

Santiago, ocho de octubre de dos mil veinticuatro.

**VISTO:**

En los autos tramitados ante el Primer Juzgado de Letras de Concepción, rol C 2169-2019 caratulados [REDACTED] [REDACTED] por sentencia de veintitrés de junio de dos mil veintidós se acogió la demanda de precario, y se condenó a la demandada a la restitución del inmueble que ocupa, con costas.

La demandada recurrió de casación en la forma y apeló de dicho fallo y una Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción por sentencia de veinte de septiembre de dos mil veintitrés rechazó la nulidad y confirmó la decisión.

Contra esta última sentencia recurre la demandada de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:**

**En cuanto al recurso de casación en la forma**

**Primero:** Que la recurrente de nulidad formal reclama que la sentencia incurre en el vicio del numeral 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, al resolver que se condena a su representado a restituir a la demandante el inmueble ubicado en pasaje [REDACTED] sobre el cual no recayó la demanda de precario, en la cual no se especifica que la propiedad cuya restitución se pide es una casa interior.

**Segundo:** Que de la revisión de los antecedentes del proceso permite constatar que la demandada impugnó el fallo de primer grado mediante casación en la forma y apelación. Conociendo la Corte, rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó la decisión de primer grado.

**Tercero:** Que al analizar el libelo de casación formal aparece que el recurrente impugna por esta vía únicamente el pronunciamiento que desestimó el recurso de casación en la forma deducido contra la sentencia de primer grado, es decir, su reproche se orienta a sustentar vicios que se contendrían en la sentencia de casación del tribunal de alzada, cuestionando los motivos en que se fundó la decisión de rechazo del arbitrio.

**Cuarto:** Que el artículo 63 N°1 letra a) del Código Orgánico de Tribunales dispone que las Cortes de Apelaciones conocerán en única instancia de los recursos de casación en la forma que se deduzcan en contra de las sentencias dictadas por los jueces de letras de su territorio jurisdiccional. La palabra "instancia", en este caso, está tomada en el sentido de que el fallo que resuelve el correspondiente recurso de casación en la forma no es susceptible de ningún otro recurso ni puede ser revisado, de consiguiente, por ningún tribunal superior



(Mario Casarino Viterbo, Manual de Derecho Procesal Orgánico, Quinta Edición Actualizada, Tomo I, página 161).

**Quinto:** Que, conforme lo razonado en los motivos precedentes, no configurándose el vicio alegado, el recurso de nulidad formal no podrá prosperar.

**En cuanto al recurso de casación en el fondo:**

**Sexto:** Que la recurrente sostiene que en la sentencia impugnada se han infringido los artículos 1712, 2194 y el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil y los artículos 384 N° 1 y 426 del Código de Procedimiento Civil.

Afirma que la ocupación del inmueble que ejerce la demandada deriva de la convivencia por muchos años con la antecesora en el dominio del inmueble, quien lo autorizó a vivir junto a sus dos hijos, lo que queda acreditado con el mérito de la prueba testimonial rendida en autos.

Peticona que se invalide la sentencia recurrida, dictando la correspondiente de reemplazo, que rechace la acción de precario.

**Séptimo:** Que para una acertada resolución del recurso de nulidad sustancial resulta conveniente dejar constancia de las siguientes actuaciones del proceso:

1.- [REDACTED] deduce demanda de precario en contra de [REDACTED]

Fundamenta su acción en que es dueña del inmueble ubicado en pasaje [REDACTED] y que corresponde al [REDACTED], varón [REDACTED], [REDACTED], Concepción, inscrito a su nombre a fojas [REDACTED], N° [REDACTED] del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción correspondiente al año [REDACTED]

Agregó que el demandado detenta la propiedad por mera tolerancia, pues jamás ha celebrado acto jurídico alguno con él que legitime la tenencia del referido bien.

