

«RIT»

Foja: 1

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 3º Juzgado Civil de Viña del Mar
CAUSA ROL : C-2265-2020
CARATULADO : ORTIZ/Ibarra

Viña del Mar, veinticuatro de diciembre de dos mil veintiuno.

Visto:

I.- De la demanda de precario.

En lo principal de la presentación de 9 de junio de 2020, de folio 1, compareció don Rodrigo Hurtado Hanisch, abogado, cédula nacional de identidad número 10.030.062-1, en representación de **Pamela Solange Ortiz Martínez**, cédula nacional de identidad número 12.880.766-7, psicopedagoga, ambos domiciliados para estos efectos en calle Villanelo N°180, Edificio O'Higgins, oficina 802, comuna de Viña del Mar; quien dedujo acción de precario en contra de **Carlos Andrés Ibarra Gallardo**, desconoce cédula nacional de identidad, ignora profesión u oficio, domiciliado en el departamento número 22 del segundo piso, del Edificio Colectivo número 17, ubicado en calle Manzano número 3.416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, de Viña del Mar, por los antecedentes de hecho y de derecho que expuso.

Dijo, que su presentada Pamela Solange Ortiz Martínez, es dueña del departamento número 22 del segundo piso, del Edificio Colectivo número 17, ubicado en calle Manzano número 3.416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, de Viña del Mar. La propiedad fue adquirida por compraventa que hizo el 12 de julio del 2019 a Marcela Eliana Ravest Federici, a Eric Rodrigo Ravest Federici, a Eliana María Federici Piraino y a Alfredo Boris Ravest Federici, según consta de la copia de inscripción de dominio que rola a fojas 9178 N°10799, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar del año 2019.

Agregó que tiene noticia de que la propiedad ya singularizada está habitada por don Carlos Ibarra, sin tener aquel relación contractual alguna para con la dueña del inmueble, a quién ya se le ha solicitado que se retire en innumerables oportunidades, haciendo caso omiso de dichas peticiones y actuando de manera violenta.

Insistió, que esta situación de hecho, cual es la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia de su parte, no se encuentra amparada por ninguna relación contractual. Por el contrario, la Constitución Política de la República, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil garantizan poner término a esta situación de hecho, cual es la ocupación de una



«RIT»

Foja: 1

cosa ajena, sin título alguno y que se tiene por ignorancia o mera tolerancia, lo que se traduce en la restitución del inmueble mediante la acción de precario.

Refirió que el precario se encuentra definido en el artículo 2195 del Código Civil Chileno de la siguiente manera: *“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.”*

Argumentó acerca del derecho del dueño para demandar de precario y poder recuperar la posesión y tenencia de la cosa. Para ello, la ley exige que el demandante sea dueño de la cosa; que ésta se encuentre ocupada; que esta tenencia carezca de vínculo contractual y ella se justifique solo por la mera tolerancia del propietario o por su ignorancia. En este caso, afirmó que se configuran todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley, los que analizó.

a) Que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita.

Mencionó, en este punto, que la propiedad fue adquirida por compraventa que la Sra. Pamela Solange Ortiz Martínez hizo a Marcela Eliana Ravest Federici, a Eric Rodrigo Ravest Federici, a Eliana María Federici Piraino y a Alfredo Boris Ravest Federici, según consta en la copia de inscripción de dominio que rola a fojas 9178 N°10799, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar del año 2019.

b) Que el demandado tenga en su poder la cosa cuya restitución se solicita.

A este respecto, aseguró que el demandado es quien hoy utiliza la propiedad y quien tiene en su poder todo el inmueble, el cual debe ser restituido a fin de garantizar el derecho de propiedad de la dueña.

c) Que no exista un título de detentación.

Afirmó que el demandado no tiene ningún título legítimo que lo ampare.

d) Que la tenencia derive de la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Expresó, que en esta situación de hecho se configuran los requisitos necesarios para el precario: que el demandante sea dueño de la cosa cuya devolución solicita; que el demandado tenga la mera tenencia de esta; y que la tenencia sea sin contrato y por mera tolerancia o ignorancia del dueño.

Indicó que el procedimiento a utilizar en este caso es el sumario, ya que ésta es una situación de hecho en la cual se solicita por parte del dueño demandar a quien ocupa una cosa de su dominio por su tolerancia o ignorancia. Esta es una acción de carácter real, ya que deriva de su derecho de dominio, caso en el cual, la ley presume que la tenencia es por mera liberalidad o ignorancia del dueño. Esta acción no tiene plazo de prescripción, es decir, es imprescriptible, y dura el



«RIT»

Foja: 1

tiempo que el dueño pueda pedir la restitución de la cosa mientras conserve su condición de dueño.

Expuso, que por todo lo antes señalado, es que se solicita la restitución del bien contra el tenedor sin contrato, para así poner término a una situación de hecho, cual es la utilización y tenencia de una cosa ajena, sin título alguno y que se tiene por mera liberalidad, esto es que el demandado y sus ocupantes restituyan la mencionada propiedad.

Concluyó su petitorio, citó de manera general lo dispuesto en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República; artículos 582, 2195 del Código Civil y demás pertinentes de dicho código; artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y pidió tener por interpuesta demanda de precario en contra de don Carlos Ibarra, ya individualizado; y, en definitiva, condenarlo a la restitución de la propiedad indicada, desde que la sentencia cause ejecutoria; o en el plazo que sea fijado, bajo apercibimiento de decretar el desalojo junto a todos los demás habitantes, miembros de su familia, con el auxilio de la fuerza pública, con costas.

