

C.A. de Temuco

Temuco, ocho de junio de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

Se ordenó traer los autos en relación para conocer de los recursos de casación en la forma y apelación, interpuestos por la demandada, en contra de la sentencia definitiva de 19 de octubre de 2022, dictada por el Primer Juzgado Civil de Temuco, en la causa rol N°C-742-2022, mediante la cual se acogió la demanda de acción de precario deducida por don Leonardo Conde Abeliuk, en representación de Annemarie Plesch Kunze, Carolina Cristina Hepp Plesch, Eduardo Cristian Hepp Plesch, Carlos Alberto Hepp Plesch, Ernesto Felipe Hepp Plesch, en contra de Christian Peter Dittmer Plesch, ordenando a la demandada a hacer entrega de los inmuebles, en la forma que se señala en la parte resolutive del fallo.

**CONSIDERANDO:**

**I. En cuanto al recurso de casación en la forma:**

**PRIMERO:** Que, según se expresa en el escrito, los vicios denunciados son los previstos en los N°4 y 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, haber sido dada ultra petita otorgando más de lo pedido por las partes o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal y; en haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos del artículo 170 del mismo texto legal, en particular, el número 3.

**SEGUNDO:** Que, la causal de casación establecida en el N°4 del artículo 768 del texto legal citado, la funda en que los demandantes de autos han accionado de precario esgrimiendo la hipótesis del inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil, atribuyéndose la calidad de “dueños de derechos” sobre los predios cuya restitución reclaman. Sin embargo, la sentencia dictada por el tribunal ha modificado sustancialmente la calidad jurídica con que los actores han comparecido, sindicándolos, no como dueños de derechos, sino como “poseedores inscritos” de los inmuebles. Argumenta que, si el



sentenciador no hubiera realizado lo anteriormente señalado, no podría haber dado lugar a la demanda, toda vez que el artículo 2195 citado, confiere la acción sólo al dueño pleno y absoluto de la cosa, y jamás al dueño de derechos. Agrega que conforme a las inscripciones de dominio, que acompañaron los demandantes, se puede concluir que ellos no tienen la posesión inscrita de los inmuebles, sino que sólo respecto “la cuota” que les corresponde en la comunidad a la que pertenecen. Afirma que ellos tampoco representan a la comunidad toda, ya que los demás comuneros no han accionado y los actores ni siquiera han expresado que actúan por la comunidad. Entonces, como dueños de la cuota, no son propietarios de parte alguna de los predios y por ende no están legitimados para el ejercicio de la acción de precario.

Agrega que la ultra petita se basa en el principio de pasividad que les corresponde a los jueces, quienes deben circunscribirse a declarar lo que las partes solicitan, en la calidad en que comparecen, no pudiendo forzar sus argumentaciones y calificaciones para concluir en algo diverso a lo planteado, como aconteció en esta sentencia, al darle a los demandantes una condición jurídica que no fue pedida y que tampoco se compadece con los antecedentes de prueba allegados al proceso.

Señala que el referido vicio causa un evidente perjuicio a su representado, toda vez que la actuación ultra petita, con que ha obrado el sentenciador, ha mejorado considerablemente la posición de los demandantes, acogándose una demanda que, por defectos en su formulación, al no dar cumplimiento a los requisitos legales, estaba condenada al fracaso, atribuyéndole a los actores una calidad que no señalaron, ni solicitaron, construyendo de esta forma -malamente- la hipótesis legal esgrimida por los actores.

**TERCERO:** Que, la causal de ultra petita se configura cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes o cuando se extiende a puntos que no han sido sometidos a la decisión del tribunal,



apartándose de los términos en que los litigantes fijaron la controversia, alterando el contenido de las acciones o excepciones o mudando su objeto o causa de pedir. En la especie, el fallo impugnado, al considerar antecedentes que aparecen atinentes con el debate para los efectos de resolver el conflicto planteado, no se ha extendido a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, por cuanto estos dicen relación con los hechos que le han servido de base para resolver.

Se demanda acción de precario en contra del demandado, el que, según el libelo, por mera tolerancia de los demandantes, se encuentra ocupando desde hace algún tiempo los inmuebles de autos y la casa construida en los mismos, sin que exista contrato o título previo de ninguna especie. Por su parte la demandada, al contestar la demanda, argumenta que no se cumplen los requisitos legales para que la acción de precario prospere, esto es: 1) Que los actores sean dueños de la cosa cuya restitución pretenden; 2) Que el demandado carezca de un título que le sirva de fundamento jurídico a la tenencia de la cosa y; 3) Que la tenencia del demandado sea ignorada o tolerada por el dueño.

