

Santiago, seis de junio de dos mil veintidós.

**Visto:**

Ante el Primer Juzgado de Letras de Rengo, en autos Rol N° 2286-2017, por sentencia de nueve de enero de dos mil veinte, se rechazó la demanda de precario interpuesta por Braulio Ricardo, Luz de Las Mercedes y Elena Eugenia, todos de apellido Cabello Ortiz, en contra de Sara Verónica Cornejo Moya.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, conociendo del recurso de apelación interpuesto por los actores, por resolución de catorce de mayo de dos mil veintiuno, lo revocó y declaró, en su lugar, que se acoge la demanda, por lo que, en consecuencia, se ordena la restitución por parte de la demandada, del inmueble ubicado en callejón El Sauce N° 86, sector de Caracoles, comuna de Malloa, inscrito a fojas 2996 vuelta N° 3323 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Rengo del año 2015, dentro de tercero día de ejecutoriada dicha sentencia, bajo apercibimiento de ser lanzada, junto a todos los demás ocupantes, con auxilio de la fuerza pública, sin costas, por estimar que tuvo motivos plausibles para litigar.

En contra de esta última decisión, la parte perdedora dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron estos autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que la recurrente fundamenta su recurso sosteniendo que el tribunal ad quem, al revocar la sentencia de primer grado que rechazó la demanda, y declarar, en su lugar, que esta se acoge, infringió lo dispuesto en el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil. Indica que la sentencia recurrida estimó, erróneamente, que el contrato de comodato existente entre su parte y el anterior dueño de la propiedad no es un contrato o título legítimo para que su parte ocupe el inmueble en cuestión, calificación que estima jurídicamente equivocada y controvierte abiertamente la norma mencionada.



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

a) Que los demandantes Luz de Las Mercedes, Elena Eugenia y Braulio Ricardo, todos de apellido Cabello Ortiz, son dueños de la propiedad ubicada en callejón El Sauce N° 86, sector de Caracoles, comuna de Malloa, cuya inscripción es de fojas 2996 vuelta N° 3323 del Registro de Propiedad año 2015 del Conservador de Bienes Raíces de Rengo.

b) El dominio de la propiedad antes indicada lo adquirieron a través del D.L. 2695, en virtud del cual se ha reconocido la calidad de poseedora regular de dicha parte.

c) La demandada Sara Verónica Cornejo Moya, reconoce estar ocupando el inmueble de propiedad de los actores.

d) La demandada Sara Verónica Cornejo Moya suscribió un contrato de comodato gratuito con Julio César Araya Arias con fecha 28 de Julio de 2004, respecto de la propiedad ubicada en pasaje El Sauce N° 75, caracoles, Malloa.

e) El saneamiento del inmueble de los demandantes es parte de la propiedad señalada en el literal precedente.

**Tercero:** Que, sobre la base de los hechos reseñados, los sentenciadores concluyeron que, en la especie, concurren los presupuestos establecidos en el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil para acoger la acción de precario, puesto que, la demandada ocupa la propiedad cuya restitución se solicita por mera tolerancia de los actores. Para resolver en la forma referida, estimaron que el contrato de comodato celebrado entre la demandada y Julio César Araya Arias constituye un título jurídico que resulta inoponible a los demandantes, pues fue celebrado con un tercero que actualmente no detenta derechos sobre el bien inmueble de su propiedad.

**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 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 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, ahora bien, la figura *sui géneris* referida consagra una simple situación de hecho, en virtud de la cual una persona sin autorización de su dueño, por mera tolerancia de aquél o ignorancia, y sin título alguno que lo justifique, tiene en su poder una cosa ajena determinada. Luego, salta a la vista que no se desarrolla, necesariamente, en un contexto contractual, desde que la tenencia material que lo configura está desprovista de vínculo jurídico con el dueño de la cosa, se sustenta únicamente en la ignorancia o mera tolerancia. Se trata entonces, de 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 C.S., T. 60, secc. 1ª, pág. 343).

**Séptimo:** Que la carga de la prueba de las dos primeras exigencias corresponde siempre al actor, pero una vez que acredita que es propietario del bien y que es ocupado por el demandado, es sobre éste en quien recae el peso de comprobar que la ocupación está justificada por un título o contrato y que, por lo mismo, no obedece a ignorancia o a mera tolerancia.