Peticionó acoger la demanda y condenar al demandado a la restitución del inmueble indicado, dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia, o en el plazo que se fije, bajo apercibimiento de lanzarlo, con todos los demás ocupantes, con la fuerza pública, con costas.

2.- El demandado, contestó la demanda, solicitando sea rechazada con costas, basado en que su ex pareja, antecesora en el dominio pretende sacarlo a él y a sus hijos comunes del inmueble cuya restitución solicita, al igual que en el año 2013 en causa rol C-3716-2013, caratulada "[REDACTED]" seguida ante el 3° Juzgado Civil de Concepción, intento de precario que no prosperó, y ante lo cual presentó demanda de declaración de comunidad en los autos rol C 5080-2013 seguidos en el mismo tribunal, agregando que dicha casa



fue pagada por él, y en consecuencia no viven allí por mera tolerancia de un tercero.

3.- El tribunal de primera instancia acogió la acción de precario, decisión que fue confirmada por el tribunal de alzada.

**Octavo:** Que en la sentencia impugnada se establecieron como hechos, los siguientes:

1.- Que la demandante es dueña del inmueble ubicado en [REDACTED] que rola inscrito a fojas [REDACTED], bajo el N° [REDACTED] del Registro de Propiedad del año [REDACTED] del Conservador de Bienes Raíces de Concepción.

2.- Que el demandado ocupa el inmueble de propiedad de la demandante.

3.- Que [REDACTED] que figura como vendedora en la inscripción de dominio que la actora adjuntara a su demanda dedujo acción de precario por mera tolerancia en contra de su hija [REDACTED] la que fue rechazada en segunda instancia.

**Noveno:** Que la controversia jurídica radica en determinar si los hechos asentados en la causa configuran la existencia de un título que permita al demandado ocupar el inmueble o éstos se encuadran dentro de la hipótesis de mera tolerancia que habilita al dueño de una propiedad para accionar de precario contra el o los ocupantes.

**Décimo:** Que en estricto apego a la norma del inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil y de acuerdo a la reiterada jurisprudencia sobre la materia, para que exista precario es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; que el demandado ocupe ese bien; y que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. De lo anterior se desprende que un elemento inherente al precario está constituido por una mera situación de hecho, la total ausencia de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado. El primer concepto -la ignorancia-, importa el desconocimiento, la falta de noticia de un hecho categórico, en el presente caso, que el inmueble que se pretende recuperar es ocupado por una persona; y el segundo -la mera tolerancia-, implica asumir una actitud permisora, el simple beneplácito o anuencia del propietario de la cosa que luego trata recuperar. Al demandante le corresponde acreditar que es dueño de la cosa y que es ocupada por el demandado; cumplida dicha carga probatoria, a éste le incumbe demostrar que la ocupación está justificada por un título o contrato y que, por lo tanto, no obedece a ignorancia o a mera tolerancia;

**Undécimo:** Que sobre la materia esta Corte Suprema ha tenido la oportunidad de señalar que el precario es una cuestión de hecho, y constituye un



impedimento para su establecimiento que el tenedor tenga alguna clase de justificación para ocupar la cosa cuya restitución se solicita, aparentemente seria o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa, aunque sea de lo aparentemente ajeno. Así entonces, cuando el inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil señala que constituye precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, debe entenderse que la expresión mera tolerancia está aludiendo a la ausencia de un título que justifique la tenencia, más no necesariamente a la existencia de una convención celebrada entre las partes. En este punto resulta pertinente tener en especial consideración que la referida disposición señala que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato, por ende, es un presupuesto de la esencia del precario la absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el propietario y el ocupante de la cosa, es decir, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante. Consecuencialmente, la cosa pedida en la acción de precario, esto es, la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su justificación en la ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y su dueño o entre aquél y la cosa misma. (Corte Suprema, rol N° 2570-20, rol N° 11143-20).

