

Santiago, uno de agosto de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

En los autos tramitados ante el Segundo Juzgado de Letras de Calama, rol C3221-2020 caratulados “Servicios de Transportes de carga y otro Pedro Jorquera EIRL con Ramírez Jimena Ana”, por sentencia de veintiséis de abril de dos mil veintidós se acogió la demanda de precario y se condenó a la demandada a la restitución del inmueble que ocupa, con costas.

La demandada apeló de dicho fallo y una Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta por sentencia de veinticinco de agosto de dos mil veintidós confirmó la decisión.

Contra esta última sentencia recurre la demandada de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:**

**Primero:** Que la recurrente sostiene que en la sentencia impugnada se han infringido el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil.

Afirma que su representada con el representante legal de la actora estuvieron casados desde el año 1992 al 2020 esta última fecha donde se divorciaron, pero la adquisición del inmueble de marras se produce en junio del 2018, misma data del contrato de compraventa que sirve de título para la adquisición del inmueble para la Empresa E.I.R.L., bien que pertenecía a la sociedad conyugal donde el marido vendía a su propia empresa constituida para ese fin y nunca hubo pago de precio ni mucho menos entrega del inmueble, por ende, su representada siguió viviendo en el mismo, hecho acreditado en autos, y que supuestamente esto se habría realizado por mera tolerancia, situación que como veremos no es así. Agrega que la tenencia del inmueble radica en la adquisición que los cónyuges habían realizado en el año 2003, hecho igualmente asentado, y que posteriormente en el mes de junio de 2018 es el mismo cónyuge marido, quien ahora por medio de este juicio demanda a su representada para que restituya el inmueble, por ende, la tenencia es pretérita al título de adquisición donde su representada mantiene un derecho personal que puede ejercer en contra del ex marido respecto de los derechos que le asisten sobre el precio pactado.



Por último, sostiene que no de no mediar los yerros denunciados la Corte debió rechazar la acción.

**Segundo:** Que para una acertada resolución del recurso de nulidad sustancial resulta conveniente dejar constancia de las siguientes actuaciones del proceso:

1.- Comparece José Avendaño Salazar, abogado en representación de. Servicios Transportes de Carga, arriendo vehículos, pintura y desabolladura Pedro Antonio Jorquera Jorquera empresa individual de responsabilidad limitada, quien interpuso demanda contra Ana Georgina Ramírez Giménez.

Sostiene ser dueño de una vivienda ubicada en calle Colpa N° 746, que corresponde al sitio N° 73 de la Manzana R del Plano General de Loteo de “Villa Caspana Número Dos”, que se encuentra inscrita a su nombre a fojas 1.819, bajo el N° 1.570 en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de El Loa Calama, correspondiente al año 2018. Aseveró que por mera tolerancia de su representada, la está ocupando actualmente la demandada.

Dado lo expuesto, solicitó acoger la acción y condenar a la demandada a la restitución del bien, con costas.

2.- Juan Carlos López López, abogado, en representación de Ana Georgina Ramírez Giménez, evacuó el traslado de la contestación solicitando el rechazo de la acción, fundado en que su representada no ocupa el inmueble por mera tolerancia del demandante, puesto que la propiedad fue objeto de una compraventa en el año 2018, donde el representante legal de la empresa que comparece, era cónyuge de su representada hasta marzo de 2020, cuando se decretó el divorcio, ya que este inmueble constituía el hogar familiar y su representada vivió desde hace 17 años junto a su hija. Añadió que, producida la separación, las partes pactaron separación de bienes en el año 2018 manteniéndose la ocupación en carácter de garantía, mientras el deudor pagara el precio, por ende, tendría un derecho de uso acordado de forma verbal, por lo que no existiría mera tolerancia o ignorancia.

3.- El juez de primer grado, en lo que interesa al recurso, acogió la demanda de precario, sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

**Tercero:** Que en la sentencia impugnada se establecieron como hechos, los siguientes:

1. Que la actora es dueña de la propiedad sublite.



2. Que la demandada ocupa el inmueble de autos.

**Cuarto:** Que la controversia jurídica radica en determinar si los hechos asentados en la causa configuran la existencia de un título que permita a la demandada ocupar el inmueble o éstos 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.

