

IV

Comentario a las sentencias recaídas en demanda de comodato precario en contra del cónyuge.*

La Excma. Corte Suprema, resolviendo un recurso de queja interpuesto contra los ministros de la Cuarta Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, dejó sin efecto la sentencia dictada por dicha Sala en que confirmó la sentencia de primera instancia que, por su parte, re-

* Las sentencias aludidas aparecen publicadas en el Vol. 11 N° 1 (1984) de esta Revista, pp. 31-37.

chazó una demanda de precario intentada por una mujer casada en régimen de separación total de bienes contra su marido, que siguió viviendo en la casa de propiedad de la primera, una vez que se habían separado de hecho por haber tenido que dejar la mujer el hogar común.

La sentencia de la Cuarta Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago fue acordada contra el voto del Ministro Sr. Ricardo Gálvez Blanco quien estuvo por acoger la apelación interpuesta por la demandante y por dar lugar a la demanda de precario.

La Excm. Corte Suprema, al acoger el recurso de queja lo hizo fundándose en las razones jurídicas que dio el Sr. Gálvez en su voto disidente.

Los fundamentos jurídicos dados por el Sr. Gálvez me parecen muy acertados y claros, encontrando particularmente interesantes los siguientes:

1) Que uno de los efectos del matrimonio es el de dar nacimiento a las obligaciones del marido que contempla el artículo 133 del Código Civil, y en la medida que éstos tengan una repercusión patrimonial deben, naturalmente, gravar a dicho cónyuge, pero nunca a la mujer.

Como muy bien lo explica el Sr. Gálvez, "si el marido debe recibir a la mujer en su casa, pesa, precisamente, sobre él la carga de establecer un hogar común, y no puede trasladarla a su cónyuge mediante el recurso de imponer un verdadera gravamen a un bien raíz de ésta".

Habría que agregar en abono de lo sostenido en el voto disidente que el marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes.

Entre lo necesario que debe suministrar el marido a la mujer está, precisamente, la casa en que debe vivir la familia. Esa obligación la tiene el marido, y no la tiene la mujer salvo que el primero carezca de bienes. hecho que no fue planteado en el juicio.

2) Que la exigencia establecida en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, para que la tenencia de una cosa no constituya precario, está referida a un

"previo contrato" que justifique jurídicamente la tenencia, y no a una simple explicación sobre la forma como se llegó a ocupar el inmueble.

De la lectura a *contrario sensu* del mencionado artículo se desprende que la exigencia que contiene para que no exista precario, además de las otras que señala, es la de que el que detenta la cosa lo haga con previo contrato que justifique la tenencia.

Estimo que no se puede limitar la constitución de la tenencia sólo al contrato ya que hay casos en que el legislador la justifica por otros medios, como sería el testamento en que se constituye un derecho de usufructo, uso o habitación (arts. 766 y 812 del Código Civil).

El artículo 725 del Código Civil dice que el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no traslativo de dominio. Este artículo habla de dar la tenencia, y la tenencia se da en virtud de un contrato u otro acto jurídico relativo a ella. El matrimonio, que fue el título invocado por el demandado para justificar su tenencia sobre el inmueble de su mujer, es un contrato, pero en ningún caso, relativo a la tenencia de los bienes de los cónyuges.

El artículo 714 del Código Civil que define la mera tenencia señala casos de meros tenedores en que todos la han iniciado en virtud de un acto jurídico relativo a ella.

Me parece que el inciso final de ese artículo al decir que "lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno", se está refiriendo a un reconocimiento que emane del contrato o acto jurídico, antecedente de su tenencia.

En resumen, como lo dice el voto disidente, la exigencia del artículo 2195 del Código Civil está referida a un previo contrato o acto jurídico que justifique la tenencia, y no a una simple explicación sobre la forma como se llegó a ocupar el inmueble.

Extremando las cosas, de seguirse la doctrina contraria, el usurpador tendría un título que justificaría su tenencia. usurpación que, de acuerdo al artículo 729 del Código Civil, justifica la pose-

sión, pero no creo que exista nadie que sostenga que esa usurpación impida la acción de precario.

Por último, me parece muy atinada la argumentación del señor Gálvez en el sentido de que de aceptarse la tesis contraria a lo recién expuesto, se llegaría al absurdo de conferir al marido, con la excusa de tener en la casa de la mujer su casa, un título de mera tenencia sobre un bien raíz de ésta, que no vive con él, con carácter de gratuita e irrevocable, lo que resulta evidentemente contrario a derecho y a la más elemental equidad.

Fernando Rozas Vial