

Santiago, siete de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO:

En este procedimiento sumario, tramitado ante el Juzgado de Letras de Tocopilla bajo el rol C-360-2022, caratulado [REDACTED]

[REDACTED] por sentencia de once de julio de dos mil veintitrés se acogió la demanda de precario, condenándose a la parte demandada a restituir la propiedad en la forma que se indica en el fallo, sin costas.

Apelada esta decisión por la parte demandada, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, mediante sentencia de veinte de septiembre de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de este último pronunciamiento, la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:

PRIMERO: Que, la recurrente de nulidad sustancial denuncia que las normas infringidas por fallo son, principalmente, los artículos 1712, 2194 y 2195 del Código Civil y las normas de valoración de la prueba civil, contenidas en los artículos 384 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en especial los artículos 426 y 427 de dicho cuerpo legal, en relación con los artículos 47 y 1712 del Código Civil.

Comienza su recurso, refiriéndose al artículo 2195 inciso segundo del Código Civil, el cual define la acción incoada, para lo cual cita los requisitos de la misma, considerando que el conflicto se circunscribe respecto del último de aquellos, es decir, al hecho de verificarse la tenencia del inmueble por ignorancia o mera tolerancia del dueño, considerando que, en la especie, él posee una justificación para ocupar, la cual está dada por la circunstancia de ser copropietario del inmueble, habiendo siempre sabido la actora -quien es su hermana- que ambos poseían la calidad de copropietarios del bien, el cual heredaron al fallecer sus padres, siendo la propiedad el lugar en el que vivieron las partes, desde que nacieron, es decir, fue su casa familiar, razón por la cual la actora sabía, desde un principio, que el inmueble era habitado por él, al tener un derecho, como copropietario y coheredero, habiendo acompañado un certificado de dominio vigente, que daba cuenta de dicha situación, lo cual es también reconocido en el razonamiento contenido en el considerando décimo tercero del fallo, en el cual se expresa que la actora afirma que su hermano, el demandado, habita el inmueble, *porque hace unos 4 años lo autorizó a vivir con ella*, lo que excluiría la posibilidad de ignorancia o mera tolerancia en la ocupación.

Hace presente, además, que recién en el año 2022, al ser notificado de esta demanda, supo que la actora había regularizado la propiedad ante el Ministerio de



Bienes Nacionales, la cual pertenecía a todos los hermanos, actuación que considera claramente de mala fe, porque al realizar la mencionada gestión administrativa, en el año 2017, él habitaba el inmueble, pese a lo cual su hermana nada le dijo, no cumpliendo ella, entonces, con lo dispuesto en los artículos 5 y 2° del Decreto Ley N°2695, sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, razón por la cual no hubo ignorancia o mera tolerancia en su ocupación, al poseer un título para ocupar.

A continuación cita el considerando decimoquinto del fallo de primer grado, el cual estableció que la ocupación era por mera tolerancia de la actora, sin expresarse el cómo arribó el sentenciador a esa presunción judicial, además del hecho de haberse otorgado mérito al certificado de dominio vigente, aportado por la contraria, que no sería apto para acreditar la autorización que aquella reconoció otorgarle, considerando que existen razones graves y fundadas para presumir que existe entre las partes un vínculo jurídico que justifica la ocupación, con lo que considera infringidos los artículos 1712 y 2195 del Código Civil, además de los artículos 384 N°1 y 426 del Código de Procedimiento Civil, al desobedecerse los supuestos básicos de las probanzas, al no existir una aplicación coherente de los requisitos de gravedad, precisión, concordancia y suficiencia de las presunciones, además de no constatarse la lógica en la ilación de los razonamientos y conclusiones, por lo cual estima que no puede afirmarse que, de la prueba rendida, se pueda concluir que la acción era procedente.

Más adelante se refiere a la confesión de la actora, contenida en la motivación decimotercera del fallo de primer grado y el certificado de dominio vigente, que daría cuenta del hecho de tratarse de una propiedad familiar, que pertenece a una comunidad hereditaria, lo cual implica que existe un vínculo o antecedente que justifica la ocupación, emanado del derecho hereditario que posee el recurrente, lo que suma a la autorización que su hermana y demandante le dio, existiendo un contrato consensual, verbal, a título gratuito, sometido a condición resolutoria, existente entre las partes, citando fallos de esta Corte, en apoyo a su postura.

