Santiago, ocho de marzo de dos mil veintitrés.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

Primero: Que en este procedimiento sumario de acción de precario tramitado ante el 1º Juzgado Civil de Puente Alto, bajo el Rol C-363-2020 caratulado "Parra con Sandoval", se ha ordenado dar cuenta de la admisibilidad del recurso de casación en el fondo deducido por la demandante contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil veintidós, que confirmó el fallo de primer grado de doce de mayo de ese mismo año, que rechazó la demanda.

Segundo: Que el recurrente en su arbitrio de nulidad sustancial acusa que la sentencia infringe los artículos 19, 20, 133, 1437 y 2195 inciso segundo del Código Civil, 342 y 346 del Código de Procedimiento Civil y 60 de la Ley de Matrimonio Civil. Sostiene, en síntesis, que yerran los sentenciadores al "suponer" la concurrencia de una autorización por parte de la demandante, en tanto ésta no ha sido expresada por ningún medio, no correspondiendo el razonamiento de la sentencia en orden a entender de alguna forma que concurre su voluntad a autorizar la ocupación sin título de su propiedad, lo que implica sostener que no concurre un requisito del precario. Alega que, por el contrario, el mero hecho de estar en conocimiento del uso de su propiedad por el demandado, padre de sus hijos y con quien actualmente se encuentra divorciada, no obsta ni es incompatible con la concurrencia del requisito de mera tolerancia, en tanto se trata de una situación permitida y soportada meramente por la actora, sin que exista título alguno y/o de manifestación de voluntad del demandado en orden a regularizar o constituir un título sobre esa tenencia.

Hace presente que el único contrato invocado por el demandado fue el de matrimonio, el cual no puede ser considerado pues ya no existe al haberse extinguido por sentencia firme y ejecutoriada de divorcio. Además alega no ser efectivo que los hijos en común vivan con el demandado, pues la única hija menor de edad a la fecha vive actualmente con ella, y así lo acreditó con la prueba que aportó.

Finaliza solicitando que se acoja el recurso, se invalide la sentencia y se dicte una de reemplazo que acoja la demanda.

Tercero: Que para una acertada resolución del recurso de nulidad



sustancial resulta conveniente dejar constancia de las siguientes actuaciones del proceso:

- 1.- Con fecha 08 de enero de 2020, Andrea Ester Parra Román deduce demanda de precario en contra de Jorge Luis Sandoval Osorio. La fundó en que es dueña del inmueble ubicado en el Lote número ciento cuarenta y dos, del Lote número Dos, del Balneario Las Vizcachas, comuna de Puente Alto, Región Metropolitana, manifestando que el demandado se encuentra ocupando materialmente el referido inmueble, la que ejerce por su mera tolerancia. Dado lo expuesto, pidió que se acoja la acción y se condene a la demandada a la restitución de la propiedad individualizada.
- 2.- El demandado en su contestación solicitó el rechazo de la demanda, fundado en que la ocupación del inmueble no obedece a la mera tolerancia de la actora, ya que las partes estuvieron casados, de dicho matrimonio nacieron tres hijos, y no obstante que hoy se encuentran divorciados, en su oportunidad, al momento de producirse la separación, y dado que su parte se mantuvo viviendo junto a sus hijos en el hogar común, es que se declaró bien familiar el inmueble de autos. Indica que sin perjuicio que al declararse el divorcio del matrimonio habido entre las partes también se decretó la desafectación de bien familiar, su parte cuenta con justo título para ocupar el inmueble pues su ocupación tuvo como origen el deber de cohabitación que les asiste a las cónyuges además de que se mantuvo viviendo allí junto a sus hijos, situación que dice perdurar hasta el día de hoy.

Cuarto: Que la sentencia de primer grado, confirmada por el tribunal de alzada, de conformidad a la prueba rendida en autos estableció como hecho de la causa que la demandante es poseedora inscrita del inmueble ubicado en el Lote número ciento cuarenta y dos, del Lote número Dos, del Balneario Las Vizcachas, comuna de Puente Alto, Región Metropolitana. También dejó asentado que el demandado ocupa el inmueble que recién se ha individualizado, al no ser un hecho controvertido por haber sido reconocido en la contestación de la demanda y acreditado, además, por medio de la prueba documental y testimonial rendida en autos.

