

Santiago, treinta de octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

En esta causa Rol N° C-115-2.014 del Juzgado de Letras de Quirihue, procedimiento sumario sobre precario, incoada por Pablo Asner Muñoz Cáceres contra Roberto Adrián Muñoz Cáceres, el abogado Luis Nabor Fuenzalida Zapata, actuando en representación del demandante, recurre de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia dictada el veintiocho de abril de dos mil dieciséis, a fs. 142 vta., por la Corte de Apelaciones de Chillán, que confirmó la de primera instancia que desestimó la demanda.

Para la impugnación de forma hace valer la causal del artículo 768 N° 5° del Código de Procedimiento Civil, en relación con el 170 N° 4° del mismo; y los números 5, 8 y 10 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, de treinta de septiembre de mil novecientos veinte, Sobre la Forma de las Sentencias.

Cuanto al reproche substantivo, acusa –en el orden que sigue– vulneración de los artículos 1698 inciso primero, 2174 “y siguientes”, 2195 inciso segundo del Código Civil, 402 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, 1698 inciso primero “y siguientes”, 2195 inciso segundo del estatuto privado en relación con el 384 Nos. 1°, 2° y 4° del de procedimientos, 426 inciso segundo del propio, y 1712 incisos primero y tercero del código de Bello en conexión con el 462 de la compilación procesal.

Solicita, en ambos recursos, que se anule el fallo recurrido, emitiéndose uno de reemplazo que revoque la sentencia del juzgado de base, acogiendo la demanda en todas sus partes.

Traídos que fueron los antecedentes en relación, se procedió a su vista en la audiencia de dos de mayo de dos mil diecisiete, dejándose el asunto en acuerdo.

Y TENIENDO PRESENTE QUE:

1°.- Pablo Asner Muñoz Cáceres introduce acción de precario contra su hermano Roberto Adrián Muñoz Cáceres, para que le sea restituido el inmueble correspondiente al lote 2E y 2F (de 1,85 y 5,65 hectáreas, respectivamente) de la subdivisión del predio ubicado en el sector El Manzano, comuna de Quirihue; inscrito a fojas 7 vuelta, N° 13, del Registro



de Propiedad del año dos mil trece, del Conservador de Bienes Raíces de la misma comuna.

Explica que el lote N° 2 le fue adjudicado en la partición de los bienes quedados al fallecimiento de su padre, Alberto María Muñoz Sepúlveda, y liquidación de la sociedad conyugal habida entre éste y Ermina del Carmen Cáceres Orellana, madre del actor; que dicho lote fue subdividido en las porciones 2A, 2B, 2C, 2D, 2E y 2F; que enajenó las cuatro primeras, quedando como dueño de los lotes 2E y 2F; que el demandado se encuentra ocupando dos retazos, uno de 0,73 hectáreas en el lote 2E y otro de 1,82 hectáreas en el 2F; que carece de contrato que lo habilite para ello; y que esa presencia obedece a su mera tolerancia.

En la audiencia de estilo –de siete de agosto de dos mil diecisiete– el demandado solicita el rechazo de la acción en todas sus partes, sin más.

El Juzgado de Letras de Quirihue rechazó la demanda de precario al estimar que Pablo Asner Muñoz Cáceres no precisó con la “suficiente determinación los retazos exactos que se demandan y que el demandado estaría ocupando”, ello al indicar una superficie aproximada de éstos, por lo que de accederse a lo pedido “La sentencia que así se dictare sería absolutamente indeterminada...”. Además, agrega que ambas partes alegan tener derechos sobre los terrenos recibidos por herencia de sus padres y que el demandado los ocupa “desde hace muchos años”.

La Corte de Apelaciones de Chillán confirmó lo resuelto por el juzgado, efectuando un análisis de la prueba rendida por las partes –testimonial, absolución de posiciones del demandado y documental– para concluir que el solicitante no logró acreditar los requisitos de procedencia que establece el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil;

2°.- Contra esa sentencia el demandante interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.