II.- De la notificación de la demanda.

El 25 de febrero de 2021, se notificó la demanda y su proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil a don Carlos Ibarra Gallardo, en su domicilio registrado en autos; de lo anterior da cuenta estampe de receptor judicial, el que fuera agregado a los autos digitales el 26 de febrero de 2021, en folio 11.

III.- De la audiencia de contestación y conciliación.

El 3 de marzo de 2021, conforme se lee en acta agregada en folio 17 de autos digitales, se llevó a efecto la audiencia de contestación y conciliación, con la comparecencia de la parte demandante, representada por su apoderado Rodrigo Hurtado Hanisch, cédula de identidad número 10.030.062-1, y de la parte demandada representada por su apoderado Ernesto Manríquez Mendoza, cédula de identidad número 15.738.775-8; quienes, de forma clara, exhibieron sus cédulas de identidad individualizadas precedentemente.

En la citada audiencia, la parte demandante ratificó la demanda deducida en folio 1 de autos. El Tribunal tuvo por ratificada la demanda, en todas sus partes.

Acto seguido la parte demandada contestó la demanda interpuesta en su contra, para lo cual señaló que minuta de contestación fue incorporada a través de la Oficina Judicial Virtual, en el folio 12, solicitando se tenga como parte integrante de la audiencia, la que, en lo pertinente, contiene:

Excepción dilatoria de lo principal: comparece Jaime Barrientos Ramírez, abogado, cédula de identidad N°10.256.755 2, domiciliado en Portales 33, oficina 213, Reñaca, Viña del Mar, en representación de Carlos Ibarra Gallardo, quien



«RIT»

Foja: 1

opuso excepción dilatoria de falta de capacidad del demandante, conforme lo dispone el numeral 2° del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de los siguientes fundamentos que expuso.

Refirió, que Pamela Solange Ortiz Martínez no es dueña del inmueble correspondiente al departamento N°22, del segundo piso, del Edificio Colectivo N°17, ubicado en calle Manzano N°3416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, Viña del Mar; y que conforme a la historia del bien raíz, aquella -en el mejor de los casos- es comunera del mismo, puesto que dicho inmueble fue adquirido por don Manuel Vicente Órdenes Órdenes, por escritura pública de compraventa de 30 de abril de 1980 realizada al Servicio de Vivienda y Urbanización de la Quinta Región, cuya reinscripción rola a fojas 2356 vuelta N°3065 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del año 2002.

Señaló, que Manuel Vicente Ordenes se encontraba casado en régimen de sociedad conyugal con María Isabel Saavedra, y puesto que el matrimonio no tuvo descendencia, ni otros legitimarios, decidieron instituir heredera universal de todos sus bienes, en particular en el inmueble objeto del presente litigio, a doña Ana Gallardo, madre del demandado, quien vivió y cuidó del matrimonio desde que aquella tenía tan solo 21 años de edad, hasta que ambos fallecieron en el año 2000 y 2006 respectivamente.

Adicionó que, en vista de lo expresado, la Sra. María Isabel Saavedra el 17 de abril de 1980, en la comuna de Valparaíso, y ante el notario Alfonso Díaz Sangüeza, encontrándose en pleno uso de razón, otorgó testamento abierto declarando ser casada con el sr. Manuel Vicente Ordenes y no tener hijos ni otros legitimarios, e instituyó en dicho acto a la Sra. Ana Isabel Gallardo Urriola, como heredera universal de todos sus bienes, sin perjuicio de la porción conyugal a la que tuviera derecho el cónyuge sobreviviente.

Sostuvo, que a su vez, el Sr. Manuel Vicente Ordenes, el 17 de abril de 1980, en la comuna de Valparaíso, ante el notario Alfonso Díaz Sangüeza, encontrándose en pleno uso de razón, otorgó testamento abierto, en el mismo tenor que su cónyuge, a saber, declaró ser casado con la Sra. María Isabel Saavedra y no tener hijos ni otros legitimarios, e instituyó en dicho acto a la Sra. Ana Isabel Gallardo Urriola, como heredera universal de todos sus bienes, sin perjuicio de la porción conyugal a la que tuviera derecho el cónyuge sobreviviente.

Relató, que con posterioridad a la muerte de la Sra. María Isabel Saavedra, se celebró entre don Manuel Vicente Ordenes y la Sra. Ana Gallardo un contrato de cesión de derechos, de 7 de marzo del año 2001, ante la Notario Público de la ciudad de Viña del Mar Sra. Irma Naranjo Quaglia, Repertorio N°285-01. En el mencionado instrumento, el Sr. Manuel Vicente Ordenes, cede y transfiere todos



«RIT»

Foja: 1

los derechos que le correspondían o pudiesen corresponderle en la propiedad del departamento número 22 del Edificio Colectivo número 17, ubicado en calle del Manzano número 3416 de la ciudad de Viña del Mar a la Sra. Ana Gallardo, especialmente incluyendo aquellos que le correspondían en su calidad de cónyuge sobreviviente de la Sra. María Isabel Saavedra. En aquella oportunidad, las partes dejaron constancia en la cláusula tercera del referido documento que doña Ana Gallardo compraba y adquiriría para su representado el Sr. Carlos Ibarra Gallardo.

A su vez, indicó que el 31 de julio de 2001, ante el Notario Público de Valparaíso Sr. Ricardo Maure Gallardo, se celebró entre Manuel Vicente Ordenes e Hilda Gladys y Aida Isabel, ambas Martínez Ordenes, un contrato de cesión de derechos hereditarios respecto de los derechos que a Manuel Vicente Ordenes le correspondían en su calidad de cónyuge sobreviviente de María Isabel Saavedra.

