

Arica, veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y SE TIENE ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que, doña Sandra Negretti Castro, por la parte demandante, dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de autos, sosteniendo que en el considerando decimotercero el tribunal concluyó: *“Que, sobre la base del sustrato fáctico y jurídico establecido en los motivos precedentes, es posible concluir que la tenencia del inmueble por parte de la demandada, no se debió a la mera tolerancia del actor, puesto que dicha propiedad, ha sido la vivienda de la demandada y de sus hijos desde a lo menos, el año 2010 y su ocupación o tenencia, proviene de la convivencia entre ella y el demandante y de los hijos comunes de ambos y por tanto, no puede configurar un acto insignificante ni transitorio, sino que por el contrario, es claramente un acto continuo, público y excluyente que deriva de la referida convivencia y de la circunstancia de existir hijos menores que habitan también en ese lugar y que por tanto, descartan un acto de mera condescendencia del titular o demandante y en definitiva el requisito de la mera tolerancia”*. Y, agrega el sentenciador en el considerando Décimo Quinto: *“Que, establecida la inconcurrencia del requisito de la mera tolerancia y probado por la demandada que su ocupación proviene de la convivencia con el actor y de la circunstancia de que en el inmueble también habitan los hijos comunes de la ex pareja y que, dicha ocupación no puede, bajo los supuestos de hecho establecidos y de las normas jurisprudenciales, legales, constitucionales e internacionales traídas a colación, ser entendido como una ocupación meramente tolerada por el demandante, la demanda intentada debe ser rechazada, sin que obste para ello, la restante prueba, la que relacionada con los hechos, como por ejemplo la transacción judicial y la testimonial del demandante, a juicio del tribunal, no aportan antecedentes relevantes para alterar lo razonado y lo que en definitiva se resolverá”*.

La recurrente sostiene que se acreditó en estos autos que el actor, don Marcelo Alejandro Alvarado Ortega, es dueño del inmueble correspondiente a Higuera 1-A de una superficie de 5.026 metros 2, Parcela N° 10 del Proyecto de Parcelación Campo Verde, encontrándose inscrito el dominio a fojas 5.720 N° 3238 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Arica correspondiente al año 2001. Asimismo, se acreditó que la demandada, doña Mónica Judith Norambuena Plaza, ocupa desde el año 2010 el inmueble ad litem, junto con dos hijos menores de edad, nacido fruto de una convivencia que existió entre las partes y que se prolongó hasta el año 2015. También se acreditó que no



existe contrato entre las partes referido a la ocupación del inmueble, por cuanto la transacción celebrada entre demandante y demandado dicen relación con el derecho de alimentos, relación directa y regular y cuidado personal de los menores habidos durante la convivencia.

Argumenta que la demandada introdujo prueba documental, consistente en informe pericial socioeconómico de fecha 22 de diciembre de 2018 y el certificado médico extendido por la Dra. Paula Huber; cuya objeción fue desestimada por el sentenciador en el considerando **PRIMERO** del fallo; ello, a pesar de que su contenido no guardaba en absoluto relación con los hechos controvertidos. En efecto, al respecto razonó en el considerando **TERCERO**: *“Que, tratándose las objeciones deducidas de apreciaciones subjetivas respecto del contenido y forma de los documentos objetados, y atendido a que el examen y calificación del valor probatorio de los instrumentos aportados corresponde a una prerrogativa del tribunal, la objeción documental deducida será rechazada.”* Es el caso que ambos documentos fueron medios probatorios en un proceso seguido ante el Juzgado de Familia de Arica, pero no son instrumentos públicos, en consecuencia para su abono y certificación de autenticidad, se hacía necesario que se hayan ratificado para rechazar la objeción y menos aún considerarlos como válida y bastante prueba.

Al pronunciarse el sentenciador respecto del fondo del asunto, lo hace contrario al mérito de la prueba y contra el tenor del inciso segundo del art. 2195 del Código Civil.

El goce gratuito de una cosa ajena, no amparado en un título que le sirva de fundamento y explicable sólo por la ignorancia o mera tolerancia de su dueño, constituye la situación de precario prevista en el citado artículo 2195 inciso 2° del Código Civil que dispone: "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

De lo preceptuado en esta norma es dable determinar que el propietario de la cosa detentada por una tercera persona puede recuperarla en cualquier momento, ejerciendo la acción correspondiente.

La disposición sustantiva en referencia, pone de manifiesto que un elemento inherente del precario constituye una mera situación de hecho, la total ausencia de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado, carencia de nexo jurídico que justifica la acción de precario, toda vez que lo pedido a través de ella es la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz.