El de forma esgrime la causal 5ª. del artículo 768, en relación con el 170 N° 4°, ambos del Código de Procedimiento Civil.

El de fondo se agrupa en tres secciones. La primera acusa la infracción de los artículos 1698 inciso primero, 2174 “y siguientes” y 2195 inciso segundo del Código Civil, además del 402 inciso primero del de procedimiento del ramo. La segunda vuelve sobre los citados artículos 1698 inciso primero y 2195 inciso segundo, pero esta vez asociados al 384 Nos.



1°, 2° y 4° y 426 inciso segundo del estatuto procesal. La tercera y última aduce vulnerados los particulares 1712 incisos primero y tercero del cuerpo de leyes privadas, relacionado con el 426 del código de procedimientos.

En ambos casos se solicita la invalidación del fallo de que se trata, para ser reemplazado por otro que amerite la acción de precario.

Se los abordará en ese mismo orden;

#### **I.- Recurso de casación en la forma.**

3°.- En criterio del demandante, la sentencia omite las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, lo que configuraría la causal 5ª. del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que éste exige decisiones jurisdiccionales cabales, que se basten a sí mismas, situación que no se concreta cada vez que se las pronuncia con omisión de cualquiera de los requisitos que menciona su especie 170, que precisamente les demanda, en su numeral cuarto, aquellas consideraciones de hecho o de derecho fundantes de la decisión;

4°.- La acusación se centra en que, a pesar de haber tenido por concurrente los dos primeros requisitos de procedencia del instituto precario, esto es, el dominio del demandante sobre el bien raíz cuya restitución anhela y, en segundo término, el hecho de la ocupación de ése por parte del demandado, no accedió a lo pedido, sin explicitar “ninguna fundamentación de hecho y de derecho que explique por qué el presupuesto de la acción de precario deducida, que la tenencia del demandado se deba a mera tolerancia del dueño, no se encuentra probado.” (fojas 148)

En torno al punto, juzga que hay razonamientos contradictorios, pues el fallo de primer grado daría mérito a la confesión del demandado en orden a que ocupa el predio porque es heredero, mientras el de alzada priva a esa confesión de todo valor probatorio en contra del absolvente. Ambos quedan, de esa manera, tácitamente eliminados.

Ahora bien, continúa, como es justamente en esa hipotética condición de heredero que el recurrido se apoya para argüir que su presencia obedece a la mera tolerancia de quien lo persigue, el fallo definitivamente queda sin razones sobre aspecto tan crucial a la contienda;

5°.- En otra perspectiva, esta vez confinada en la prueba testimonial y presuncional, el libelo de impugnación se queja de la ausencia de fundamentos explicativos de la causa que condujo a los sentenciadores a no



conferir al testimonio de Pedro Arnoldo Muñoz Cáceres, único testigo presentado por el recurrente –que es hermano de ambos litigantes– el carácter de presunción judicial, al tenor del artículo 426 inciso segundo de la compilación procesal, para tener por sentado que el demandado ocupa la finca por mera tolerancia del demandante. Le parece que no es razón suficiente el limitarse a señalar que esa probanza no alcanza el grado suficiente de gravedad y precisión, referencia simple, cuanto más si se trata del atestado de un hermano de los contendientes; echa de menos una explicación en torno a la referida insuficiencia, lo que pasaba por detenerse en la interpretación que les merece el requisito de gravedad y precisión del artículo 426;

6°.- En suma, como se desprende de los dos capítulos que inmediatamente anteceden, no habría en la resolución del achaque una justificación de cara a la conclusión de no haberse probado que Roberto Adrián Muñoz Cáceres ocupa el bien raíz por mera tolerancia de su hermano Pablo Asner; primeramente, porque las referencias a la prueba confesional han de entenderse inexistentes, por contradictorias entre sí; segundamente, porque se habría descalificado un testimonio singular configurativo de una presunción singular que reúne las condiciones de gravedad y precisión para hacer plena prueba, con una mera aseveración de no ser suficiente al efecto;

7°.- Respecto de la primera de tales especies, el recurso denuncia la contradicción entre el argumento séptimo del fallo de primera instancia, por una parte, y el quinto del de segunda, por la otra.