Sin embargo, insistió que la Sra. Ana Gallardo, en su calidad de heredera testamentaria a título universal de María Isabel Saavedra, fue preterida cuando por sentencia de 14 de agosto de 2001, se concedió la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de María Isabel Saavedra, a Hilda Gladys y a Aida Isabel, ambas Martínez Ordenes, quienes a la sazón eran cesionarias únicamente de los derechos hereditarios que le correspondían a Manuel Vicente Ordenes como cónyuge sobreviviente.

Argumentó, que como es sabido, nadie puede transferir más derechos de los que tiene, por lo tanto, es imposible que Pamela Solange Ortiz sea dueña del inmueble de autos, pues Hilda Gladys y Aida Isabel, ambas Martínez Ordenes, únicamente podían inscribir una parte de los derechos que a doña María Isabel Saavedra le correspondían en el inmueble, a saber, aquellos que le habían sido cedidos por Manuel Vicente Ordenes en su calidad de cónyuge sobreviviente.

A mayor abundamiento, citó el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, norma que reconoce legitimidad activa en la presente acción solamente al dueño del inmueble cuya devolución se solicita, mas no al comunero que dirige su acción contra otro comunero respecto bien raíz común.

Concluyó con el petitorio, pidió tener por interpuestas la excepción contemplada en el numeral 2° del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, acogerla a tramitación y, en definitiva, rechazar la acción de precario presentada, con expresa condena en costas.

Contestación de la demanda del primer otrosí: Que, en subsidio de lo pedido precedentemente, el abogado de la parte demandada, ya individualizado, contestó la demanda de precario interpuesta por la demandante, solicitando que ésta sea rechazada en todas sus partes, en atención a las consideraciones de hecho y de derecho que expuso.



«RIT»

Foja: 1

Sostuvo, que no es efectivo que su representado ocupe el bien por mera tolerancia o ignorancia de doña Pamela Solange Ortiz, pues como se expondrá, doña Ana Gallardo, madre del demandado, es comunera respecto del inmueble, lo que autoriza a su mandante a hacer uso del bien común como ya ha explicado precedentemente, pues doña Ana Gallardo vivió y cuidó del matrimonio compuesto por María Isabel Saavedra y Manuel Vicente Ordenes desde que ella tenía tan solo 21 años y hasta que ambos fallecieron, en el año 2000 y 2006 respectivamente. Debido a la relación de cercanía y familiaridad que entre ellos se construyó, la Sra. Ana Gallardo consideraba a la pareja como sus padres y, a su vez, ellos la trataban como su hija y así se referían a ella frente a terceros.

Mencionó, que al nacer su representando el 16 de noviembre de 1990, resulto lógico y natural que él fuese siempre tratado como nieto de don Manuel Vicente Ordenes y doña María Isabel Saavedra, por su parte, él siempre reconoció al matrimonio como sus abuelos.

Señaló, que desde 1977 en adelante, el núcleo familiar conformado por el matrimonio y su representando con su madre, vivieron juntos en el inmueble correspondiente al departamento N°22, del segundo piso, del Edificio Colectivo N°17, ubicado en calle Manzano N°3416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, Viña del Mar, por lo que no es efectivo y resulta imposible que la tenencia de su representado se funde en la mera tolerancia o ignorancia del dueño, toda vez que la demandante no solo no es dueña, sino que adquirió en forma posterior al inicio de esta supuesta ocupación.

Dijo, que en atención a que el matrimonio conformado por don Manuel Vicente Ordenes y doña María Isabel Saavedra no tuvo descendencia, ni otros legitimarios, como ya se explicó a lo principal, aquellos decidieron dejar todos sus bienes, en particular el inmueble objeto del presente litigio, a la Sra. Ana Gallardo, madre del demandado. Lo anterior se materializó mediante dos testamentos otorgados por doña María Isabel Saavedra y don Manuel Vicente Ordenes, el 17 de abril de 1980, en cuya oportunidad, ambos instituyeron a la Sra. Ana Gallardo como heredera universal de todos sus bienes, sin perjuicio de la porción conyugal a la que tuviera derecho el cónyuge sobreviviente.

Explicó que, con posterioridad a la muerte de doña María Isabel Saavedra, se celebró entre Manuel Vicente Ordenes y Ana Gallardo un contrato de cesión de derechos el 7 de marzo del año 2001, cuyo contenido ya ha sido referido en lo principal de su presentación.

Adicionó, que no obstante, doña Ana Gallardo, en su calidad de heredera testamentaria a título universal de la Sra. María Isabel Saavedra, fue preterida cuando por sentencia de 14 de agosto de 2001, se concedió la posesión efectiva



«RIT»

Foja: 1

de la herencia quedada al fallecimiento de María Isabel Saavedra, a Hilda Gladys y Aida Isabel, ambas Martínez Ordenes, quienes a la sazón eran cesionarias únicamente de los derechos hereditarios que le correspondían a Manuel Vicente Ordenes como cónyuge sobreviviente.

Argumentó que, en atención a que la madre de su representando fue preterida en la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de María Isabel Saavedra, es que el 2 de marzo de 2021, se presentó en representación de doña Ana Gallardo demanda de acción de petición de herencia respecto de Hilda Gladys y Aida Isabel, ambas Martínez Ordenes, y acción reivindicatoria contra Pamela Solange Ortiz Martínez, en causa Rol C-762-2021, seguida ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Viña del Mar.

