

Santiago, veintiocho de marzo de dos mil veinticuatro.

VISTO:

Se reproduce la sentencia apelada, previa sustitución en el motivo tercero de la referencia al “21 de septiembre del año 2022” por “21 de diciembre de 2021”.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1°.- Que la ley consagra una figura sui géneris en el inciso segundo del artículo 2195 al disponer "*Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño*".

Lo dicho permite afirmar que, el simple precario consiste en una situación de hecho puramente concebida, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa; una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título de relevancia jurídica y, "*es precisamente esta última circunstancia la que caracteriza al precario y lo distingue de otras instituciones de derecho que tienen como comunes los demás elementos*". (C. Suprema, 14 de noviembre de 1963. R.D.J. y Cs. S., T.60, secc. 1ª, pág. 343).

De esta manera, sin el ánimo estrictamente permisivo en el propietario de la cosa que ocupa quien viene a ser demandado o, su falta de conocimiento acerca de la tenencia del bien por la contraparte, queda descartada la presencia del precario y, por ende, se ve neutralizada la viabilidad de la acción correspondiente.

En vinculación con lo que precede, se concluye que la acción de precario es aquella que tiene el dueño de una cosa determinada para exigir de quien la ocupa, sin título que lo justifique, la restitución, por existir mera tolerancia de su parte. La cosa pedida, entonces, esto es, la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su justificación en la carencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma.

2°.- Que en la especie, la acción de precario se encuentra referida al inmueble ubicado en pasaje Thompson N° 3866, casa N° 4, de la comuna de Estación Central, Región Metropolitana, tal como se señala en la demanda, coincidente con el domicilio donde se procedió a la notificación de la misma a la demandada, y si bien en el libelo pretensor se asignó a tal vivienda la inscripción de dominio correspondiente a la de fojas 77213 N° 112.418 del



Registro de Propiedad del año 2019 del Conservador de Bienes Raíces de esta ciudad, lo cierto es que de la documental acompañada junto a la demanda a folio 1, se incorporó el certificado de dominio vigente extendido el 21 de diciembre de 2021 respecto de la propiedad materia de la acción, que da cuenta de que la demandante en conjunto con otras dos personas es dueña de derechos en la misma, que adquirieron por herencia quedada al fallecimiento de Gino Julio Canales Alcaíno, según resolución inscrita a fojas 77213 Número 112.418 del año 2019.

3°.- Que, en consecuencia, conforme a lo previamente expuesto, han quedado demostrados los dos primeros requisitos que exige el artículo 2195 en su inciso 2°, esto es, el dominio del actor respecto del inmueble sobre el que recae la acción y la tenencia de la cosa ajena por parte del demandado.

Sobre la tercera y última exigencia legal, en atención a la rebeldía del demandado, no se demostró por este algún título que habilite su ocupación, razón por la que cabía acoger la pretensión deducida, tal como lo resolvió el juez *a quo*.

4°.- Que según se dejó dicho previamente, el demandado no evacuó el trámite de la contestación de la demanda ni formuló defensa de fondo planteada válidamente en juicio, no obstante lo cual a través de un recurso de apelación “subsidiario” ha pretendido cuestionar la decisión a través de dos aspectos: El primero, que apunta a la errónea individualización del bien inmueble objeto de la acción, asunto que conforme se razonó fue debidamente corregido por esta Corte y; el segundo, referido a una especie de falta de legitimación activa de la demandante, por no haber comparecido junto a los restantes comuneros a interponer la presente demanda.

5°.- Que a pesar de que la defensa de la demandada resulta extemporánea en tanto no fue vertida en la etapa procesal correspondiente, es menester igualmente desestimar tal alegación, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2305 del Código Civil, el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social. Por su parte, el artículo 2081 del mismo cuerpo legal, norma contenida dentro de aquellas que regulan el contrato de sociedad, prescribe que no habiéndose conferido la administración a uno o más de los socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los



otros el poder de administrar con las facultades indicadas en los artículos precedentes.

Ahora bien, el inciso 1° del artículo 2078, que precede a la última de las citadas en el párrafo anterior, estatuye que corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad; pero no podrá empeñarlos, ni hipotecarlos ni alterar su forma, aunque las alteraciones le parezcan convenientes.