Respecto al segundo grupo de normas, reguladoras de la prueba, señala haber aportado al proceso un certificado de dominio vigente, que acredita que el bien sub lite pertenece a su padre y hermanos, como una comunidad hereditaria, de lo cual desprende una presunción grave de no existir ignorancia por parte de la actora y que el proceso mediante el cual aquella adquirió, se realizó de mala fe, citando al efecto el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto al valor probatorio del citado documento, autorizado por un notario público, que certificó el hecho antes mencionado, de lo cual desprende, además, una infracción al artículo



47 del Código Civil que, según la jurisprudencia, consiste en un razonamiento que, partiendo de un hecho conocido, proporciona certeza sobre el hecho desconocido, debido a una relación lógica existente entre ambos, como ocurriría en autos.

Por todo lo expresado, solicita que se acoja el recurso, se anule el fallo recurrido y se dicte una sentencia de reemplazo, que revoque la sentencia apelada y rechace la demanda incoada.

SEGUNDO: Que, para un acertado examen de las alegaciones que postula el recurrente, resulta útil consignar las siguientes actuaciones del proceso:

a) El 23 de septiembre de 2022, doña [REDACTED] demandó de precario a don [REDACTED] en la ocupación del inmueble de su propiedad, ubicado en pasaje [REDACTED] inscrito a [REDACTED] del Conservador de Bienes Raíces de Tocopilla, el que adquirió a través del saneamiento de la pequeña propiedad raíz.

Expresa que el demandado es su hermano y que ella lo autorizó a que vivieran juntos, en su propiedad, hace unos cuatro años, pero que él comenzó a subarrendar algunas piezas de la casa, cosa con la que ella no está de acuerdo, haciendo presente además que ahora aquél tiene una conviviente que está todo el tiempo en la casa, lo que ha llevado a que su hermano la ha violentado verbalmente, razón por la que interpondrá una denuncia por violencia intrafamiliar, pero que, además de aquello, pide que haga desalojo de la casa, puesto que: “...*revoco mi autorización para que él viva conmigo*” (sic) al considerar que no está en edad de pasar rabias y malos ratos, razones todas por las cuales pide que se le condene a devolverle el predio, con costas, en caso de oposición;

b) Emplazado el demandado, concurrió a la audiencia de estilo y contestó la demanda por escrito, solicitando su rechazo, al detentar también la calidad de dueño del inmueble, puesto que quien figura como propietario es el abuelo de las partes, don [REDACTED] y, como aquel y sus hijos fallecieron, lo que correspondía era pedir la posesión efectiva para los herederos y un posterior juicio de partición, pero no iniciar un trámite de regularización de la pequeña propiedad raíz, puesto que aquel procedimiento tendría otro fundamento y otro objetivo, no siendo, en ningún caso, el eludir o derechamente mentir sobre los verdaderos propietarios del bien.

Hace presente que la actora presentó en sede administrativa antecedentes registrales antiguos, del año 1949 y no la inscripción vigente, de la época en la que se creó el Conservador de Bienes Raíces en Tocopilla y se inscribió allí la propiedad, en el año 2014, anunciando que iniciará acciones civiles y penales, para esclarecer la situación;



c) La sentencia de primer grado de fecha 11 de julio de 2023, rectificada el día 17 de julio del mismo año, acogió la demanda, decisión que fue confirmada en alzada, al apelar el demandado.

d) En contra de la decisión confirmatoria de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la parte demandada interpuso el recurso de casación en el fondo.

TERCERO: Que, la resolución recurrida confirmó pura y simplemente la sentencia de primer grado.

Por su parte, para arribar a la decisión de acoger la demanda de precario, el tribunal *a quo* reflexionó, en las motivaciones sexta a octava, acerca de la institución del comodato y el comodato precario. Luego, en la consideración novena, se refirió a los requisitos de la acción materia de proceso y concluyó, en el siguiente razonamiento, que la actora es la dueña del bien materia del proceso, el cual adquirió en el año 2017, lo cual fue ratificado por el demandado y el testigo presentado por la actora, quedando entonces, reducida la controversia, al hecho de determinar si el título alegado por el demandado, de ser un coheredero, le es oponible a la demandante.

Más adelante, el juez a quo hace referencia a la doble inscripción de dominio que existe respecto del inmueble sub lite, pero finalmente establece que la demandante regularizó aquel bien y lo inscribió a su nombre, estimando que ha transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 16 del Decreto Ley N°2965 (mal citado como 2195), para oponerse.

Por lo anterior, al establecerse el dominio, por parte de la actora y que el demandado ocupa “por mera tolerancia”, sin que exista ningún título o contrato que lo habilite para ejercer esa ocupación, estimó concurrentes los requisitos de la acción e hizo lugar a ella.