**Quinto:** Que en estricto apego a la norma del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil y de acuerdo a la reiterada jurisprudencia sobre la materia, para que exista precario es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; que el demandado ocupe ese bien; y que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. De lo anterior se desprende que un elemento inherente al precario está constituido por una mera situación de hecho, la total ausencia de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado. El primer concepto –la ignorancia-, importa el desconocimiento, la falta de noticia de un hecho categórico, en el presente caso, que el inmueble que se pretende recuperar es ocupado por una persona; y el segundo –la mera tolerancia-, implica asumir una actitud permisora, el simple beneplácito o anuencia del propietario de la cosa que luego trata recuperar. Al demandante le corresponde acreditar que es dueño de la cosa y que es ocupada por el demandado; cumplida dicha carga probatoria, a éste le incumbe demostrar que la ocupación está justificada por un título o contrato y que, por lo tanto, no obedece a ignorancia o a mera tolerancia;

Por otro lado, el raciocinio que pretende que las instituciones del matrimonio y separación de ese estado civil, tienen, unos estatutos propios, por tanto, ajeno al precario, no puede ser compartido, pues ninguna norma autoriza tal privilegio frente al fuero general; al margen que de si eso se tratara, jamás podría prosperar un recurso de derecho estricto como la casación que ha omitido toda y cualquier infracción o error de derecho a las disposiciones legales que gobiernan el matrimonio, el divorcio y otras materias, lo que implica la total orfandad jurídica para resolver en esta especialísima sede justamente sobre la base de esa preceptiva

**Sexto:** 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 sería 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 2 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. 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 el ocupante 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° 2570-20, rol N° 11143-20).

La doctrina conceptúa al precario como “situación de hecho que consiste en la simple detentación de una cosa ajena, singular y determinada, sin antecedentes jurídicos que justifiquen tal detentación” (Urtubia Berríos, Fernando. El Precario en la Ley y Jurisprudencia Chilena, Valparaíso, 1979, página 19). Otro fallo expresó que la tenencia es simplemente tolerada, y por tanto es precaria, cuando está “sustentada en la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, aceptación, admisión, favor o gracia del dueño” (Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N° 59, 1985, página 35).

La doctrina a este respecto igualmente corrobora que el precario por tolerancia descansa efectivamente en que la detentación se debe a la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, del dueño de la cosa (Vergara Aldunate, Sofía. El Comodato Precario y el Simple Precario ante el Derecho y la Jurisprudencia, Editorial Conosur, 1991, página 115). (E. Corte Suprema, causa Rol 23.118-2014).

**Séptimo:** Que volviendo al caso que nos ocupa, y muy particularmente al título que invoca la demandada como justificación de la tenencia, es un hecho de la causa que el inmueble objeto del precario fue adquirido durante la vigencia de



la sociedad conyugal habida con el representante legal de la empresa demandante y ha sido ocupado por la demandada Ana Georgina Ramírez Giménez hace varios años y que reside en la propiedad en compañía de su hija. Es decir, no se encuentra controvertido que la demandada ingresó a la propiedad y ha residido todos estos años en ella con anterioridad a que la actora adquiriera el dominio del inmueble lo que además no era ignorado por ésta última.

**Octavo:** Que, en las condiciones antes anotadas, la situación fáctica establecida en la causa no se encuadra dentro de la hipótesis de ausencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene la ocupación de la cosa y su dueño. Muy por el contrario, la tenencia del inmueble se justifica en las relaciones familiares de la demandada. Consecuencialmente, al contrario de lo expuesto en la demanda de precario, los hechos dan cuenta de un claro vínculo lo cual se contrapone a una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada.

**Noveno:** Que lo razonado pone de manifiesto el desacierto en que incurrieron los juzgadores al desatender la situación fáctica asentada en la causa, transgrediendo 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, lo que llevará a acoger el recurso de casación sustantiva.

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 Juan Carlos López López, en representación de la parte demandada, contra la sentencia veinticinco de agosto de dos mil veintidós dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, invalidándose, y se la reemplaza por aquella que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada con el voto en contra de la abogada integrante Sra. Etcheberry quien estuvo por rechazar el recurso en base a las siguientes consideraciones:

1º Que lo principal que suscita la acción de precario que se desprende del inciso segundo del artículo 2195 se refiere a la legitimidad del título con el que quien detenta el inmueble se propone enervar la acción.

En este caso, y según la prueba rendida, dicho título sería algo así como que la propiedad pertenecía a la sociedad conyugal, hasta que se produjo la separación de bienes y que la demandada la ha habitado por largos años.



