

Santiago, veintiuno de julio de dos mil veintitrés.

**VISTO:**

En este procedimiento sumario tramitado ante el Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol C-17037-2019, caratulado “Zumelzu con Álvarez” por sentencia de diecisiete de mayo de dos mil veintidós se acogió la demanda, sin costas. Se ordenó restituir al demandante Conrado Marcelo Zumelzu Zumelzu, el 50% de la parcela número 21, del antiguo Fundo San Miguel de Paine, de la comuna de Paine, al decimoquinto día hábil siguiente a aquel en que dicha sentencia quede ejecutoriada, bajo apercibimiento de lanzamiento con auxilio de la fuerza pública, de todo ocupante del inmueble.

La parte demandada apeló en contra de esta decisión y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de cuatro de noviembre de dos mil veintidós, la confirmó.

En contra este último pronunciamiento la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:**

**PRIMERO:** Que, en su recurso de nulidad sustancial la demandada denuncia infringidos los artículos 2195 inciso segundo y 1698 del Código Civil. Al efecto, señala que la declaración de testigos es insuficiente para acreditar que el demandante es dueño del retazo de terreno materia de esta litis y que su parte ha ocupado durante años.

Agrega que no es efectivo que la ocupación de la demandada lo sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia, pues ha alegado la existencia de un contrato de promesa de venta pactado con el anterior dueño de la propiedad.

Reitera que ha ocupado el inmueble por más de ocho años y que, según el actor, este retazo de terreno estaría en su propiedad de menor cabida. Sin embargo, afirma que el actor no demostró dónde se encontraba dicho retazo de terreno, como tampoco qué superficie tenía, sino que sólo señaló que se encontraba dentro de los límites de su inmueble de menor cabida.

**SEGUNDO:** Que, para un acertado examen de las alegaciones que postula el recurrente, resulta útil consignar las siguientes actuaciones del proceso:

- a) Conrado Marcelo Zumelzu Zumelzu dedujo demanda de precario en contra de Ruth Eliana Álvarez Vidal. Señala que el 12 de junio de 2017



compró a Marian Fernanda Franco Gallardo el 50% de los derechos que tenía sobre el inmueble ubicado en La Parcela N°21, del plano de subdivisión y levantamiento del resto de las parcelas “F” y “G” del antiguo fundo San Miguel de Paine, comuna de Paine, cuya restitución solicita. Explica que tomó conocimiento de la ocupación en el año 2018, debido a una investigación de la historia del inmueble que realizó su abogado, a través del portal del poder judicial y el Conservador de Bienes Raíces de Buin.

- b) La demandada opuso, en primer lugar, la excepción perentoria de prescripción adquisitiva, fundada en que el 4 de abril del año 2011 la demandada celebró con Hernán Salvador Carrasco Beltrán, un contrato de promesa de compraventa, por escritura pública. Éste último se obligó a vender, ceder y transferir a Ruth Eliana Álvarez Vidal, promitente compradora, quien se obligó a comprar, aceptar y adquirir para sí y para sus hijos en partes iguales, la totalidad del 50% de los derechos que le correspondían al promitente vendedor, en la propiedad denominada Parcela N°21, del plano de subdivisión y levantamiento del resto de las parcelas “F” y “G” del antiguo fundo San Miguel de Paine, de la comuna de Paine.

Al efecto, señaló que el precio de la compraventa prometida fue pactado en la suma de \$16.500.000, que se pagó la suma de \$7.500.000 con anterioridad a la fecha de celebración del contrato de promesa de compraventa y el saldo de \$9.000.000.- pagaderos en 45 cuotas mensuales, iguales y sucesivas de \$200.000, con vencimiento los días 30 de cada mes. Añadió que el 4 de abril del año 2011 se le entregó materialmente la propiedad, que correspondía a un terreno eriazo sin construcción, sin electricidad ni agua potable.

Agregó que en el contrato de promesa se estipuló que la compraventa prometida se celebraría cuando dichos derechos estuvieran inscritos a nombre del promitente vendedor en el Conservador de Bienes Raíces, en el plazo de 40 días contados desde la fecha de la suscripción de la escritura prometida, lo que no ocurrió pues el promitente vendedor cuando logró inscribir los derechos a su nombre, en marzo del año 2012, lo vendió a un tercero.



Agregó que construyó su casa en dicha propiedad, con la instalación de agua potable a su nombre, y luz eléctrica que le es proporcionada hasta la fecha, por la dueña del 50% restante de la propiedad, Teresa Aburto Miranda. Aseguró ser poseedora de buena fe, sobre la base de la existencia de una promesa de compraventa y que su posesión ha sido continua y tranquila, por un periodo de ocho años.

En subsidio, contestó la demanda y al afecto alegó que el demandante no ha especificado qué parte de la propiedad es la que debe, a su juicio, ser restituida.

**TERCERO:** Que, la decisión de primera instancia, confirmada sin fundamentos adicionales, por la Corte de Apelaciones de Santiago, se fundó en que no procede prescripción adquisitiva respecto de un inmueble con título inscrito en el Conservador de Bienes Raíces.

En el motivo décimo séptimo se consigna que al demandante le es suficiente probar que es dueño del inmueble para obtener su restitución, si quien se encuentra detentando la tenencia del mismo no acredita tenerlo a otro título que el de la ignorancia o mera tolerancia del propietario, ya que al ejercitarse esta acción se produce una situación de derecho que corresponde probar al dueño del inmueble, y la otra, que es de hecho, que compete al ocupante o tenedor de la cosa. Aclarado lo anterior, el tribunal consideró que correspondía al demandado acreditar o justificar el título que invoca para sustentar su ocupación quien, si bien compareció a estrados alegando que ocupaba el inmueble en virtud de una promesa de compraventa, del examen de este documento se advierte que fue otorgado por una persona ajena al juicio, de manera que no surte efecto respecto al demandante.