Razona aquel séptimo, que el actor “hizo comparecer a estrados al demandado Roberto Adrián Muñoz Cáceres... a absolver posiciones... negando todo lo preguntado. En efecto, que ocupa los dos retazos del terreno que se le demanda, porque él también es heredero.” (fojas 116)

No participan estos sentenciadores de la opinión del recurrente en cuanto a que con ese discurso el juez del tribunal de base esté asignando consecuencia probatoria de algún tipo a la comparecencia que el demandado efectuó a fojas 25 para hacerse cargo del pliego de fojas 24; la frase “negando todo lo preguntado” no avala semejante aserto. Por tanto, si esta conclusión no es errónea, se esfuma la contradicción en que se basa la hipotética ausencia de argumentación que daría paso a la antedicha causal invalidadora del artículo 768 N° 5°, como quiera que el transcrito



razonamiento no se opondría al de alzada en orden a que la absolución de posiciones de Roberto Adrián Muñoz Cáceres “carece de todo valor probatorio, por cuanto de su examen no es posible desprender consecuencias jurídicas en contra de la solvente.” (fundamento 5°, fojas 143 vuelta);

8°. Tocante a la otra arista de la misma causal de nulidad, que el recurso enfoca en la presunción singular derivada del único testimonio rendido por el pretendiente, que reuniría, a su juicio, los caracteres de gravedad y precisión ya anotados, se tiene que la resolución de la Corte de Apelaciones aborda esa temática “tan sólo a mayor abundamiento y sin perjuicio de lo ya dicho” –motivo 4°, fojas 143– lo que lleva a examinar lo que antes el fallo ha señalado.

En su primer considerando, toma en cuenta el testimonio singular de la parte que demanda. En el segundo, se detiene en las declaraciones de los tres testigos de su contradictor. En el tercero, manifiesta que “el testimonio reseñado en el fundamento primero de este fallo, se encuentra contradicho con las declaraciones de los testigos del demandado y que han sido reseñadas en el fundamento segundo del fallo. Ahora bien, el testigo del demandante y los tres testigos del demandado reúnen igual condición de imparcialidad y de veracidad, razón por la cual conforme lo dispone el artículo 384 número 4 del Código de Procedimiento Civil, este Tribunal tiene por cierto lo que declaran los testigos del demandado por ser mayores en número.” (fojas 143).

De lo anterior se desprende que el tema del valor probatorio de la declaración de Pedro Arnoldo Muñoz Cáceres, único testigo presentado por el demandante, se zanjó de acuerdo con la regla 4ª. del artículo 384 del código en referencia. En ese instante quedó labrada la decisión relativa al desmerecimiento de la testifical del actor. De ahí que lo que viene a continuación, en el ya adelantado razonamiento cuarto, no pueda sino serlo, tal como se lo explicita, a modo de *obiter dictum* y, en ese carácter, sus desarrollos y conclusiones no influyen decisivamente en lo que termina decidiéndose, como quiera que ello obedece a lo anteriormente sentado de cara a que, aplicada la hipótesis 4ª. del artículo 384 –que no la 1ª. de ellas– desvanecida queda, *ipso facto*, la aplicación de la regla del inciso segundo del artículo 426.