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.

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. En consecuencia, una vez que el demandante ha satisfecho adecuadamente la carga probatoria que pesa sobre él, corresponde al demandado demostrar que la ocupación se justifica en un título y no en la ignorancia o mera tolerancia de los dueños.

En este sentido, resulta pertinente tener en especial consideración las palabras de que, sobre este punto, se sirve la ley en la disposición transcrita precedentemente. Señala el precepto, en lo que interesa, que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato. Por su parte, la expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si bien este es el concepto legal, la expresión que utiliza el inciso 2º del artículo 2195 citado se ha entendido en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aun cuando no sea de origen convencional o contractual y que ese título resulte oponible al propietario, de forma que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que puede eventualmente no tener sobre aquélla ese derecho real.

En razón de lo anterior, el título que justifica la tenencia no necesariamente deberá provenir del propietario, sino que lo relevante radicará en que el derecho que emana del referido título o contrato y que legitima esa tenencia de la cosa puede ejercerse respecto del propietario, sea que él o sus antecesores contrajeron la obligación de respetarla -si el derecho del tenedor u ocupante es de naturaleza personal- bien sea porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona, si se trata de un derecho real.

De lo acotado se aprecia, que un presupuesto de la esencia del precario lo constituye la absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el propietario y el detentador de la cosa, esto es, 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 apoyo en la



ausencia total de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma;

En el caso de autos la parte demandada contestó la demanda y reconoció ocupar el inmueble sin previo contrato, verificándose el supuesto que el legislador exige y, por otra parte, se acreditó asimismo que esta ocupación ha sido por “mera tolerancia” o permisividad del demandante.

Las citas que hace el sentenciador a las obligaciones del actor como alimentante, tanto de rango Constitucional como a tratados Internacionales, en cuanto a proveer, entre otros, a los derechos de habitación de los menores, no constituye argumento para justificar la permanencia en la ocupación del inmueble por parte de la demandada, ello, por cuanto los deberes de proveer de las necesidades de alimentos de sus hijos menores alimentario, están reguladas y sentenciadas, según lo reconoce la propia demandada al contestar la demanda y corresponden a los autos RIT C-2121-2018 del Juzgado de Familia de Arica.

Que, los antecedentes incorporados en el juicio, dejando de manifiesto que el actor es dueño; la demandada, sin celebrar contrato alguno con el demandante, ocupa el inmueble de autos y, que el actor ha tolerado esta ocupación.

La circunstancia de haber convivido las partes y de haber ocupado el inmueble como una familia, hasta el año 2015, no hace nacer un contrato, todavía más, porque el contrato, bajo las normas del Código Civil, no se presume, sino que debe acreditarse, y a la época, la demandada no ha iniciado gestión judicial alguna tendiente a acreditar judicialmente la existencia de algún cuasicontrato de comunidad.

Pide, en definitiva, se revoque la sentencia apelada, acogiendo la objeción de documentos deducida por su parte y acoja asimismo, en todas sus partes, la demanda interpuesta de precario en contra de doña Mónica Judith Norambuena Plaza, y ordene la restitución del inmueble a su representado, con costas.

SEGUNDO: Que efectivamente, como resolvió el juez a quo, la objeción documentaria planteada por la recurrente, no se funda en causas legales, sino que se refiere al mérito probatorio del mismo, cuya valoración corresponde al juez, por lo que no se advierte error alguno que enmendar, y a mayor abundamiento, como medida para mejor resolver, se tuvo a la vista la causa RIT C-2121-2018 del Juzgado de Familia de Arica, de la que consta que el informe pericial acompañado en este proceso, es el mismo evacuado en la referida causa , seguida entre las mismas partes, por demanda de rebaja de pensión de alimentos impetrada por el mismo actor de la presente.

TERCERO: Que la recurrente, de manera insistente, planteó la inexistencia de un contrato entre actor y demandada, que justifique la permanencia de la última



en el inmueble que ocupa, señalando además que las citas que hace el sentenciador a las obligaciones del actor como alimentante, tanto de rango Constitucional como a tratados Internacionales, en cuanto a proveer, entre otros, a los derechos de habitación de los menores, no constituye argumento para justificar la permanencia en la ocupación del inmueble por parte de la demandada, ello, por cuanto los deberes de proveer de las necesidades de alimentos de sus hijos menores alimentario, están reguladas y sentenciadas, según lo reconoce la propia demandada al contestar la demanda y corresponden a los autos RIT C-2121-2018 del Juzgado de Familia de Arica, que fue traída a la vista.