**CUARTO:** Que son hechos del proceso, los siguientes:

- a) Conrado Marcelo Zumelzu Zumelzu es dueño de la totalidad de los derechos que le correspondían a Marian Fernanda Franco Gallardo, ascendentes a un 50% en el dominio de la parcela número 21, del plano de subdivisión y levantamiento del resto de las parcelas F y G del antiguo Fundo San Miguel de Paine, de la comuna de Paine, inscrito a Fojas 3340 v, Número 4044, del Registro de Propiedad de Conservador de Bienes Raíces de Buin, correspondiente al año 2017;
- b) La demandada ocupa el inmueble singularizado anteriormente, según lo expresado tanto por ella en su escrito de contestación de la demanda como



por declaraciones de los testigos en audiencia de 18 de marzo de 2022, lo que consta además en el atestado del receptor que notificó la demanda, el 27 de enero de 2020.

- c) La demandada ocupa el inmueble en virtud de un contrato de promesa de compraventa, desde el 4 de abril del año 2011. Celebró dicho contrato con Hernán Salvador Carrasco Beltrán, por escritura pública, quien se obligó a vender, ceder y transferir la totalidad del 50% de los derechos que le correspondían en el dominio de la parcela número 21, del plano de subdivisión y levantamiento del resto de las parcelas F y G del antiguo Fundo San Miguel de Paine, de la comuna de Paine, inscrito a Fojas 3340 v, Número 4044, del Registro de Propiedad de Conservador de Bienes Raíces de Buin, correspondiente al año 2017;

**QUINTO:** Que, así expuestos los antecedentes del proceso y las alegaciones de la recurrente de casación, se observa que la controversia jurídica radica en determinar si los hechos asentados en la causa se encuadran dentro de la hipótesis de mera tolerancia que habilita al dueño de una propiedad para accionar de precario contra el o los ocupantes.

**SEXTO:** Que para estos efectos es necesario recordar que el artículo 2195 del Código Civil es del siguiente tenor: *“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.”*. Entonces, constituye un precario 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, 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, con arreglo al procedimiento sumario, según el artículo 680 N°6 del Código de Procedimiento Civil.

**SÉPTIMO:** Que, así las cosas, 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, pues no existe controversia sobre el dominio del inmueble y tampoco se discute la ocupación por parte de los demandados. El punto a dilucidar, entonces, se circunscribe a determinar si, a la luz de los hechos de la causa, existe un título que justifique la ocupación 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 que 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, mas no necesariamente a la existencia de una convención celebrada entre las partes.

En este punto resulta pertinente tener en especial consideración que la referida disposición señala que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato; 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 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 (Corte Suprema, Rol N°11.143-20).

**DÉCIMO:** Que, en cuanto al título que invoca la demandada como justificación de la tenencia, es un hecho de la causa que el inmueble objeto del precario ha sido ocupado por ella y su familia desde el mes de abril de 2011 y que el demandante obtuvo el dominio del 50% de los derechos que recaen sobre el inmueble ocupado, mediante un contrato de compraventa celebrado en el mes de junio de 2017.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, en las condiciones antes anotadas, la situación de hecho establecida en la causa no se encuadra dentro de la hipótesis



de ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa la cosa y su dueño. Muy por el contrario, la tenencia del inmueble se justifica, al menos, en la promesa de venta celebrada con el anterior dueño, quien, aun cuando prometió vender, enajenó sus derechos a una tercera persona, quien finalmente los transfirió al demandante en el año 2017. Como se advierte de la existencia del contrato de promesa de compraventa que, si bien no tiene por sí la posibilidad de transferir el dominio de una parte del inmueble, permite dar cuenta de un antecedente de la situación de hecho que justifica la ocupación material, más allá de la mera aquiescencia del actor.

La sentencia recurrida pareciera exigir como título habilitante, al tratarse de un inmueble, la suscripción e inscripción de un instrumento suficiente para transferir el dominio, razonamiento del todo errado, pues en el análisis del precario sólo se busca advertir una realidad material de ocupación desligada de algún fundamento que la justifique o basada únicamente en la mera tolerancia del poseedor o dueño.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que lo razonado pone de manifiesto el desacierto en que incurrieron los juzgadores al desatender la situación fáctica asentada en la causa, transgrediendo así el artículo 2195 del Código Civil, y esta infracción de ley ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que el error de derecho antes anotado condujo a los jueces a acoger, equivocadamente, una demanda de precario.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, en virtud de lo expuesto, el recurso de casación sustantiva será acogido, sin necesidad de ahondar en la restante infracción por no tener influencia en lo dispositivo del fallo.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Leopoldo Romero Yáñez, en representación de la demandada, en contra de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que es nula y se la reemplaza por aquella que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

**Regístrese y devuélvase vía interconexión.**

**Redacción a cargo del abogado señor Enrique Alcalde Rodríguez.**

**N°152888-2022.**



Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sra. María Angélica Repetto G., Sra. María Soledad Melo L., Ministro Suplente Sr. Juan Manuel Muñoz P. y los Abogados Integrantes Sr. Enrique Alcalde R. y Sr. Eduardo Morales R.

No firma el Abogado Integrante Sr. Alcalde, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y al acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.



En Santiago, a veintiuno de julio de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

