

Santiago, tres de noviembre de dos mil veinte.

**VISTO Y TENIENDO PRESENTE:**

**Primero:** Que en este procedimiento sobre precario tramitado digitalmente y en forma sumaria ante el Segundo Juzgado de Letras de Arica bajo el rol C-2609-2018, caratulado “Alvarado con Norambuena”, se ha ordenado dar cuenta de la admisibilidad del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de esa ciudad, de fecha veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve, que confirmó el fallo de primer grado pronunciado el veintiuno de junio del mismo año, por el cual se rechazó la demanda.

**Segundo:** Que la recurrente de nulidad sustancial sostiene que la sentencia impugnada fue dictada con infracción al artículo 2195 del Código Civil al rechazar la demanda pese a que la tenencia del inmueble por parte de la demandada se debe a la mera tolerancia de su dueño. Explica, en síntesis, que los litigantes mantuvieron una relación de convivencia durante cinco años, siendo el actor el padre de dos de los tres hijos que tiene la demandada, quienes ocupan la propiedad en virtud de un pacto transaccional suscrito ante el juzgado de familia y en virtud del cual se acordó que aquella y los hijos menores vivirían en el inmueble hasta que la demandada se estableciera y regularizara la situación de un departamento por el que recibe una renta de arrendamiento. Agrega que el fallo en examen incurre en un grave error de interpretación al rechazar la demanda de precario pese a que existe mera tolerancia del dueño que lo habilita para solicitar la desocupación del inmueble por parte de sus actuales moradores. Finaliza solicitando que se anule la sentencia cuestionada y se dicte la de reemplazo que revoque el fallo apelado y acoja la acción de precario ordenando la restitución inmediata del inmueble.



**Tercero:** Que la sentencia estableció como hechos de la causa, en lo que interesa al recurso, los siguientes:

- a) el demandante es poseedor inscrito del inmueble que reclama;
- b) la demandada ocupa el inmueble junto a sus tres hijos, siendo dos de ellos fruto de la relación afectiva que sostuvo con el actor, los que tienen –a la fecha de la sentencia de primer grado- 7 y 9 años, respectivamente;
- c) por medio de transacción extrajudicial de 11 de febrero de 2016, aprobada por el Juzgado de Familia de Arica, se reguló una pensión alimenticia de \$1.100.000 sin que se incluyera entre los gastos de los menores ningún ítem por concepto de habitación;
- d) a la fecha de la transacción antes referida la demandada y sus hijos ya vivían en el inmueble cuya restitución se pretende.

**Tercero:** Que, sobre la base de los hechos reseñados, la sentencia impugnada concluyó que, en la especie, no concurren los presupuestos establecidos en el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil, para acoger la acción de precario. Para resolver en la forma referida estimó que la ocupación del inmueble por parte de la demandada y sus hijos menores de edad, proviene de la relación de convivencia entre las partes, lo que descarta un acto de mera condescendencia del dueño. Unido a lo anterior consideró que, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 222, 230 y 231 del Código Civil, la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, siendo responsables de los gastos de crianza, educación y establecimiento.

**Cuarto:** Que 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 artículo 2195 inciso 2º 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 establecer que el propietario de la cosa tenida por una tercera persona puede recuperarla en cualquier momento, ejerciendo la acción correspondiente, con arreglo al procedimiento sumario, según el artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil.

**Quinto:** Que, con estricto apego a la referida norma y de acuerdo a la reiterada jurisprudencia sobre la materia, 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.

**Sexto:** Que, en el caso de autos, la judicatura de la instancia estableció como hechos de la causa que el demandante es dueño del inmueble materia del litigio, y que la demandada lo ocupa. En virtud de lo anterior, deben tenerse por probados, por quien legalmente tenía la carga de hacerlo, los dos primeros presupuestos de procedencia de la acción deducida. Igualmente, determinaron que la demandada convivió con el actor y que fruto de esa convivencia nacieron dos hijos, los que siendo actualmente menores de edad, viven con su madre en el inmueble objeto de la acción.

**Séptimo:** Que, en el presente caso, la controversia se centró en determinar si el tercer supuesto referido en el motivo quinto que precede concurre o no. Entonces, corresponde dilucidar si la sentencia impugnada aplicó correctamente el derecho al concluir que la demandada sí cuenta con título que justifique su ocupación.

En este sentido, resulta pertinente tener en especial consideración las palabras de las que, sobre este punto, se sirve la ley en la disposición



transcrita precedentemente, pues, en lo que interesa, señala 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.

**Octavo:** Que de lo dicho aparece, como se adelantó, que un presupuesto de la esencia del precario lo constituye la absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el propietario y el ocupante 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 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.

**Noveno:** Que, en el caso de autos, el título que se tuvo por suficiente por la magistratura de la instancia para justificar la tenencia del inmueble por parte de la demandada, corresponde a la relación de convivencia que mantuvo con el actor, de la que nacieron dos hijos que viven en el inmueble.

**Décimo:** Que como se ha indicado frecuentemente por esta Corte, 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. Por lo señalado, se debe entender que cuando el inciso 2º 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, la expresión que se destaca está aludiendo a la ausencia de un título que justifique la tenencia, no a la existencia de una convención celebrada entre las partes. Entonces, si es un hecho pacífico que la demandada ocupa el inmueble, junto a los hijos del actor, en virtud de su relación de convivencia con éste, la situación descrita se opone a la mera tolerancia pasiva a la entrada de la demandada en ese inmueble.

**Undécimo:** Que en mérito de lo expuesto no es posible anotar la infracción denunciada y el recurso de casación no puede prosperar por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 772 y 782 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto por la abogada Sandra Negretti Castro, en representación de la parte demandante, contra la sentencia de veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve.

Regístrese y devuélvase por interconexión.

Nº 1501-2020

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sra. Rosa María Maggi D., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Juan Fuentes B., Sr. Arturo Prado P. y Sr. Jorge Zepeda A.

No firman los Ministros Sra. Egnem y Sr. Fuentes no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ambos en comisión de servicio.





null

En Santiago, a tres de noviembre de dos mil veinte, se incluyó en 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. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