CUARTO: Que, expuestos los antecedentes del proceso y las alegaciones de la recurrente de casación, se observa que la controversia jurídica radica en determinar si los hechos asentados en la causa 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 o si, por el contrario, la defensa enarbolada por la demandada da cuenta de un antecedente jurídico suficiente, para enervar la acción deducida.

QUINTO: Que, para emprender el análisis propuesto, conviene tener presente que el artículo 2195 del Código Civil es del siguiente tenor: “*Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.*”



Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.”

SEXTO: Que, conforme al precepto antes transcrito, constituye precario el goce gratuito de una cosa ajena, no amparado en un título que le sirva de fundamento y explicable solo por la ignorancia o mera tolerancia de su dueño, situación en la cual el propietario de la cosa tenida por una tercera persona puede recuperarla en cualquier momento, ejerciendo la acción correspondiente.

SÉPTIMO: Que, así las cosas, para que exista precario es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: a) que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; b) que el demandado ocupe ese bien; y c) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

OCTAVO: Que, en el caso que se trae a conocimiento de esta Corte, la discrepancia jurídica surge en torno al tercer elemento reseñado precedentemente, pues no existe controversia sobre el dominio de la actora sobre el inmueble, ello pese a la existencia de dos inscripciones vigentes sobre el bien materia del proceso, irregularidad que deberá ser corregida en el proceso y en la sede que corresponda, de ejercerse por los interesados acciones a su respecto.

Tampoco se ha discutido la ocupación, por parte del demandado.

El punto por dilucidar entonces se circunscribe a determinar si, a la luz de los hechos de la causa, existe un título que justifique la ocupación de la demandada.

NOVENO: Que, sobre la materia, esta Corte 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.

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 aquel y la cosa misma. (Corte Suprema, rol N° 11.143-20, considerando octavo)

DÉCIMO: Que, volviendo al caso que nos ocupa, y muy particularmente, al título que invoca el demandado como justificación de la tenencia, cabe recordar que éste consiste en el hecho de ser, el anterior dueño del inmueble, el abuelo de las partes, a lo que suma la afirmación de la propia demandante, de haberlo autorizado a vivir con ella en la propiedad, de lo cual se concluye que existe un título previo, que le permitía usar al demandado.

UNDÉCIMO: Que, en las condiciones antes anotadas, la situación descrita no se conforma con la hipótesis de ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa la cosa y su dueño; muy por el contrario, la tenencia del inmueble se justifica en las relaciones de familia ya referidas -que han sido expresamente reconocidas por la actora-, lo cual da cuenta de un vínculo jurídico entre el ocupante y la cosa objeto de la ocupación, lo cual se contrapone a una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada y denota una situación que debe ser solucionada a través de las acciones específicas para ello y no por medio de una demanda de precario, que no resulta ser la vía idónea para resolver el conflicto, en tanto el sustrato fáctico descrito no resulta subsumible en los presupuestos de hecho del precario.

DUODÉCIMO: Que lo razonado pone de manifiesto el desacierto en que incurrieron los juzgadores, al desatender la situación fáctica planteada en el proceso, transgrediendo así 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.

DÉCIMO TERCERO: Que, en virtud de lo expuesto, el recurso de casación sustantiva será acogido.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo, deducido por el abogado don Clark Andrés Contreras Collao, en representación de la parte demandada, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con veinte de septiembre de dos mil veintitrés, la que se invalida y se la reemplaza por aquella que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.



Acordado con el **voto en contra** del abogado integrante señor Álvaro Vidal Olivares, quien fue del parecer de rechazar el recurso interpuesto, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- Para la resolución de un caso como el que es objeto de este recurso de casación en el fondo, en opinión de este disidente, existen distintos argumentos que convergen para acoger la acción de precario y, por lo mismo, para rechazar la nulidad solicitada por el recurrente.

2.- Como una cuestión preliminar, este disidente ha de advertir que no comparte una interpretación del inciso segundo de artículo 2195 de Código Civil como que sostiene el fallo de mayoría. En efecto, pese a la claridad de literalidad de precepto, el sentido que está Corte adjudica a la expresión “sin previo contrato”, correspondiente al requisito determinante para el rechazo de la acción, no se aviene con la letra del citado precepto legal, en circunstancias que, según el artículo 19 del Código Civil, cuando el sentido de la letra es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. A lo sumo, entiende este abogado integrante, podría reemplazarse por “*sin previo título o antecedente jurídico*” justificativo de la mera detentación de la cosa por parte de demandado de precario. Lo cierto es que no resulta suficiente cualquiera relación entre el dueño y detentador material demandado de precario. Se requiere de un título de mera tenencia que, conforme el artículo 704 del Código Civil, sea real o personal. Por lo mismo, para calibrar la procedencia de la acción de precario debe existir esta clase de título, cualquiera sea su tipo.