Claro está que lo dicho se alza como un obstáculo insalvable al éxito de la presente alegación. No está demás, sin embargo, recordar que una de tantas materias mansas a la doctrina procesal probatoria consiste en que la calificación de gravedad y precisión de un indicio o antecedente para los efectos de configurar una presunción, está privativamente reservada a los adjudicadores del fondo, lo que obsta a que en torno a ella se pretenda anular un veredicto de esta naturaleza; todavía, no se mire como superfluo añadir que, en este caso, el tribunal de alzada no se limitó, como se lo acusa, a despreciar, sin más, el único testimonio rendido por el demandante, sino que su conclusión en punto a carecer ése de suficiente gravedad y precisión queda apoyada en que “sólo afirma (el testigo) que la ocupación del predio por el demandado es por mera tolerancia del demandante, pero en ninguna parte señala los actos o actitudes realizadas por el demandante que le permitan (al testigo) afirmar, sin más, la existencia de una mera tolerancia de parte del dueño del predio...”, como se lee en el penúltimo párrafo del propio considerando 4° del fallo bajo control;

9°.- Cuanto dicho autoriza desestimar, también, esta segunda cara de la queja adjetiva, lo que acarreará, en definitiva, el rechazo del recurso de casación en la forma.

## **II.- Recurso de casación en el fondo.**

10°.- Primera sección: artículos 1698 inciso primero, 2174 “y siguientes” y 2195 inciso segundo del Código Civil, además del 402 inciso primero del de procedimiento del ramo.

Argumenta que son requisitos de procedencia de la acción precaria el que el demandante sea dueño de la cosa sobre que recae, que la ocupa y, lo que interesa al quejoso, que esto último obedece a su tolerancia. Observa que el demandado reconoció el hecho de la ocupación, que atribuyó a su carácter de heredero, aseveración que no probó, no obstante tratarse de un hecho que por imperativo de los artículos 1698 inciso primero y 2195 inciso segundo antes mencionados, debió este último acreditar. Se queja que tanto el fallo de primer grado como el de alzada han infringido esos dos preceptos, invirtiendo el peso de la prueba, toda vez que incumbe al invasor establecer que su estadía en el sitio está justificada, sin embargo de lo cual los jueces han hecho recaer sobre el pretendiente la carga de comprobar que la ocupación se debe a su mera tolerancia.



Afirma que tal defecto tiene una influencia decisiva en lo resuelto, por cuanto al resultar innegable que Roberto Adrián Muñoz Cáceres no probó la condición de heredero que reclama para sí como justificativo de su intrusión en dominio ajeno, no pudo la Corte juzgar inconcurrente el esencial requisito de la mera tolerancia, fundamento de la demanda;

11º.- A fojas 25 compareció el demandado, Roberto Adrián Muñoz Cáceres, para responder las preguntas que se incluyó en el listado de fojas 24.

La tercera de éstas le planteó “cómo es efectivo que Ud. ocupa los dos retazos que se demanda, de 0,73 y 1,82, más o menos, respectivamente, que se muestran en los Planos de subdivisión, Nros. 7 y 35, parte inferior, tarjado con lápiz, agregados al expediente, que se le exhiben en este momento.”

La respuesta fue: “Sí, los ocupo, soy heredero, también.”;

12º.- El artículo 402 inciso primero del Código de Procedimiento Civil predica que “No se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio.”

Aplicada esta regla de derecho probatorio a lo que viene exponiéndose, resulta que en la diligencia de absolucón de posiciones de fs. 24 y 25, Roberto Adrián Muñoz Cáceres confesó el hecho de la ocupación y, al mismo tiempo, adujo que lo hacía como heredero.

Lo primero no merecía discusión.

Lo segundo adquiere relevancia en el sentido que en esa gestión el demandado reviste su estadía con una determinada titularidad, cual la condición de heredero, aunque no la adorna con alguna clase de explicación.

El mérito de tal actuación radica en que a partir de entonces, lo que ha debido probar el recurrido es su asumido carácter de heredero, porque solo eso podría justificar su presencia en el lugar;

13º.- Empero, la sentencia impugnada no lo entendió así, como lo refleja el tenor de su motivo 5º: “Que, la diligencia de absolucón de posiciones de fojas 25 del demandado Roberto Adrián Muñoz Cáceres carece de todo valor probatorio, por cuanto de su examen no es posible desprender consecuencias jurídicas en contra del absolvente.” (fojas 143 vuelta);



14°.- A raíz de esa aseveración, el fallo se limitó a revisar la prueba testifical de las partes, a la que aplicó la regla cuarta del artículo 384 de la recopilación procedimental, prefiriendo la de los tres testigos del demandado por sobre la del único compareciente de contraria, al ser aquéllos superiores en número.

