

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil veinte.

**Visto:**

En estos autos Rol C-122.796-2016, seguidos ante el Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, por sentencia de veintiséis de octubre de dos mil diecisiete, se acogió la demanda de precario interpuesta por doña Sonia Dedez Cortés y se condenó a la demandada, doña Maribel Tapia Ramírez, a la restitución del inmueble.

Se alzó la demandada y una sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, la confirmó.

En contra de esta última decisión, la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que denuncia vulnerados los artículos 1438, 1698, 1703 y 2195 inciso segundo del Código Civil, por cuanto la sentencia consideró que la demandada no acreditó un título oponible a la demandante que la habilitara para ocupar el inmueble *sub iudice*, precisando que tiene relación con la comunidad hereditaria que es dueña, ya que su madre es copropietaria y le permitió residir en la vivienda cuya restitución se pretende, de modo que la afirmación efectuada por los tribunales del fondo, respecto al mandato tácito y recíproco de los demás comuneros que validó la presentación de la demanda y su acogimiento posterior, no es efectiva, por lo que no concurren los requisitos contenidos en los artículos 2081 y 2305 del Código Civil, razones por las que solicita la invalidación del fallo y se dicte el de reemplazo que rechace la demanda.

**Segundo:** Que en la sentencia se establecieron los siguientes hechos:

1.- La demandante, doña Sonia Dedez Cortés, es copropietaria del inmueble ubicado en calle José Martí N°4213, de la Población Lo Valledor Norte, de la comuna de Pedro Aguirre Cerda, en comunidad con doña Antonia del Carmen, doña María Teresa, doña María Demófila y doña Ana Rosa Ramírez Cortés.

2.- La demandada, doña Maribel Tapia Ramírez, reside en el referido inmueble en el que se radicó una vez que su madre, doña María Teresa Ramírez Cortés, dejó de residir en él y la autorizó para que lo ocupara.

Sobre la base de los hechos establecidos, la judicatura del fondo acogió la demanda, puesto que consideró que el inmueble lo ocupaba por mera tolerancia



de la demandante y que carecía de un título válido que justificara su permanencia en él, razones por las que desestimó sus alegaciones e hizo lugar a la restitución reclamada.

**Tercero:** Que, de acuerdo a lo que dispone el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, los requisitos del precario son los siguientes: que la parte demandante sea dueña del bien que pretende se le restituya; que el demandado lo ocupe; que esa ocupación lo sea sin previo contrato y, por último, que lo sea por ignorancia o mera tolerancia del propietario. La carga de la prueba de las dos primeras exigencias incumbe al actor y, cumplida, es el demandado quien debe probar que la ocupación está justificada por un título o contrato y que, por lo tanto, no obedece a su ignorancia o mera tolerancia.

**Cuarto:** Que cabe señalar que la demandante compareció en calidad de comunera del inmueble cuya restitución solicita en virtud del mandato tácito que disponen los artículos 2305 y 2081 del código citado.

En el cuasicontrato de comunidad el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios sobre el haber social y, conforme al referido artículo 2081, si entre los socios no se ha conferido la administración a uno o más de ellos, se entenderá que cada uno ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades generales propias del administrador social, dentro de los límites legales, debiendo rendir cuenta a sus consocios, norma que prevé, sin duda, un mandato tácito y recíproco entre los socios para los efectos de la administración de la cosa común, mandato que también tienen los comuneros individualmente considerados, a quienes corresponde salvaguardar el patrimonio indiviso.

**Quinto:** Que, como se dijo, entre las facultades que se confieren a cada uno de los socios -comuneros en el caso- se encuentra específicamente la de cuidar de la conservación del haber común y conservar es guardar, de modo que el ejercicio de la acción de precario, orientada a recuperar la tenencia de la cosa común, es decir, a preservar el haber de la comunidad, no puede sino constituir un acto de administración de aquellos para los que la ley faculta expresamente realizar a cada comunero. De esta forma, si no existe un administrador de la cosa común, los comuneros pueden ejercer actos que tiendan a su conservación, porque *“no puede impedirse que un comunero trate de resguardar su derecho, el cual podría desvanecerse si la cosa sobre que recae pudiera destruirse o*



*perderse para la comunidad.*” (Alessandri, Somarriva y Vodanovic: “Tratado de los Derechos Reales”, Tomo I, sexta edición, página 113).

**Sexto:** Que sobre la base de lo razonado, corresponde analizar si concurre la legitimación que la demandante postula, es decir, si efectivamente demandó la restitución de la propiedad amparada en el mandato tácito y recíproco existente entre los comuneros.