Expresó que, con posterioridad, las cesionarias Sra. Hilda Gladys y Sra. Aída Isabel, ambas Martínez Ordenes, celebraron contrato de compraventa con don Luis Ravest Toro, por escritura pública de 10 de diciembre de 2009, otorgada ante la Notario Público de Villa Alemana Sra. Marianne Hauser Soto, la que fue inscrita a fojas 496 vuelta número 616 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar del año 2010. Sostuvo que, después del fallecimiento de este último, la sucesión Ravest Federici vendió el inmueble a la Sra. Pamela Solange Ortíz Martínez, por contrato de compraventa otorgado ante el Notario Público de Viña del Mar Francisco Javier Fuenzalida Rodríguez, cuya inscripción rola inscrita a fojas 9178 número 10799 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar del año 2019.

Dijo, que lo anterior no solo es pertinente en cuanto acredita que la demandante no es dueña del inmueble en los términos que ella asegura, sino que también constituye un título que justifica la ocupación del bien raíz por parte de su representado, toda vez que es falso que éste se encuentre haciendo uso del inmueble sin un título de detentación que el derecho ampare y reconozca.

Mencionó que su representado ha intentado regularizar su situación respecto al inmueble correspondiente a la presente acción, hecho que consta de expediente administrativo N°76344 del Ministerio de Bienes Nacionales, iniciado el 12 de diciembre de 2017, petición a la cual la Sra. Marcela Ravest Federici presentó oposición el 29 de julio de 2020, lo cual dio inicio a la causa Rol C-4254-2020, del Primer Juzgado Civil de Viña del Mar.

En cuanto al derecho, expuso que en el caso de autos el demandante funda su libelo en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, el cual dispone: *“Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”*. De este precepto legal, y como lo establece tanto la doctrina como la jurisprudencia, los requisitos de ejercicio y



«RIT»

Foja: 1

acogida de la acción de precario, dicen relación con acreditar el derecho de dominio del demandante; la tenencia de cosa ajena sin previo contrato; y la ignorancia o mera tolerancia del dueño de la cosa.

En cuanto al primer requisito prescrito por la norma precitada, indicó que éste no se configura en autos, puesto que la demandante carece de legitimación activa en la presente causa, toda vez que no es dueña, sino comunera del inmueble, a su vez, doña Ana Gallardo es comunera en relación con éste mismo bien raíz y en virtud de ello su representado se encuentra autorizado a hacer uso del bien común.

Respecto al segundo de los requisitos, recordó que la demandante señala en su libelo que adquirió el inmueble por escritura pública de compraventa de 12 de julio de 2019. Luego, es imposible que la tenencia derive de la mera tolerancia o ignorancia de la actora, pues, como ofreció demostrar, la tenencia de su parte tiene una causa anterior al título referido, pues doña Ana Gallardo vive desde el año 1977 en el inmueble y su representado desde su nacimiento. Así lo ha entendido la Excma. Corte Suprema en sentencia Rol N°12769-2019, en su considerando cuarto, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo, de 9 de marzo de 2020, considerando que transcribió como sigue: *“4. Que la existencia de tal título, o antecedente asociado a la ocupación que la demandada ostenta respecto del inmueble, excluye que el origen de su detentación sea la mera tolerancia que esgrime la actora como fundamento de su demanda y que es, además, inverosímil por tener ella un origen anterior (octubre de 1996) a la adquisición del inmueble por parte de la demandante. Es imposible que la ocupación se originara en mera tolerancia si ya existía con anterioridad a la adquisición de la demandante.”*

Finalmente, en cuanto a la concurrencia del tercer requisito, reiteró que a su parte la ampara un título, a saber, los testamentos de don Manuel Vicente Ordenes y de doña María Isabel Saavedra, los que fueron otorgados cumpliendo todas las formalidades legales exigibles a un documento de tales características. A mayor abundamiento, a su representando lo auxilia un contrato de cesión de derechos hereditarios, suscrito por don Manuel Vicente Ordenes y doña Ana Gallardo. Lo anterior demuestra que existe un título que explica o justifica su tenencia del inmueble la que, por tanto, no es sin previo contrato. Hizo presente que, a este respecto, la jurisprudencia ha entendido la expresión “contrato” en un sentido amplio, comprensivo no solo de actos jurídicos bilaterales, sino también de la voz “título”, esto es, un antecedente jurídico al que la ley reconoce la virtud de justificar la ocupación. En tal sentido se pronunció la Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol N°12.008-2019, conociendo de un recurso de casación en la forma y



«RIT»

Foja: 1

en el fondo, de 7 de febrero de 2020, la que transcribió en su respectivo considerando: *“Decimotercero: Que, al respecto, debe resaltarse que la ausencia de título como presupuesto de procedencia de la acción de precario, se relaciona íntimamente con la idea de mera tolerancia que establece el artículo 2195 del código de Bello, y que la actora reclama, por cuanto dicho elemento dice relación directa con el origen y justificación de una determinada tenencia de cosa ajena, que eventualmente puede ser considerada como precaria. En consecuencia, se hace necesario dilucidar el sentido y alcance de la expresión “sin previo contrato”, y al respecto es dable señalar que, si bien la ley define lo que es contrato en el artículo 1438 del Código Civil como el “acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, en la especie debe dársele un sentido más amplio, comprensivo de la voz “título”, esto es, un antecedente jurídico al que la ley reconozca la virtud de justificar la ocupación. Por su parte, la expresión “mera tolerancia” no denota otra cosa que la actitud indulgente del dueño de una cosa, que permite sin aprobarlo expresamente actos del demandado, por los cuales ejerce la tenencia de una cosa de su propiedad, en resumen, se trata de la simple condescendencia del propietario de la cosa que luego trata de recuperar”.*

Concluyó con su petitorio, y solicitó tener por contestada la demanda de precario intentada por la Sra. Pamela Solange Ortíz Martínez en contra de su representado y, en definitiva, rechazarla en todas sus partes, declarando que no se cumplen los requisitos legales del artículo 2195 inciso segundo del Código Civil, con expresa condena en costas.