6°.- Que tal como lo ha sostenido la jurisprudencia mayoritaria, la aplicación lógica de las disposiciones citadas en el motivo que antecede permite afirmar que en el evento de no haberse conferido a alguno de los codueños de una cosa facultades para administrarla, cualquiera de ellos puede -y debe- cuidar de la conservación, reparación y mejora de la cosa común.

Lo anterior conduce ineludiblemente a responder que el ejercicio de la acción de precario del inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil importa el legítimo ejercicio de alguna de estas facultades de administración, que no cabe sino calificar de conservativas, atendidas las potestades relativamente restringidas que éstas últimas conllevan. La calidad de comunero del inmueble es suficientemente idónea y hábil para los efectos de ejercer la acción de precario, pues es indudable que en la especie se ha actuado en procura de la conservación de la cosa común.

Si bien es cierto que, en estricto rigor, el que ocupa una cosa raíz inscrita a nombre de otro u otros a título de precario no podrá adquirirla por prescripción, ni enajenarla eficazmente a otro transfiriendo un dominio que no detenta, debe tenerse también en consideración que el derecho de propiedad no se agota únicamente en la facultad de disposición. Los atributos del dominio también comprenden las facultades de uso y goce, que legítimamente los dueños de una cosa que no ostentan materialmente pueden aspirar a recuperar a fin de conservarla y de este modo, recibir el provecho que representa el hecho de servirse de la cosa según su naturaleza y de los frutos que de ella provengan. De este modo, el ejercicio de la acción de precario naturalmente constituye un acto meramente conservativo de la cosa común.



7°.- Que finalmente y a pesar de que el demandante no articuló algún mecanismo procesal para revertir la concesión del recurso de apelación y el decreto en relación que posteriormente recayó sobre el mismo, esta Sala no puede dejar de advertir que el demandado interpuso recurso de reposición con apelación subsidiario respecto de la sentencia definitiva dictada en autos, lo que resulta del todo improcedente, pues conforme se desprende de los artículos 187 y 188 del Código de Procedimiento Civil, son apelables, por regla general, en los negocios contenciosos y no contenciosos en materia civil, la sentencia definitiva de primera instancia, esto es, la que pone término a la instancia resolviendo la cuestión o asunto controvertido que ha sido objeto del juicio; la interlocutoria de primera instancia, que falla un incidente en juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes o debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria y de manera excepcional procede, también, el recurso de apelación en contra de autos y decretos, siempre que alteren la sustanciación regular del juicio o recaigan en trámites que no se encuentran ordenados expresamente por la ley, en cuyo caso aquel recurso sólo puede interponerse subsidiariamente al de reposición.

8°.- Que, en consecuencia, el estatuto procesal en materia de apelaciones regula la procedencia de dicho recurso y su forma de interposición en vinculación directa e inmediata con la naturaleza jurídica de la resolución cuya reforma se pretende. Deberá, entonces, deducirse la apelación por parte del agraviado de forma directa cuando la resolución recurrida es de aquellas que, según las reglas ya referidas, son susceptibles de apelación por antonomasia, es decir, cuando se trate de sentencias definitivas o interlocutorias. A tal conclusión es posible arribar del propio texto normativo que lo regula conforme a su carácter de vía de impugnación principal, en que el legislador estatuye como excepción la apelación subsidiaria respecto de autos y decretos que alteren la substanciación regular del juicio o recaigan sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley.

8°.- Que luego de lo dicho y resultando indiscutible que el recurso del demandado se dirigió a cuestionar la decisión de fondo contenida en la sentencia definitiva dictada en autos, la apelación debió, por expresa disposición del legislador, interponerse de manera principal y directa en



contra de la decisión recurrida y no en carácter subsidiario, como ocurrió en autos, puesto que no es un auto o decreto que de manera excepcional es apelable, ni de aquellas situaciones en que tratándose de una interlocutoria el legislador expresamente prevé la interposición de la apelación de manera subsidiaria.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil y demás normas citadas, **se confirma** la sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés, dictada por el 19° Juzgado Civil de esta ciudad, en los autos caratulados “Canales con Díaz”.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción de la ministra Lilian Leyton Varela.

Rol N° 17.440-2023

Pronunciada por la **Octava Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministra señora Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el ministro señor Hernán Crisosto Greisse y la ministra señora Lilian Leyton Varela.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: GSBXMCDKWP

Pronunciado por la Octava Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Dobra Lusic N., Hernan Alejandro Crisosto G., Lilian A. Leyton V. Santiago, veintiocho de marzo de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a veintiocho de marzo de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: GSBXMCDKWP