Así las cosas, no aparece que el juez de primer grado haya alterado el contenido de estas, cambiado su objeto o modificado su causa de pedir. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que los jueces tienen amplias facultades para analizar los hechos dentro del contexto que la prueba les acredita y a agregar razones jurídicas, aun las que las partes no le han dado y que sirvan para esclarecer la cuestión controvertida. Luego, como aparece de la sentencia recurrida, ella no se ha extendido a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sino que se ha limitado a considerar los antecedentes hechos valer con ocasión de las alegaciones de las partes. En consecuencia, no se configura el vicio que la recurrente atribuye, en esta materia, a la sentencia impugnada, por lo que se desestimaré la causal de invalidación invocada por no existir el vicio de casación formal que se imputa.



**CUARTO:** Que, la causal del N°5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente lo relaciona con el N°3 del artículo 170 del mismo cuerpo legal citado, norma esta última que impone la obligación de que la sentencia consigne todas las excepciones y defensas alegadas por la demandada. Señala el recurrente que el fallo, en su parte expositiva, sólo reproduce una parte de dichas excepciones y defensas, pero no se hace cargo de aquellos antecedentes que dicen relación con las siguientes circunstancias: a) El hecho de que los mismos actores hubieren accionado de reivindicación, en juicio que se encuentra pendiente, lo que implica que existe una litis pendencia en cuanto a la causa de pedir, como se señaló al contestar la demanda. b) El hecho de que los mismos demandantes hubieren accionado de rendición de cuentas, en contra de su mandante, en calidad de administrador de la comunidad, en juicio que se encuentra pendiente, cuestión que implica un reconocimiento de que el demandado tiene una justificación distinta para estar en tenencia de los inmuebles. c) El hecho de que el demandado, por una parte, es hijo de una de las comuneras y cuenta, además, con un mandato general de ella, existiendo un proceso de partición de esa comunidad pendiente, lo que demuestra que los comuneros demandantes no son dueños de la cosa y que el demandado tiene un título para estar ocupando los inmuebles, de manera que no lo es por mera tolerancia de los actores.

Afirma el recurrente que el hecho de que el sentenciador no se haya hecho cargo de todas las excepciones y defensas alegadas por su parte han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo toda vez que el tribunal, al no tomarlas en cuenta, concluyó del modo que lo hizo en su parte resolutive, acogiendo una acción que no cumple con los requisitos legales.

**QUINTO:** Que, el recurso de casación en la forma exige no solo que la sentencia adolezca del vicio formal que se reclama, sino que también la Corte puede desestimarla si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable solo



con la invalidación del fallo. Situación que acontece en la especie, toda vez que la nulidad se interpuso conjuntamente con el recurso de apelación que habilita a esta Corte para revisar los hechos y el derecho aplicable y, de existir, corregir los vicios relativos a la valoración de la prueba. Por estas razones, el referido recurso no puede prosperar.

**En cuanto al recurso de apelación**

Se reproduce la sentencia de primera instancia, con excepción de sus considerandos octavo, noveno y décimo, que se eliminan.

**SEXTO:** Que, la demandada ha deducido recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia que acogió la demanda de precario deducida por el actor, fundada en el artículo 2195 inciso 2 del Código Civil, esto es, “La tenencia de una cosa, sin previo contrato o por ignorancia o mera tolerancia del dueño”, siendo supuestos para que prospere la acción, en consecuencia los siguientes: a) Que el actor sea dueño de la cosa cuya restitución demanda; b) Que el demandado detente en su poder esa cosa; c) Que la tenencia de la cosa obedezca a la ignorancia o mera tolerancia de su dueño.

**SEPTIMO:** Que, en el presente caso, el demandado controvirtió en su presentación el derecho de dominio reclamado por los demandantes sobre los inmuebles ubicados en el lugar denominado “Cantera Quinquer”, estación Metrenco, provincia de Cautín, ciudad de Temuco, Región de la Araucanía, pues sostiene que los demandantes sólo son dueños de derechos sobre dichos inmuebles, el cual es de dominio de una comunidad formada por los actores y la madre del demandado, que cuenta con un mandato general de ella.