El Tribunal accedió a tener como parte integrante de la presente audiencia a la minuta de 2 de marzo de 2021, de folio 12; y, consecuentemente, con su mérito se tuvo por opuesta excepción dilatoria que se indica a lo principal de la referida presentación, respecto de la cual se confirió traslado; asimismo, respecto a la contestación propiamente tal del primer otrosí del señalado escrito, se tuvo por contestada la demanda en los términos expuestos.

Seguidamente, la parte demandante, evacuando el traslado conferido en relación con la excepción dilatoria, solicitó su rechazo, toda vez que los documentos acompañados en la demanda acreditan el dominio de doña Pamela Ortiz Martínez respecto del inmueble objeto de autos.

El Tribunal tuvo por evacuado el traslado conferido respecto de la excepción dilatoria opuesta y, conforme lo dispuesto en el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, ordenó dejar su resolución para definitiva.

Acto continuo, el Tribunal llamó a las partes a conciliación, la que no se produjo.

IV.- De la resolución que recibió la causa a prueba.



«RIT»

Foja: 1

Por resolución de 8 de marzo de 2021, de folio 18, de conformidad a lo prevenido en los artículos 684 y 685 del Código de Procedimiento Civil, se recibió la causa a prueba, y se fijaron como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

1.- Efectividad de carecer la demandante de legitimación activa para interponer la acción de autos.

2.- Efectividad de ser dueña la demandante, doña Pamela Solange Ortiz Martínez de la propiedad correspondiente al departamento número 22 del segundo piso, del Edificio Colectivo número 17, ubicado en calle Manzano número 3.416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, de Viña del Mar. Antecedentes que justifican, en su caso, la calidad de dueña.

3.- Efectividad, en su caso, que la parte demandada ocupa por mera tolerancia el inmueble singularizado en el numeral que antecede. Hechos y antecedentes que darían cuenta de la referida ocupación.

4.- Existencia de un título que justifique la ocupación que la demandada hace del inmueble individualizado en el ordinal 2 de esta resolución. Hechos y antecedentes que acreditarían la existencia del título habilitante.

La referida resolución fue notificada a la parte demandada el 27 de agosto de 2021, conforme da cuenta estampe que se lee en folio 25, y que fue agregado a los autos digitales el 28 de agosto del mismo año.

Por su parte, el actor se tuvo por notificado expresamente de la interlocutoria que recibió la causa a prueba, por resolución de 7 de octubre de 2021, que se lee en folio 28 de autos digitales.

V.- De la prueba rendida por la parte demandante.

Para acreditar los fundamentos de su pretensión, la parte demandante rindió únicamente prueba instrumental, consistente en:

1.- Copia de inscripción de dominio de la propiedad que rola a fojas 9178 número 10799, del Registro de Propiedad del año 2019 del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar; en folio 1.

2.- Certificado de dominio vigente de la propiedad de fojas 9178 número 10799, del Registro de Propiedad del año 2019 del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar, emitido el 21 de abril del 2020; en folio 1.

3.- Certificado de dominio vigente de la propiedad de fojas 9178 número 10799, del Registro de Propiedad del año 2019 del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar, emitido el 13 de octubre del 2021; en folio 34.

4.- Certificado de avalúo fiscal del inmueble Rol 2057-188, de la comuna de Viña del Mar, válido para el segundo semestre de 2021; en folio 35.

VI.- De la prueba rendida por la parte demandada.



«RIT»

Foja: 1

Por su parte, la demandada, a fin de acreditar los fundamentos de sus excepciones, alegaciones y defensas, rindió a la siguiente prueba:

i.- Documental:

1.- Copia autorizada de resolución de 14 de agosto de 2001, dictada por el Segundo Juzgado Civil de Viña del Mar, anterior Quinto Juzgado Civil de la misma comuna, en causa Rol 298-2001, que concede la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de María Isabel Saavedra; en folio 33.

2.- Copia de inscripción de posesión efectiva de la causante María Isabel Saavedra, que rola a fojas 887 número 1223, del Registro de Propiedad del año 2002 del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar; en folio 33.

3.- Copia del testamento de María Isabel Saavedra, otorgado el 17 de abril de 1980, ante el Notario Público de Valparaíso Sr. Alfonso Díaz Sangüeza; en folio 33.

4.- Copia del testamento de Manuel Vicente Ordenes, otorgado el 17 de abril de 1980, ante el Notario Público de Valparaíso Sr. Alfonso Díaz Sangüeza; en folio 33.

5.- Copia de escritura pública de cesión de derechos, entre don Manuel Vicente Ordenes Ordenes y donã Ana Isabel Gallardo Urriola, otorgada el 7 de marzo del año 2001, ante la Notario Público de Viña del Mar Sra. Irma Naranjo Quaglia; en folio 33.

6.- Copia de reinscripción de compraventa de fojas 2356 vuelta número 3065, del Registro de Propiedad del año 2002 del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar; en folio 38.