CUARTO: Que como ya se dijo, traída a la vista la citada causa RIT C-2121-2018 del Juzgado de Familia de Arica, consta de la misma, que para obtener la rebaja de la pensión alimenticia acordada mediante la transacción extrajudicial celebrada entre demandante y la demanda de estos autos, de fecha 11 de febrero de 2016, ante el Notario Público de Arica don Armando Sánchez Risi, y aprobada por resolución del Juzgado de Familia de Arica en los autos RIT T-53-2016, entre sus argumentos, el actor planteó que era del caso *“que mientras se acordó la transacción y durante el periodo que la demanda se estableciera con los niños y regularizara la situación de su departamento, permanecería viviendo en la propiedad donde actualmente reside con mis hijos y que corresponde a la parcela 10 B, calle Vilca s/n Valle de Azapa, km. 1 ½”*, constando a su vez de la sentencia dictada en tal proceso con fecha 7 de enero de 2019, que dicho argumento fue desestimado, como se lee en el párrafo octavo del considerando séptimo de la misma: “Al efecto he precisar que el argumento de que el monto de la pensión alimenticia acordada en el año 2016 implicaba que la demandada se establecería con los niños en otro inmueble, no fue probado de ninguna forma, el contrato de transacción celebrado aquel año nada estipula aquel al efecto, tampoco lo hace otro medio probatorio incorporado a más del informe pericial que en ese punto sólo recoge el discurso del actor”, sentencia que fue apelada, no siendo modificado dicho raciocinio, quedando regulada en definitiva la pensión alimenticia a la suma de \$ 1.100.000., conforme la sentencia de segundo grado de fecha 25 de febrero de 2019.

QUINTO: Que nuestra Constitución Política de la República, establece en su Capítulo I las BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD, disponiendo en su Artículo 1°.- “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

De otra parte, la Convención Sobre los Derechos del Niño establece en el Artículo 3, en su numeral 1 “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, **los tribunales**, las



FYWNXLNKJ

autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**”, y en su numeral 2.- “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, **teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres**, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

A su turno, el artículo 222 del código Civil establece que “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Finalmente, el artículo 230 del mismo código, establece que los gastos de crianza y establecimiento de los menores serán de cargo de los padres y el artículo 231 del citado texto se refiere a los gastos de establecimiento, diferenciándolos de los de crianza y educación, por lo que claramente se refiere al gasto en habitación.

De este modo, y conforme a las normas transcritas, al decidir el asunto, no resulta posible prescindir de la consideración que precisamente el acceder a la demanda implica dejar a los menores sin el hogar que hasta ahora ocupan, y que ya ocupaban desde mucho antes de establecerse la pensión alimenticia en su favor, tanto mediante la transacción extrajudicial como en su rebaja, dejándolos desprovistos del inmueble -hogar- en que realizan su vida familiar, habida consideración además, que en el informe pericial socioeconómico acompañado en copia, y cuyo original consta en la causa RIT C-2121-2018 del Juzgado de Familia de Arica, que se tuvo a la vista, al referirse al detalle de los gastos de los menores, no existe ítem alguno por concepto de habitación, y que por otro lado, al celebrar la transacción de extrajudicial entre demandante y la demandada, de fecha 11 de febrero de 2016, ya referida, figuraba como domicilio de la demandada precisamente el inmueble objeto de la demanda de precario, y así como también establecen en su cláusula Tercera que el cuidado personal de los dos hijos menores en común será ejercido por la madre -la demandada- por lo que bajo ningún concepto puede estimarse que la demandada ocupa el inmueble por mera tolerancia del actor, pues la ocupación de la demandada junto a los hijos en común habidos con el demandante, si bien no encuentra amparo en un contrato, bien se justifica en el conjunto de normas citadas en forma previa, lo que impide considerar que la ocupación del inmueble por la demandada se justifique en la mera tolerancia o ignorancia del dueño.



Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 186 y 187 del Código de Procedimiento Civil, **SE CONFIRMA**, la sentencia apelada, de veintiuno de junio de dos mil diecinueve, pronunciada en la causa Rol C-2609-2018 del Segundo Juzgado de Letras de esta ciudad.

Redacción del Ministro Titular don Marco Flores Leyton.

No firma el Ministro Sr. Flores Leyton, quien no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, se encuentra haciendo uso de permiso del artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, notifíquese y comuníquese vía interconexión.

Rol N° 333-2019 Civil.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Arica integrada por Ministro Presidente Marcelo Eduardo Urzua P. y Abogado Integrante Mario Ivar Palma S. Arica, veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve.

En Arica, a veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve, 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> o en la tramitación de la causa.
A contar del 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>