El testimonio singular de quien declaró por el actor, Pedro Arnoldo Muñoz Cáceres –hermano de los contendientes– hizo hincapié en que la ocupación de su hermano Roberto Adrián respondía a la mera tolerancia de Pablo Asner.

Los jueces razonaron que Pedro Arnoldo no respaldó ese aserto –mera tolerancia– con actos o actitudes del demandante, que lo ameritaran, lo que los llevó a concluir que no podía calificarse su discurso, conforme a la presunción judicial privilegiada de que trata el artículo 426 inciso segundo del mencionado código.

Como consecuencia, concluyeron que no quedó establecida la mera tolerancia, abortando la acción;

15°.- Sobradamente conocida es la máxima que recoge el artículo 1698 inciso primero del Código Civil, en el sentido que incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquéllas o ésta.

Dicho está que el demandado confesó ocupar los bienes raíces como heredero, voz esta última que equivale a una calificación de su estadia, lo que naturalmente se alza como una oposición a la tesis de contraria, que define esa presencia como un hecho puramente causado por su tolerancia. De ahí que, como es, por lo demás, tradicional en la interpretación y aplicación que en nuestro medio se da al instituto precario y su régimen probatorio, el peso de la prueba de la susodicha circunstancia, recae sobre quien la esgrime, en la especie, el demandado Roberto Adrián Muñoz Cáceres;

16°.- Se tiene, pues, que, por una parte, la sentencia que se examina privó de mérito probatorio a la confesión que sobre hechos personales suyos prestó el ganancioso y que, de acuerdo con el señalado artículo 402 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, no tolera prueba alguna en contrario; por esa vía, hizo abstracción de lo que viene siendo relevante para dirimir el conflicto, como lo es que el propio demandado señala estar donde





está porque es heredero, sin más, punto crucial sobre el que, consiguientemente, los sentenciadores no se detuvieron.

Hay en ello una vulneración del referido precepto del estatuto procesal;

17º.- Por otra parte, dejado de lado que fue el tema de la condición de heredero del hermano Roberto Adrián, los jueces equivocaron al asumir que lo que debía probarse –que ya no la calidad de heredero– era la mera tolerancia –como hecho– y que quien debía hacerlo era el propio demandante, quebrando de esa manera la regla básica asentada en el tan conocido artículo 1698.

Salta a la vista la infracción de ese apotegma;

18º.- De esa manera resulta estar en lo correcto el demandante al acusar la contravención de los artículos 402 inciso primero del Código de Procedimiento Civil y 1698 inciso homónimo del civil, con la agravante que de ello ha derivado la falta del debido tratamiento del precario que estatuye la norma substantiva en este orden de materias, como lo es el artículo 2195 inciso segundo del último de los cuerpos legales citado, situación que impele a acceder a la invalidación que se solicita, haciendo innecesario el análisis de las otras dos secciones que comprende el escrito de alzamiento.

Consideraciones sobre la base de las cuales:

**A. Se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido por el abogado Luis Nabor Fuenzalida Zapata, actuando en representación del demandante Pablo Asner Muñoz Cáceres, en lo principal de la presentación de fojas 145, contra la singularizada sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán.

**B. Se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto por el mismo letrado contra idéntica resolución, en el primer otrosí del señalado escrito, declarándose nula dicha sentencia de veintiocho de abril de dos mil dieciséis, corriente a fojas 142 vuelta, pasando a emitirse inmediatamente a continuación y sin nueva vista, la de reemplazo que corresponde.

Redacción del ministro Cerda.

Regístrese.

Nº 34.003–2.016.–

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras. Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Carlos



Cerda F., y los Abogados Integrantes señor Carlos Pizarro W., y señora Leonor Etcheberry C. Santiago, treinta de octubre de dos mil diecisiete.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a treinta de octubre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