7.- Por resolución de 19 de octubre de 2021, de folio 39, se ordenó traer a la vista la causa Rol C-1137-2021, caratulada "Gallardo con Ortiz", seguida ante el Primer Juzgado Civil de Viña del Mar, sobre acción de petición de herencia y reivindicatoria, cuyo expediente digital fue agregado a los autos el 25 de octubre de 2021, en folio 41.

ii.- Confesional:

El 12 de noviembre de 2021, conforme acta que fue agregada en folio 54 de autos digitales, y previa solicitud de la parte demandada, compareció a absolver posiciones la Sra. Pamela Solange Ortiz Martínez, ya individualizada en autos, quien fue interrogada al tenor del pliego respectivo.

A la pregunta N°1: *"Para que diga la absolvente como es efectivo que es comunera del inmueble correspondiente al departamento N°22, del segundo piso, del Edificio Colectivo N°17, ubicado en calle Manzano N°3416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, Viña del Mar."*, respondió: *"No es efectivo."*



«RIT»

Foja: 1

A la pregunta N°2: *“Para que diga la absolvente como es efectivo que el inmueble previamente individualizado fue adquirido por don Manuel Vicente Ordenes Ordenes, por escritura pública de compraventa de fecha 30 de abril de 1980.”*, dijo: *“Lo desconoce.”*

A la pregunta N°3: *“Para que diga la absolvente como es efectivo que doña María Isabel Saavedra, cónyuge de don Manuel Ordenes, el 17 de abril de 1980, otorgó testamento abierto e instituyó a doña Ana Isabel Gallardo Urriola, en ese acto, como heredera universal de todos sus bienes.”*, respondió: *“Me enteré por la demanda que me hicieron que existen esos nombres. Desconoce la existencia de un testamento.”*

A la pregunta N°4: *“Para que diga la absolvente como es efectivo que don Manuel Vicente Ordenes, cónyuge de doña María Isabel Saavedra, el 17 de abril de 1980, otorgó testamento abierto e instituyó a doña Ana Isabel Gallardo Urriola, en ese acto, como heredera universal de todos sus bienes.”*, dijo: *“Se remite a respuesta número 3.”*

A la pregunta N°5: *“Para que diga la absolvente como es efectivo que mediante escritura pública de cesión de derechos de fecha 7 de marzo de 2001, con posterioridad a la muerte de doña María Isabel Saavedra, entre don Manuel Vicente Ordenes y doña Ana Gallardo, donde don Manuel Ordenes cedió y transfirió todos los derechos que le correspondían del inmueble correspondiente al departamento N°22, del segundo piso, del Edificio Colectivo N°17, ubicado en calle Manzano N°3416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, Viña del Mar.”*, respondió: *“No sabía nada de esto. Se enteró en la demanda.”*

A la pregunta N°6: *“Para que diga la absolvente como es efectivo que doña Ana Gallardo, madre del demandado, en su calidad de heredera testamentaria a título universal de doña María Isabel Saavedra, fue preterida cuando por sentencia de fecha 14 de agosto de 2001, se concedió la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de doña María Isabel Saavedra, a doña Hilda Gladys y doña Aída Isabel, ambas Martínez Ordenes.”*, dijo: *“Lo desconoce.”*

A la pregunta N°7: *“Para que diga la absolvente como es efectivo que doña Ana Gallardo y don Carlos Ibarra viven en el inmueble correspondiente al departamento N°22, del segundo piso, del Edificio Colectivo N°17, ubicado en calle Manzano N°3416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, Viña del Mar, desde antes del año 2019.”*, respondió: *“Cuando compró el departamento en 2019 a doña Marcela Ravest le señaló que estaba habitado, desconociendo a los habitantes del mismo.”*

VII.- De la citación a las partes para oír sentencia.



«RIT»

Foja: 1

Por resolución de 14 de diciembre de 2021, de folio 57, atendido lo dispuesto en el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, se citó a las partes para oír sentencia.

Considerando:

I.- En cuanto a la excepción dilatoria:

Primero: Que la excepción de legitimación activa deducida por la parte demandada en la audiencia de estilo se sustenta -someramente- en que la actora no es dueña de la propiedad cuya restitución pretende o, a lo más, sería comunera, lo que no le permitiría accionar por esta vía; cuestión que la demandante controvierte al señalar que los documentos acompañados por su parte, permiten dar cuenta que la demandante sí es dueña del inmueble materia del presente juicio.

Segundo: Que el fundamento en que se basa la excepción en análisis, dice relación con una cuestión formal relativa a la capacidad de la demandante para poder comparecer en juicio; es decir, versa sobre las condiciones relativas al ejercicio de la acción y no aquellas que se requieren para la obtención de una sentencia favorable, pues esto último constituye una cuestión de fondo que deberá ser resuelta en dicha calidad.

Tercero: Que bajo esta perspectiva correspondía a la parte demandada, a la luz de lo que previene el artículo 1698 del Código Civil, la acreditación de los fundamentos de la excepción deducida, en orden a probar que la demandante no se encontraba habilitada para comparecer en juicio, por ejemplo, por ausencia de aspectos relativos a la capacidad de ejercicio; y de la prueba allegada al juicio por la demandada, no resulta posible tener por probado el fundamento fáctico de la excepción deducida, más aun si se considera que ella se refiere a aspectos de fondo de la acción interpuesta -la calidad de dueña de la demandante- que no pueden ser resueltos por la vía formal, como pretende el demandado, lo que motivará a que ella sea desestimada, como se dirá en la conclusión del presente fallo.

II.- En cuanto al fondo:

Cuarto: Que según se desprende del segundo numeral de la interlocutoria de prueba dictada en el folio 18 de este expediente -y conforme se desprende de lo que previene el artículo 1698 del Código Civil- correspondía a la actora la acreditación de ser dueña de la propiedad correspondiente al departamento número 22 del segundo piso, del Edificio Colectivo número 17, ubicado en calle Manzano número 3.416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, de Viña del Mar.