**Séptimo:** Que si bien la demandante afirma en la demanda *“que el bien raíz es de exclusiva propiedad y dominio de la comunidad formada por mis hermanas y yo, individualizadas en el numeral 9 de los hechos de esta presentación (Antonia del Carmen Ramírez Cortés, Sonia Dedez Cortés, María Teresa Ramírez Cortés, María Demófila Ramírez Cortés y Ana María Ramírez Cortés) y de que doña Maribel Tapia Ramírez se encuentra usándola ilegal y arbitrariamente”*, se tuvo por acreditado que la demandada es hija de doña María Teresa Ramírez Cortés, que le permitió vivir en el lugar, circunstancia que revela la inexistencia de una voluntad unívoca entre los miembros de la comunidad para procurar la desocupación del inmueble, evidenciándose que los intereses son divergentes.

En este sentido, si bien este mandato se puede presumir, no existe cuando aparece desvirtuado por las circunstancias fácticas establecidas en el juicio como ocurre en el caso de autos, pues otra de las comuneras, distinta a la demandante, decidió que el uso del inmueble sería ejercido por su hija.

**Octavo:** Que así expuestos los antecedentes queda en evidencia que, en este caso, no se configura la hipótesis del mandato tácito y recíproco entre comuneros, por cuanto no confluye la voluntad de todos en el propósito perseguido por la demandante, de manera que se puede concluir que no pudo accionar en representación ni a favor de la comunidad la restitución del inmueble.

**Noveno:** Que, por otra parte y tal como esta Corte lo ha señalado reiteradamente, la figura jurídica del precario obedece estrictamente a una cuestión de hecho y que la consecuencia jurídica que la ley prevé se enerva en caso que el tenedor acredite que cuenta con alguna justificación para ocupar la cosa objeto del litigio, 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. En virtud de aquello, es posible sostener que el título al que se refiere el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil, corresponde a uno que permita constatar la presencia de una determinada situación jurídica que



descarte que la ocupación de la cosa sea simplemente sufrida o soportada por su actual dueño y no que emane de éste ni que se trate de uno que cumpla con la ritualidad que le sea aplicable, por ende, es suficiente que permita desvirtuar que el origen de la ocupación de la cosa se sustenta en una situación de hecho exclusivamente soportada por el dueño que exige recuperarla.

**Décimo:** Que, en consecuencia, se hace necesario dilucidar el sentido y alcance de la expresión “sin previo contrato”, y al respecto, es dable señalar que si bien la ley define lo que es contrato en el artículo 1438 del Código Civil como el “*acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”, en la especie debe dársele un sentido más amplio, comprensivo de la voz “título”, esto es, un antecedente jurídico al que la ley reconozca la virtud de justificar la ocupación.

Por su parte la expresión “mera tolerancia” denota la actitud indulgente del dueño de una cosa que permite -sin aprobarlo expresamente- actos del demandado, por los cuales ejerce la tenencia de una cosa de su propiedad, en resumen, se trata de la simple condescendencia del propietario del bien que trata de recuperar.

**Undécimo:** Que es un hecho no controvertido que el inmueble cuya restitución se persigue se encuentra ocupado por la demandada, que es hija de una de las comuneras que permitió que residiera en él, de modo que su permanencia es consecuencia directa del acto de entrega que efectuó una de sus copropietarias, que la autorizó para usarlo, que constituye el antecedente jurídico válido que sirve de título adecuado para justificar su ocupación.

De ello se deriva que no se encuentra ocupando el inmueble debido a una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia de la comunidad dueña, sino que de una relación vigente entre ambas, que, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la tenencia de que se trata, pues en lo meramente fáctico, lo ocupa no por ignorancia ni por mera tolerancia, sino por una causa jurídicamente relevante, de manera que no se configuran los presupuestos del artículo 2195 del Código Civil.

**Duodécimo:** Que, de esta forma, el tribunal incurrió en error en la aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil y como tuvo influencia sustancial en la parte dispositiva de la sentencia, dado que condujo a que se hiciera lugar a la demanda de precario, procede dar curso al recurso de casación en el fondo interpuesto.



Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se acoge el recurso de casación en el fondo** deducido por la demandada en contra de la sentencia de siete de agosto de dos mil dieciocho de la Corte de Apelaciones de San Miguel, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Rol N°22.957-18.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., el ministro suplente señor Hernán González G., y el abogado integrante señor Antonio Barra R. No firma el Ministro Suplente señor González y el abogado integrante señor Barra, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, veintinueve de mayo de dos mil veinte.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veintinueve de mayo de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