**Octavo:** Que, en el caso de autos, los jueces de la instancia establecieron como hechos de la causa que los demandantes son dueños 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. Luego, y en lo relativo al tercer requisito de la acción, determinaron que la demandada no acreditó que esa ocupación estaba justificada por un título o contrato y que, por lo tanto, se debía a la mera tolerancia del actor.

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

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.

**Décimo:** Que de lo dicho aparece, como se adelantó, 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.

**Undécimo:** Que, en el caso de autos, el título que se ha alegado como suficiente por la demandada para justificar la tenencia que hace del predio en cuestión, corresponde a un contrato de comodato gratuito celebrado con fecha 28 de julio de 2004 por aquella y Julio César Araya Arias, quien sería el anterior propietario del inmueble de autos.

**Duodécimo:** Que, empero, este título no reúne las características a que se ha hecho mención, por cuanto, en primer lugar, es un documento privado en el que solo consta la supuesta firma de doña Sara Cornejo Moya y una huella dactilar que, aparentemente, correspondería a la de don Julio César Araya Arias y, en segundo lugar, porque el ordenamiento jurídico no le reconoce la virtud de vincular al tenedor con el propietario ni con el predio, de forma tal de situar a su dueño en posición de tener que respetar esa tenencia, atendido que al no haber sido celebrado por éste, no se encuentra en la obligación de respetarlo. Dicho de otro modo, el título esgrimido no resulta oponible a los demandantes dueños inscritos del inmueble, esto es, no les empece, de manera que no se encuentran en el imperativo de tolerar la ocupación y, por ello, la ley los ampara en su derecho a rescatar la tenencia de la propiedad, a fin de ejercer en forma plena los atributos que reconoce al dominio.

**Décimo Tercero:** Que, conforme a lo razonado, se hace evidente que los jueces recurridos no incurrieron en el error de derecho denunciado, al haber acogido la demanda de precario por estimar que la demandada ocupa la propiedad por mera tolerancia de los actores, por lo que este arbitrio no podrá prosperar y deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones y lo preceptuado en los artículos 765, 766, 767 y 768 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de



casación en el fondo deducido por la abogada Aída Ignacia Guarda Canales, en representación de la parte demandada, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de catorce de mayo de dos mil veintiuno.

Acordada con el **voto en contra** de los Ministros Guillermo Silva G. y Mauricio Silva C. quienes estuvieron por acoger el recurso interpuesto, por considerar que los sentenciadores infringieron el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, al decidir de la manera que lo hicieron, atendido lo que se expondrá en las reflexiones que siguen:

Primero: Que los jueces del grado establecieron como hechos de las causa que los actores son dueños de la propiedad cuya restitución solicitan; que ella es ocupada por la demandada; y que ésta la detenta por haber suscrito un contrato de comodato gratuito con un propietario anterior del inmueble.

Segundo: Que, para algunos, un contrato celebrado con el precedente titular no es título que justifique la tenencia del bien y que sirva para oponerlo a la acción de precario; otros, sin embargo, admiten que el demandado pueda fundar su tenencia en un contrato o título celebrado con algún propietario anterior, porque para ellos basta que esa tenencia tenga su origen en un título y no provenga de la mera tolerancia o ignorancia del demandante. Lo que se anota ha sido materia de abundante debate, encontrándose dividida en este punto tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Tercero: Que los disidentes están por la segunda posición anteriormente referida, porque la acción de precario exige que el tenedor no pueda justificar que la ocupación emana de un título, pero no requiere que el título justificativo haya de emanar del dueño demandante. Por esto, estiman que si proviene de un contrato celebrado con un anterior propietario, la tenencia no se justifica por la mera tolerancia del actual dueño o por su ignorancia, lo que impide, naturalmente, que pueda prosperar la acción intentada en autos, dado los hechos asentados en la causa y que ya se han mencionado.



Regístrese y devuélvase vía interconexión.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Guillermo Silva G.

Rol N° 40.846-2021.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Mauricio Silva C., Sra. María Angélica Cecilia Repetto G., y el Ministro Suplente Sr. Juan Manuel Muñoz P. No firma la Ministra Sra. Egnem, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones. Santiago, seis de junio de dos mil veintidós.



En Santiago, a seis de junio de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