«RIT»

Foja: 1

Al efecto, en el folio 1 de este juicio, la demandante acompañó un certificado de dominio vigente que es del siguiente tenor: *“Certifico que la(s) inscripción(es) de dominio corriente(s) a Fojas 09178 Número 10799, del Registro de Propiedad del 2019, a nombre de ORTIZ MARTINEZ, PAMELA SOLANGE, correspondiente(s) al inmueble ubicado en la Comuna de VIÑA DEL MAR, depto. 22 del piso 2, del Edificio Colectivo 17, calle Manzano Nº 3416, de la Población Meseta El Gallo, Sector K.P.D. Plano 319 año 1979. Rol Nº 2057-188, se encuentra(n) actualmente vigente(s). VIÑA DEL MAR, 21 de Abril del 2020.”*; mismo instrumento que fue acompañado en el folio 34, con vigencia al 13 de octubre de 2021.

Del mismo modo, en el folio 1 la actora acompañó la copia de inscripción de dominio del referido inmueble, que data del 17 de octubre de 2019 y que da cuenta de haber adquirido la propiedad por compra que hizo a Marcela Eliana, a Alfredo Boris y a Eric Rodrigo, todos Ravest Federici; y a Eliana María Federici Piraíno.

Dichos documentos permiten tener por acreditado el dominio de la actora respecto del inmueble que es objeto de la acción de precario deducida, sin que la instrumental rendida por la parte demandada, referida en el acápite VI de la parte expositiva de este fallo, permita desvirtuar esta circunstancia. Efectivamente, dicha documentación permitiría dar cuenta de eventuales derechos que tuvieron en el inmueble sub lite, terceros ajenos al presente juicio, en una época pretérita, pero no logra desvirtuar el mérito de la inscripción de dominio a nombre de la actora, la que se encuentra, además, vigente, conforme se expresó en el párrafo que antecede. Tampoco logra dar cuenta de unos de los argumentos expuestos en la defensa, que dice relación con que la demandante sería comunera del inmueble en cuestión, en conjunto con doña Ana Gallardo, quien sería -según dichos del demandado- su madre, pues el certificado de dominio no da cuenta de la existencia de una comunidad bajo la inscripción de fojas 09178 Número 10799 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar, correspondiente al año 2019.

De este modo, se tendrá por acreditado el dominio de la demandante respecto del departamento número 22 del segundo piso, del Edificio Colectivo número 17, ubicado en calle Manzano número 3.416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, de Viña del Mar y por satisfecho el primer hecho a probar en este juicio.

Quinto: Que, seguidamente, correspondía a la parte demandante -a la luz de lo que previene el artículo 1698 del Código Civil- acreditar la ocupación del inmueble por parte del demandado y que dicha ocupación sea por mera tolerancia



«RIT»

Foja: 1

de su parte, tal como se expresó en el numeral 3 de la interlocutoria de prueba de folio 18.

Al respecto, se tendrá en consideración que el demandado no solo no controvierte el hecho de la ocupación del inmueble, sino que reconoce que ello es así, pero agrega que ello no es producto de la mera tolerancia de la actora. De este modo, se tendrá por acreditado que el demandado ocupa materialmente el departamento de que es propietaria doña Pamela Solange Ortiz Martínez.

Corresponde, entonces, analizar si la referida ocupación es por mera tolerancia de la demandante. En este sentido, el demandado refiere que es imposible que su tenencia derive de la mera tolerancia o de la ignorancia de la actora, pues aquella -conforme ofreció probar- tiene una causa que es anterior al título referido, toda vez que doña Ana Gallardo vive desde 1977 en el inmueble y él, desde su nacimiento.

Nuestra Excma. Corte Suprema se ha pronunciado en diversos fallos respecto a cómo debe entenderse la mera tolerancia, desde que dicho concepto no se encuentra definido por el legislador y, así, ha señalado, por ejemplo, que “... *debe entenderse entonces por mera tolerancia el no oponerse a los actos que podrían ser impedidos, aceptándolos, permitiéndolos, por cuanto, el no reprimirlos, supone tolerarlos, lo que importa una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia. Lo anterior en el entendido que se trata de una situación en la cual se tenga conocimiento de los actos del tenedor, por cuanto, en caso contrario se podría estar frente a una actitud omisiva derivada de la ignorancia y no representativa del concepto en examen.*” (Rol N° 2584-2020, sentencia de 5 de abril de 2021) -mismo concepto que se repite en la sentencia dictada en los autos Rol N° 79.659-2020 de 28 de julio de 2021- y que da cuenta de una actitud permisora, radicada en el simple beneplácito o anuencia del propietario de la cosa que luego trata de recuperar, conforme también se expresa en el fallo dictado en los autos Rol N° 95.163-2020, de 1 de octubre de 2021.

La línea jurisprudencial referida precedentemente incorpora un elemento que hace desaparecer la mera tolerancia y que radica, como es posible apreciar de la lectura de dichos fallos, de las relaciones familiares, de parentesco o de simple convivencia que existe entre demandante y demandada. De allí que nuestro máximo tribunal encuentre mérito para sostener que cuando dichas relaciones existen, no puede entenderse que la ocupación de un inmueble por parte de un demandado, sea tolerada y; más bien, relacionan este concepto con la existencia de un título que justifica la ocupación.