La doctrina conceptúa al precario como “situación de hecho que consiste en la simple detentación de una cosa ajena, singular y determinada, sin antecedentes jurídicos que justifiquen tal detentación” (Urtubia Berríos, Fernando. El Precario en la Ley y Jurisprudencia Chilena, Valparaíso, 1979, página 19). Otro fallo expresó que la tenencia es simplemente tolerada, y por tanto es precaria, cuando está “sustentada en la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, aceptación, admisión, favor o gracia del dueño” (Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N° 59, 1985, página 35).

La doctrina a este respecto igualmente corrobora que el precario por tolerancia descansa efectivamente en que la detentación se debe a la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, del dueño de la cosa (Vergara Aldunate, Sofía. El Comodato Precario y el Simple Precario ante el Derecho y la Jurisprudencia, Editorial Conosur, 1991, página 115). (E. Corte Suprema, causa Rol 23.118-2014).

**Duodécimo:** Que volviendo al caso que nos ocupa, si bien se encuentra establecido que la actora es dueña del inmueble y que el demandado la ocupa, siendo un hecho de la causa que el demandado ingresó a la propiedad y ha residido todos estos años en ella con anterioridad a que la actora adquiriera el dominio del inmueble, lo que además no era ignorado por ésta última, quien es prima de la anterior dueña quien a su vez fue conviviente del demandado, dicha



ocupación no lo es por mera ignorancia o mera tolerancia, ya que dichos requisitos de ignorar la tenencia y tolerarla se ha debido producir al inicio de la ocupación del bien por el demandado, lo que no acontece en la especie, ya que la concurrencia de los antecedentes del proceso son incompatibles con los presupuestos de la ignorancia y mera tolerancia que caracterizan la acción de precario.

**Décimo tercero:** Que lo razonado pone de manifiesto el desacierto en que incurrieron los juzgadores al desatender la situación fáctica asentada en la causa, transgrediendo el artículo 2195 del Código Civil, y esta infracción de ley ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que el error de derecho antes anotado condujo a los jueces a acoger, equivocadamente, una demanda de precario, lo que llevará a acoger el recurso de casación sustantiva.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en la forma y **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducidos por el abogado Renato Marcelo Oyarzun Aguilar, en representación de la parte demandada, contra la sentencia de veinte de septiembre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, invalidándose, y se la reemplaza por aquella que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada con el voto en contra de la ministra señora Repetto quien estuvo, con respecto del recurso de casación en la forma, referido a la causal número 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por entrar derechamente a su análisis, en virtud de las siguientes consideraciones:

1°.- Que del examen del recurso se advierte, que la resolución impugnada es la sentencia definitiva dictada por la Corte de Apelaciones, conociendo del recurso de apelación deducido por la parte demandada en contra del fallo de primera instancia.

2°.- Que, en consecuencia, no se ha recurrido de casación en la forma respecto de la sentencia dictada por esa misma Corte que rechazó el recurso de casación formal.

3°.- Que, de existir el vicio alegado, al rechazarse en la sentencia definitiva ese motivo, la Corte de Apelaciones habría hecho suyo el mismo vicio alegado respecto de la sentencia de primer grado.

4°.- Que en esas condiciones no existe a juicio de esta disidente obstáculo procesal alguno para que se recurra por idénticas causales en contra del fallo de segunda instancia, no produciéndose entonces la situación conocida como “casación sobre casación”, porque la inadmisibilidad a que alude esa expresión radica básicamente en que una sentencia que resuelve un recurso de casación, tiene una naturaleza sui generis, no asimilable a una sentencia definitiva o



interlocutoria de aquellas que posibilitan su impugnación por esos recursos de nulidad procesal.