**OCTAVO:** Que, con el fin de acreditar sus afirmaciones, el demandando acompañó documentos consistentes en: 1) Copia de mandato general de doña Leonor Plesch Kunze en favor del demandado, otorgado ante la Notario de Temuco doña Esmirna Vidal Moraga, con fecha 26 de abril de 2018. 2) Copia de expediente Rol 31.643-2019, sobre nombramiento de partidor ,seguido ante 16° Juzgado Civil de Santiago; 3) Copia de expediente Rol N°400.428-



2020 sobre reivindicación, seguido ante el 1° Juzgado Civil de Temuco ; 4) Copia de expediente Rol N°4420-2020 sobre rendición de cuentas seguido ante el 1° Juzgado Civil de Temuco; 5) Certificado de nacimiento de don Christian Peter Dittmer Plesch y; 6) Copia de expediente Rol N°C-12022, sobre demanda de cese de goce gratuito, seguido en el 20° Juzgado Civil de Santiago.

**NOVENO:** Que los instrumentos reseñados y acompañados por la demandada permiten tener por acreditados los siguientes hechos: Que la sucesión de doña Karen Plesch Kunze, formada por sus hijos Carlos Alberto, Eduardo Cristián, Ernesto Felipe y Carolina Hepp Plesch, son dueños de las acciones y derechos parte o cuota sobre un retazo de terreno de 48.809 metros cuadrados. Del mismo modo, que dicha comunidad hereditaria es dueña de las acciones y derechos, parte o cuota que a doña Karen Plesch Kunze le correspondían en la hijuela N°112, de 14.01 hectáreas. Y que, por otra parte, esta misma comunidad hereditaria, conjuntamente con doña Anne Marie, doña Antje Erika, doña Leonor Plesch Kunze, son dueños en común de estos mismos inmuebles y, esta última comunidad, además, es duela de un retazo de 47.700 metros cuadrados que deviene de la hijuela 344.

**DÉCIMO:** Que los demandantes de esta causa han iniciado un juicio particional en la causa Rol C-31643-2019 seguido ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, sobre nombramiento de juez partidador, la que tiene por objeto dirimir las contiendas entre los demandantes y los demás comuneros para adjudicar partes específicas de los predios a unos y otros.

**UNDÉCIMO:** Que, conforme a lo relacionado, esta Corte advierte que no concurre en este caso el primero de los requisitos exigidos para que prospere la acción de precario, cual es, que los demandantes sean dueños exclusivos, absolutos o plenos de la cosa, cuya restitución se reclama. En efecto, es un hecho pacífico que los derechos que detentan los actores, en relación a los predios, los tienen conjuntamente con otros comuneros, quienes no han comparecido



todos accionando en esta causa, ni tampoco se ha invocado, por los demandantes, el mandato tácito y recíproco entre comuneros, como una medida de conservación de la cosa común.

**DUODÉCIMO:** Que, por otra parte, ha quedado establecido en el proceso que la detentación por el demandado de los inmuebles, cuya restitución solicitan, proviene de su calidad de mandatario de su madre, doña Leonor Plesch Kunze, quien es también comunera en esa comunidad hereditaria.

En consecuencia, la ocupación que el demandado hace de los mismos deriva de la circunstancia de ser mandatario de dicha comunera, por lo que no admite duda que detenta el inmueble en virtud de un título, en otras palabras, en base a una situación jurídica distinta a la ignorancia o mera tolerancia del actor. Por estas razones, la demanda de precario deberá ser desestimada, revocándose la sentencia recurrida, como se dirá en la parte resolutive.

Por estas consideraciones y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 1698 y 2195 del Código Civil, 144, 186 y 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I. Que **SE RECHAZA** el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia definitiva de 19 de octubre de 2022, dictada por el 1º Juzgado Civil de Temuco.

II. Que **SE REVOGA**, la sentencia antes individualizada y en su lugar se decide que **NO SE HACE LUGAR** a la demanda de precario interpuesta por doña Anne Marie Plesch Kunze, Carolina Cristina Hepp Plesch, don Eduardo Cristina Hepp Plesch, don Carlos Alberto Hepp Plesch y don Ernesto Felipe Hepp Plesch, en contra de don Christian Peter Dittmer Plesch, con costas

Regístrese y devuélvase.

Redactada por el Abogado Integrante Sr. Fernando Cartes Sepúlveda.

Rol N° Civil-1758-2022.(jog)





G1WVGXFVWXJLT



Pronunciado por la Primera Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, integrada por el Ministro Sr. José Marinello Federici y el Abogado Integrante Sr. Fernando Cartes Sepúlveda. Se deja constancia que no firma la Ministra Sra. Cecilia Aravena López, no obstante concurrir a la vista y acuerdo de la presente causa, por estar haciendo uso de su feriado legal. Temuco, ocho de junio de dos mil veintitrés.

En Temuco, a ocho de junio de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por 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.  
A contar del 02 de abril de 2023, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>