2º Qué habrá que notar que dicho título debe tener la entidad suficiente para justificar que el dueño se mantenga privado del uso y goce de la cosa.

3º Que estos disidentes no alcanzan a vislumbrar que comprensión del dominio, de la sociedad conyugal o del matrimonio pueden conducir a semejante conclusión. En primer lugar, se encuentra acreditado el dominio del actor, por lo mismo, en principio al menos, su derecho a usar, gozar y disponer de la cosa. En segundo lugar, tanto la sociedad conyugal como el matrimonio a cuyo abrigo se originó se encuentran disueltos, de manera que no podrían seguir produciendo un efecto de tal entidad; nada menos que privar al dueño del uso y el goce de su inmueble.

4º Que, como se ve, nada relativo a la disciplina del matrimonio, de la sociedad conyugal o del derecho real de dominio autoriza una conclusión como aquella que pretende la demandada.

Siendo las cosas de esta manera, la respuesta tendría que encontrarse en el lacónico tenor del inciso segundo del artículo 2195. Tendría que ser el caso que de sus palabras pudiera desprenderse que su alcance permite modificar la disciplina del matrimonio y de la sociedad conyugal que, como se ha visto, no resulta posible concebir si únicamente se le presta atención a ambas figuras.

Desde luego no existe nada en la historia del precepto en cuestión que permita siquiera aproximarse a dicha conclusión. Por otra parte, una mirada a la doctrina que se ha referido al problema que origina esta sentencia muestra, de una parte, que se ha reflexionado en varias ocasiones al respecto y, en segundo, que nadie ha defendido aun una conclusión como la que pretende la demandada.

La figura del precario es una creación de Bello a través de la cual se ha procurado compensar un déficit que deja la teoría de la posesión inscrita respecto de la acción reivindicatoria. No parece, entonces, que dicha función se neutralice adjudicando a las expresiones “sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño” un significado que desnaturalice la disciplina del matrimonio, de la sociedad conyugal, del contrato de promesa, compraventa, arrendamiento o cualquier otra figura que quien detenta la propiedad emplee para intentar enervar la acción de precario.

El precario no está constituido solo por una mera situación de hecho. No necesariamente es así, el precario está constituido por una situación en que el dueño debe tolerar, en conformidad a las normas generales, la detentación



material de aquella persona contra la cual ejerce la acción. De esta manera, la pregunta ha de ser si según las normas de derecho de contratos, el contrato que esgrime el detentador material es oponible al dueño, si según las reglas del derecho matrimonial, el matrimonio es oponible al dueño, etc.

En este caso, en realidad, el inciso segundo del artículo 2195 no modifica la fisonomía ni de la sociedad conyugal ni, en general del matrimonio, por lo tanto, la pregunta acerca de si la demandada se encuentra legitimada respecto del dueño para seguir detentando materialmente la cosa han de contestarse acudiendo a la disciplina del matrimonio y de la sociedad conyugal. Y, con cargo a esa normativa, la respuesta es perfectamente evidente, ni un matrimonio disuelto ni una sociedad conyugal ya liquidada producen ese efecto.

5º Que a mayor abundamiento, debemos poner atención en que el derecho de familia, ha creado una institución que protege la vivienda familiar como tal y le permitiría a la familia habitarla, aún después del divorcio, cual es la de los bienes familiares, sin embargo lo que pretende la demandada es sostener que su derecho emana del matrimonio, donde según el artículo 133 del Código Civil *“Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”*, lo anterior es efectivo, hasta que se produce el divorcio entre los cónyuges lo que ocurrió en el caso que analizamos, por lo cual tal como lo señala el artículo 60 de la Ley de Matrimonio Civil *“El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio”*, el hogar común que le permitiría válidamente el uso del inmueble a la demandada, es uno de esos derechos que se desprenden del matrimonio a que se refiere el artículo 60 ya transcrito y que terminan con el divorcio. Por todo lo anterior, no existe una errónea aplicación del inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, por parte de la magistratura de instancia, lo que debió llevar al rechazo del recurso.

Redacción a cargo de la abogada integrante Sra. Etcheberry.

Nº 111.173-2022

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Sr. Arturo Prado P., Mauricio Silva C., Ministro Suplente Sr. Hernán González G. y los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L. y Sra. Leonor Etcheberry C.

No firma el Ministro (S) Sra. González y la Abogada Integrante Sra. Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, el



primero por haber cesado el periodo de su suplencia y la segunda por encontrarse ausente.





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