3.- Hecha esta precisión, convendrá examinar cuál es el título que alega el demandado para justificar la detentación del inmueble y que permitiría descartar el cumplimiento del supuesto de hecho del citado inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil. El título principal que invoca el demandado y que fundamenta sus demás alegaciones, es la existencia de una relación de familia con el anterior dueño de inmueble.

4.- En este caso, en opinión de este disidente, no se trata de un título idóneo para justificar la “detentación del inmueble por parte del demandado y menos para dar por constituida una relación jurídica idónea para derrotar la procedencia de la acción del inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil.

5.- La pregunta que plantea un caso como este es la siguiente; de aceptar un criterio como el expuesto ¿puede considerarse como título justificativo suficiente de la tenencia uno como el que invoca el demandado –la relación de familia que identifica la sentencia como título suficiente para excluir la procedencia de la acción? La respuesta es que no. De ser las cosas de esta forma, no puede aceptarse que



una relación de familia sea oponible al actual dueño, privándoles de la acción de precario y, de paso, restringiendo su derecho de dominio.

6.- En la doctrina, De la Maza examina la cuestión del matrimonio como justificación para rechazar la acción de precario y considera la de tercero adquirente. Expresa en su trabajo que: *“El punto, sin embargo, es que quien ejerce la acción no es el marido, sino un tercero. Para que el matrimonio obstaculizara la acción de precario tendría que ser el caso que el inciso 2° del artículo 2195 modifica las normas del dominio y del matrimonio a este respecto, cuestión que no resulta plausible”*. (De la Maza Gazmuri, Iñigo, El matrimonio como defensa frente a la acción de precario, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 52 (julio - diciembre) 2022, p. 39). En un sentido similar, en un voto de minoría, [REDACTED] expresa que: *“(…) estuvo por rechazar el recurso, pues el hecho de que la ocupante haya ingresado a la propiedad en razón de un vínculo matrimonial con el precedente propietario no enerva la acción de precario. Esto en razón que el único motivo por la cual la demandada reside en esa propiedad es la mera tolerancia de las actuales propietarias, a quienes resulta inoponible la relación marital de la ocupante en términos que debía entenderse que detentaría un contrato previo”*. (Corte Suprema, 6 de julio de 2017, Rol N° 35215-2016).

7.- De lo expresado y de los materiales expuestos, se estima que, si se ha rechazado la relación matrimonial como título suficiente para justificar la detentación material, con mayor razón no puede aceptarse la sola relación de familia como un título que excluya la acción de precario.

Siendo así las cosas, la relación de familia que se invoca indica de mejor manera que el demandado detenta la cosa, sin previo contrato y, por lo mismo, ella sólo se explica por la ignorancia y mera tolerancia del dueño, siendo procedente, por lo mismo, la acción de precario.

8.- Los hechos de la causa describen un claro caso de un propietario que sufre la tenencia de detentador. No obstante que en su calidad de propietario ejercen la acción de precario, esta es rechazada, privándole de un atributo esencial del dominio que es el poder de exclusión de que es titular todo dueño, restringiendo, injustificadamente, el derecho de propiedad que, como es sabido, se encuentra garantizado constitucionalmente (artículo 19, N°24 CPRCH).

9.- La inexistencia de un título como el invocado por el demandado para atajar la acción de precario determina una situación fáctica. No hay contrato –o título jurídico idóneo–, sí hay ignorancia o mera tolerancia de los demandantes. Y está situación fáctica ha de terminar cuando se acaba la ignorancia del dueño, y también,



la mera tolerancia, siendo procedente el ejercicio de la facultad de excluir al precarista, acción que, por lo mismo, debe ser acogida.

10.- Por estas consideraciones, especialmente por aquello desarrollado en los numerales que anteceden, este abogado integrante estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de alzada recurrida.

Regístrese.

Redacción a cargo del ministro señor Prado Puga y el voto en contra, de su autor.

N°235.572-2023.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Arturo Prado P, señor Mauricio Silva C., Fiscal Judicial (S) señor Jorge Sáez M. y los Abogados integrantes señores Álvaro Vidal O. y señor Raúl Patricio Fuentes M.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firman los Ministros señores Prado y Silva, por estar en comisión de servicio.



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