5°.- Que, por otra parte, el artículo 63 N°1 letra a ) del Código Orgánico de Tribunales, cuando dispone que las Cortes de Apelaciones conocerán en única instancia sobre los recursos de casación en la forma, que se interpongan en contra de las sentencias dictadas por los jueces de letras o por uno de sus ministros, y de las sentencias definitivas de primera instancia dictadas por jueces árbitros, está señalando que las sentencias dictadas resolviendo esos recursos no son susceptibles de recurso de apelación, pero, no puede considerarse una limitación a la interposición de un recurso de casación en la forma, respecto de un fallo que no está resolviendo propiamente el recurso de casación sino que la apelación de una sentencia definitiva, respecto del cual se le atribuye mantener el mismo vicio que contenía el fallo de primer grado.

Acordada con el voto en contra de los abogados (a) integrantes Sr. Vidal y Sra. Ruiz quienes estuvieron por rechazar el recurso de casación en el fondo en base a las siguientes consideraciones:

1.- La interpretación que hace el Tribunal del inciso segundo de artículo 2195 de Código Civil se aleja de la letra del precepto. En efecto, pese a la clara literalidad del precepto, el sentido que se le adjudica requisito “sin previo contrato” no se aviene con dicha literalidad que, siendo clara, por disposición de artículo 19 de Código Civil ha de preferirse, estando vedado al intérprete alejarse de él. Para esta Corte la acción no prosperará si existe cualquier nexo o relación jurídica entre el detentador y el dueño o la cosa, en cambio para estos disidentes no resulta suficiente, sino que se requiere de un título de mera tenencia –sea real o personal– en los términos del artículo 704 del Código Civil que excluya como justificación de la detentación la ignorancia o la mera tolerancia del dueño.

2. Hecha esta precisión, convendrá examinar cuál es la relación jurídica que justificaría la detentación de la cosa y que, en opinión del fallo de mayoría, lleva a descartar el supuesto de hecho del precario del citado inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil. En este caso, el demandado invoca como título la relación de convivencia con la antigua dueña del inmueble que lo habría enajenado a su prima. Entonces, la pregunta que habría que formularse si esa relación de convivencia constituye un título que justifique la mera tenencia, la respuesta, desde luego, es negativa.

El punto es que, a pesar de la relación de convivencia que, como ha quedado dicho, no constituye un título de mera tenencia, la cosa cuya restitución se reclama por medio de esta acción de precario fue enajenada a la prima de la conviviente del demandado. La actual dueña de la cosa es quien reclama su restitución. Siendo así, el vínculo o relación jurídica que invoca el demandado, la



relación de convivencia con la anterior dueña, es completamente ajena a la demandante. No es posible aceptar esta relación jurídica entre el demandado y su conviviente puedan oponerse a la actual propietaria de la cosa, privándole de la acción de precario y, de paso, restringiendo su derecho de dominio.

3. En el presente caso la relación jurídica que se invoca, es decir, la convivencia, es una muestra palpable que el demandado detenta la cosa, sin previo contrato y por ignorancia y mera tolerancia del dueño. Se trata de un claro supuesto de un propietario que **sufre la tenencia** de detentador. En calidad de propietario, al ejercer la acción de precario está haciendo uso de su poder de exclusión – que es de la esencia del derecho de dominio– y al rechazarle la acción, se les está restringiendo sensiblemente su derecho de propiedad garantizado constitucionalmente (artículo 19, N°24 CPRCH).

4. La inoponibilidad del título que invoca el demandado para atajar la acción de precario determina la existencia de una situación fáctica. No hay contrato –o título jurídico–, sí hay ignorancia o mera tolerancia de la demandante. Esta situación fáctica ha de terminar cuando se acaba la ignorancia del dueño y, también, la mera tolerancia, por lo que resulta procedente el ejercicio de su facultad de excluir al precarista.

Regístrese.

Redacción de la ministra Sra. María Soledad Melo L. y la disidencia de sus autores.

**N° 237.002–2023**

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Arturo Prado P., señora María Angélica Repetto G., señora María Soledad Melo L. y los Abogados integrantes señor Álvaro Vidal O. y señora Andrea Ruíz R. No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma la Ministra señor Melo, por estar con permiso.





ELPZXQHCWVJ



En Santiago, a ocho de octubre de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