En el caso que nos ocupa, la tolerancia no se encuentra sujeta a relaciones familiares, parentales o de mera convivencia de las partes que podrían justificar la



«RIT»

Foja: 1

ocupación, sino en una mera situación de hecho -característica de la tenencia precaria- en que la demandante permite la ocupación de un inmueble de su propiedad.

De allí que corresponda al demandante acreditar que es dueño de la cosa cuya restitución pretende y que es ocupada por el demandado; y a éste corresponda demostrar que dicha ocupación se encuentra amparada o justificada por un título y que, consecuentemente, no obedece a la mera tolerancia del propietario demandante.

En este sentido, descartando algún vínculo relacional entre las partes, que permitiese descartar la ocupación por mera tolerancia que el demandado realiza en la propiedad de doña Pamela Ortiz Martínez, corresponderá determinar si el demandado posee un título o contrato que lo habilite para ocupar la propiedad de aquella.

Sexto: Que, conforme se ha expuesto, el demandado refiere que doña Ana Gallardo Urriola -a quien refiere como su madre- heredó la propiedad materia del presente juicio y que pertenecía al matrimonio compuesto por don Manuel Vicente Órdenes y doña María Isabel Saavedra, en virtud de dos testamentos en que la instituían como heredera universal, sin perjuicio de la porción conyugal a la que tuviera derecho el cónyuge sobreviviente. Agrega que luego del fallecimiento de la señora Saavedra, se celebró entre don Manuel Vicente Órdenes y doña Ana Gallardo Urriola, un contrato de cesión de derechos que fue datado el 7 de marzo de 2001 y que, según consta del expediente tenido a la vista, seguido ante el Primer Juzgado Civil de esta ciudad bajo el Rol N° 1137-2021 (página 81), no fue inscrito.

Expresa también que, pese a todo lo anterior, el 14 de agosto de 2001, se concedió la posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento de doña María Isabel Saavedra, a doña Hilda Gladys y Aída Isabel, ambas Martínez Órdenes, como cesionarias de los derechos hereditarios que corresponden al cónyuge sobreviviente, Manuel Vicente Órdenes, según consta de la escritura pública de 31 de julio de 2001 (contrato que sí fue inscrito); resultando preterida doña Ana Gallardo Urriola. Dichas herederas vendieron la propiedad a don Luis Ravest Toro y a su fallecimiento, las herederas de éste vendieron el inmueble a la demandante.

De lo anterior da cuenta la documental incorporada por el demandado en este juicio, mediante presentación de folio 33 y de folio 38.

Séptimo: Que del análisis de la instrumental rendida por el demandado a fin de justificar su ocupación, es posible dar por establecidos los siguientes hechos:



«RIT»

Foja: 1

a) En ninguno de los actos, contratos e instrumentos referidos en el considerando que antecede, ha tenido participación alguna el demandado, don Carlos Ibarra Gallardo.

b) No se encuentra acreditado en autos, que don Carlos Ibarra Gallardo sea hijo de doña Ana Gallardo Urriola.

c) No se encuentra acreditado en este juicio que doña Ana Gallardo Urriola sea dueña del inmueble sub lite, dada la no inscripción del contrato de cesión de derechos hereditarios celebrado en su favor, el 7 de marzo de 2001.

d) No se encuentra acreditado ni por la instrumental ni por otro medio de prueba idóneo, que doña Ana Gallardo Urriola haya autorizado al demandado, don Carlos Ibarra Gallardo, a ocupar el inmueble que pertenece a la actora.

Octavo: Que, en consecuencia, la actora ha logrado acreditar los presupuestos necesarios para que sea procedente acoger la acción de precario deducida por su parte, mientras que el demandado no ha logrado acreditar la existencia de un título que lo habilite o que justifique la ocupación, lo que motivará a que la demanda interpuesta sea acogida, tal como se dirá en lo resolutivo del presente fallo.

Noveno: Que la prueba que no ha sido analizada pormenorizadamente, en nada altera las conclusiones a las que se ha arribado precedentemente.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 1698, 1700 y siguientes, y 2195 del Código Civil y artículos 144, 160, 170, 342, 385 y siguientes, 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que **se rechaza** la excepción de falta de legitimidad activa deducida por la parte demandada en lo principal de la presentación que se tuvo por incorporada en la audiencia de folio 17.

II.- Que **se acoge** la demanda de precario interpuesta en lo principal de la presentación de 9 de junio de 2020, de folio 1, por el abogado don Rodrigo Hurtado Hanisch, en representación de doña **Pamela Solange Ortiz Martínez**, contra don **Carlos Andrés Ibarra Gallardo**, todos ya individualizados; y, en consecuencia, se condena a este último a hacer entrega a la demandante del bien raíz individualizado como departamento número 22 del segundo piso, del Edificio Colectivo número 17, ubicado en calle Manzano número 3.416, de la Población Meseta El Gallo, sector K.P.D, de Viña del Mar, que se encuentra inscrito a nombre de la actora a fs. 978 N° 10799 del Registro de Propiedad del año 2019, del Conservador de Bienes Raíces de Viña del Mar, dentro de décimo quinto día contado desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada, libre de todo ocupante y bajo el apercibimiento de ser lanzado con el auxilio de la fuerza pública si no efectuare la restitución precedentemente ordenada.



«RIT»

Foja: 1

III.- Que **no se condena** a la parte demandada al pago de las costas de la excepción dilatoria rechazada, ni a las que se generaron en el presente juicio, en razón de estimarse que litigó con motivo plausible.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Dictada en los autos Rol C-2265-2020 por **Esteban Andrés Gómez Barahona**, Juez del Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Viña del Mar, veinticuatro de diciembre de dos mil veintiuno.**

