubre de 2016; causa rol 3727- 2016, de 15 de junio de 2016; causa rol 795-2016, de 16 de mayo de 2016; Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 586-2016, de 12 de diciembre de 2016; causa rol 241-2016, de 23 de noviembre de 2016; causa rol 322-2016, de 30 de agosto de 2016; Corte de Apelaciones de Valdivia, causa rol 618-2016, de 16 de noviembre de 2016; Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol 52-2016, de 15 de noviembre de 2016; Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa rol 1534-2016, de 7 de noviembre de 2016; Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 870-2016, de 19 de agosto de 2016; y causa rol 1816-2015, de 7 de enero de 2016; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol 1263-2015, de 8 de marzo de 2016.

simplemente provisorio y tuvo un carácter condicional; y siendo así, revocado como fue dicho fallo, deberían naturalmente retrotraerse las cosas al estado anterior a su pronunciamiento"[15].

De esta forma, y comprobándose que existen situaciones en que la tenencia de la propiedad por el demandado no se explica por la mera pasividad o ignorancia del actor -que es lo que justifica que su restitución se obtenga mediante un proceso breve y concentrado-, es que se da cuenta que la intención del legislador tanto respecto del contrato de comodato precario como de la acción de precario, es que las sentencias definitivas se cumplan cuando estén ejecutoriadas y no cuando causan ejecutoria;

Undécimo: Que a mayor abundamiento, cabe señalar que en las acciones en que la causa de pedir es el dominio del actor, como por ejemplo la acción reivindicatoria, la regla general es que la apelación sea concedida en ambos efectos.

Las razones para ello radican -al igual que lo señalado en los puntos anteriores- en que por la naturaleza de lo pedido el legislador ha sido cauto al momento de determinar cuándo se procederá a la ejecución de la sentencia, principalmente por los efectos procesales que conlleva la resolución del tribunal superior al dejar sin efecto o modificar el fallo impugnado (En este sentido, véase: Benavente, Darío. Derecho Procesal. Juicio Ordinario y Recursos Procesales. Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 171).

De allí entonces que la modificación que se propone pareciera no ser acertada en los términos propuestos, no sólo por las razones esgrimidas en el presente informe, y por la debida coherencia que debe imperar en el ordenamiento jurídico, sino que especialmente, por las consecuencias prácticas que, para él caso del precario, conlleva la ejecución de la sentencia de primera instancia, estando pendiente la resolución que debe emitir el tribunal superior competente;

Duodécimo: Que, finalmente, cabe recordar que en los juicios tramitados de acuerdo al procedimiento sumario existen dos reglas especiales que el juez de instancia puede decretar si determina la existencia de fundamentos que justifiquen su otorgamiento: la primera de ellas es la contemplada en el artículo 684, que señala que en rebeldía del demandado se accederá provisionalmente a lo pedido en la demanda, si el actor lo solicita con fundamento plausible; y la segunda, es la señalada en el propio artículo 691 que se pretende modificar, que establece que la sentencia definitiva y la resolución que dé lugar al procedimiento sumario en el caso del inciso 2° del artículo 681, serán apelables en ambos efectos, salvo que, concedida la apelación en esta forma, hayan de eludirse sus resultados.

---

[15] Corte Suprema, sentencia de 31 de mayo de 2005, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo CII, sección 1ª, p. 198.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expresados el proyecto de ley que modifica el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, para establecer que el recurso de apelación en contra de sentencias definitivas recaídas en juicios de comodato precario sea concedido en el solo efecto devolutivo.

Ofíciese.

PL 56-2016".

Saluda atentamente a V.S.