Respecto a la existencia de algún título que justifique la ocupación de la propiedad, el fallo en revisión sostiene que le correspondía al demandado



acreditar que la ocupación que realiza del inmueble reclamado tiene un título que lo ampare. En este sentido, de los antecedentes aportados al proceso, en especial, del certificado de matrimonio de las partes, certificado de los hijos en común y antecedentes de causa de familia seguidas entre ellos, se demostró que ambas partes de este proceso contrajeron matrimonio el 7 de agosto de 2004, que de dicho matrimonio nacieron tres hijos, que la demandante adquirió el inmueble cuya restitución solicita por tradición efectuada al Banco BCI, que por sentencia de fecha 16 de abril de 2019 se declaró el divorcio entre las partes, declarándose posteriormente la desafectación de la calidad de bien familiar del inmueble de autos.

Concluyen los jueces del fondo que ha quedado establecido que el demandado habita el inmueble cuya restitución se persigue, en razón de la vida familiar que mantenía con la demandante, a lo que agregan que actualmente se mantiene viviendo con sus hijos en dicho hogar, además de pagar todos los meses a la demandante los dividendos de dicho inmueble (esto último se habría probado con los comprobante de transferencia electrónicas acompañados por la parte demandada).

En consecuencia, al estimar que no se verifican los presupuestos del artículo 2195 del Código Civil, el fallo en estudio rechaza la demanda.

Quinto: Que el artículo 2195 del Código Civil dispone "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 un precario el goce gratuito de una cosa ajena, no amparada en un título que le sirva de fundamento y explicable solo por la ignorancia o mera tolerancia de su dueño, como indica el inciso segundo del referido artículo. En tal situación, el propietario de la cosa tenida por una tercera persona puede recuperarla en cualquier momento, ejerciendo la acción correspondiente.

Séptimo: Que, en consecuencia, 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 —cuya carga procesal de probar le corresponde a la parte demandada— pues no existe controversia sobre el dominio del inmueble y tampoco se discute su ocupación por parte de la demandada.

Noveno: Que sobre la materia esta Corte Suprema 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, aunque sea de lo aparentemente ajeno. Así entonces, cuando el inciso segundo 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. Por ende, es un presupuesto de la esencia del precario la absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el propietario y los ocupantes de la cosa, es decir, una sufrida, permitida, tolerada o ignorada, tenencia meramente 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. (Corte Suprema, Rol Nº11.143-20).

En este sentido, resulta pertinente tener en especial consideración las palabras que, sobre este punto, se sirve la ley en la disposición que regula la acción de autos. 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, 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 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 (Corte Suprema, Rol 24.568-2020. También Corte Suprema Rol 42.903-2021).

Décimo: Que de conformidad con lo reseñado en los motivos que preceden, se observa que los jueces del fondo han efectuado una correcta aplicación de la normativa atinente al caso que se trata, por cuanto si bien se ha acreditado el dominio de la demandante sobre el bien respaldado por un título inscrito y vigente- y la ocupación que de él ha hecho el demandado, no deriva de la ignorancia o mera tolerancia por parte del dueño, sino de la existencia de una relación de familia entre la actora y el demandado, quienes estuvieron casados, manteniendo un vínculo de convivencia del cual nacieron tres hijos.



Undécimo: Que, por todo ello, el recurso de casación en el fondo deducido no podrá acogerse, toda vez que adolece de manifiesta falta de fundamento, debido a que esta Corte no advierte la infracción de ley en la que se construye esta nulidad sustancial.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado Jaime Andrés Comte Paredes, en representación de la demandante, en contra de la sentencia de dieciséis de diciembre de dos mil veintidós dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel.

Registrese y devuélvase, vía interconexión.

Rol Nº 3333-2023



Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Arturo Prado P., María Angélica Cecilia Repetto G., María Soledad Melo L., Ministra Suplente Dobra Francisca Lusic N. y Abogado Integrante Hector Humeres N. Santiago, ocho de marzo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a ocho de marzo de dos mil veintitrés, 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.