

Santiago, veintisiete de agosto de dos mil veinticuatro.

VISTO:

En los autos tramitados ante el Vigésimo Sexto Juzgado Civil, rol N° 11388-2022 caratulados “Sandoval Barrera José con Bonet Moraga Irene”, por sentencia de treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés se acogió la demanda de precario, y se condenó a la demandada a la restitución del inmueble que ocupa, sin costas.

La demandada apeló de dicho fallo y una Sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad por sentencia de cuatro de agosto de dos mil veintitrés confirmó la decisión.

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

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente sostiene que en la sentencia impugnada se han infringido los artículos 2194 y 2195 del Código Civil.

Señaló, en síntesis que no concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 2195 del Código Civil, ya que existe un vínculo jurídico entre la demandante, sus hermanos, y la demandada pues el inicio de la ocupación del inmueble de que se trata por parte de la demandada, derivó de su calidad de cónyuge del anterior dueño, mientras vivían familiarmente, y además las partes pactaron que la demandada se mantuviera ocupando el inmueble, en virtud de la calidad de cónyuge del hermano del demandante, quien es el anterior propietario del inmueble.

Peticionó se invalide la sentencia recurrida, dictando el fallo de reemplazo, que rechace la acción de precario.

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

1.- Compareció José Manuel Sandoval Barrera quien dedujo demanda de precario en contra de doña Irene del Carmen Bonet Moraga.

Fundamentó su acción en que es propietario del inmueble ubicado en Isla Tenglo N° 1883, Barrio Pacífico, Ciudad Satélite, comuna de Maipú, Santiago, Región Metropolitana, que adquirió a su hermano Juan Armando Sandoval Barrera, mediante escritura pública de veintiséis de septiembre de dos mil dieciséis y dos de febrero de dos mil dieciocho que contiene el contrato de compraventa inscrito a fojas 14680 número 20812, del registro de propiedad de año 2018 del Conservador de Bienes Raíces, y que la demandada ocupa la



propiedad, por mera tolerancia hace aproximadamente 4 años y medio a la fecha de esta presentación y que en principio consintió en que se mantuviera ocupando el inmueble, por ser la cónyuge de su hermano, al menos hasta que encontrara otro lugar para mudarse.

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

2.- La demandada solicitó el rechazo de la demanda, con costas. Indicó que efectivamente vive junto a sus dos hijos en el inmueble que sirve como residencia principal de la familia, desde el año 2003, circunstancia que era conocida por el demandante, ya que el anterior propietario es hermano del actor y su cónyuge y padre de sus dos hijos.

3.- El juez de primer grado, acogió la demanda de precario, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de esta ciudad.

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

1° La demandante es dueña del inmueble ubicado en Isla Tenglo N° 1883, Barrio Pacífico, Ciudad Satélite, comuna de Maipú, Santiago, Región Metropolitana.

2° La demandada reside en la propiedad junto a sus hijos, con anterioridad a la fecha del título que justifica la propiedad del actor.

3° La demandada mantiene vínculo de matrimonio con el anterior propietario del inmueble.

4° El demandante es hermano del anterior propietario del inmueble.

Cuarto: Que la sentencia recurrida confirmó el fallo de primera instancia, reflexionando que no habiendo la demandada rendido probanza tendiente a acreditar que la ocupación se funda en algún título, concluyeron que la tenencia del bien de que se trata es sin previo contrato y por mera tolerancia de su dueño, no configurándose los presupuestos establecidos en el inciso segundo del 2195 del Código Civil, acogieron la acción.

Agregando la Corte que los documentos acompañados en segunda instancia no permiten variar lo decidido, pues la relación de matrimonio que la demandada mantiene con el anterior propietario del inmueble y las de parentesco entre este último y el demandante son hechos no discutidos, pero no son suficientes para constituir un título que legitime la ocupación que la demandada hace del inmueble.

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 en estricto apego a la norma del inciso 2° 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 de 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;

Séptimo: 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 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 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).

Octavo: 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 ha sido ocupado por la demandada y que reside en la propiedad junto a sus hijos pues mantiene un vínculo matrimonial con el anterior propietario del inmueble, quién es hermano del demandante. Es decir, no se encuentra controvertido que la demandada ingresó a la propiedad y ha residido en ella producto de su relación familiar con el hermano del demandante, de quién éste último adquirió el dominio por tradición.

Noveno: 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 un vínculo matrimonial, en virtud del cual la demandada fue autorizada para ocupar el inmueble por el anterior dueño. Consecuencialmente, al contrario de lo expuesto en la demanda de precario, los hechos dan cuenta de un claro vínculo entre el anterior propietario y la ocupante de la cosa, lo cual se contrapone a una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada.

Décimo: 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.

Undécimo: Que, en virtud de lo expuesto, el recurso de casación sustantiva será acogido, sin necesidad de ahondar en las restantes alegaciones.

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 Daniel Francisco Pérez Ahumada, en representación de la parte demandada, contra la sentencia de cuatro de agosto de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, invalidándose, y se la reemplaza por aquella que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada con el voto en contra de los abogados (a) integrantes Sres. Vidal y Sra. Ruiz quienes estuvieron por rechazar el recurso en base a las siguientes consideraciones:

1.- La interpretación que hace el Tribunal del inciso segundo de artículo 2195 de Código Civil se aleja de la letra del precepto. En efecto, pese a la clara literalidad del precepto, el sentido que se le adjudica requisito “sin previo contrato” no se aviene con dicha literalidad que, siendo clara, por disposición de artículo 19 de Código Civil ha de preferirse, estando vedado al intérprete alejarse de él. Para esta Corte la acción no prosperará si existe cualquier nexo o relación jurídica entre el detentador y el dueño o la cosa, en cambio para estos disidentes no resulta suficiente, sino que se requiere de un título de mera tenencia – sea real o personal– en los términos del artículo 704 del Código Civil que excluya como justificación de la detentación la ignorancia o la mera tolerancia del dueño.

2. Hecha esta precisión, convendrá examinar cuál es la relación jurídica que justificaría la detentación de la cosa y que, en opinión del fallo de mayoría, lleva a descartar el supuesto de hecho del precario del citado inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil. En este caso, la demandada invoca como título la relación matrimonial con el antiguo dueño del inmueble que lo habría enajenado a su hermano. Entonces, la pregunta que habría que formularse si esa relación matrimonial constituye un título que justifique la mera tenencia, la respuesta, desde luego, es negativa.

El punto es que, a pesar de la relación de matrimonio que, como ha quedado dicho, no constituye un título de mera tenencia, la cosa cuya restitución se reclama por medio de esta acción de precario fue enajenada al hermano del marido de la demandada. El actual dueño de la cosa es quien



reclama la restitución de la cosa. Siendo así, el vínculo o relación jurídica que invoca la demandada, la relación matrimonial con el anterior dueño, es completamente ajena al demandante. No es posible aceptar esta relación jurídica entre la demandada y su cónyuge puedan oponerse al actual propietario de la cosa, privándole de la acción de precario y, de paso, restringiendo su derecho de dominio.

3. En la doctrina, De la Maza examina la cuestión de matrimonio como justificación para rechazar la acción de precario y considera la de tercero adquirente. Expresa en su trabajo que: “El punto, sin embargo, es que quien ejerce la acción no es el marido, sino un tercero. Para que el matrimonio obstaculizara la acción de precario tendría que ser el caso que el inciso 2° del artículo 2195 modifica las normas del dominio y del matrimonio a este respecto, cuestión que no resulta plausible” (De la Maza Gazmuri, Iñigo, El matrimonio como defensa frente a la acción de precario, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 52 (julio – diciembre) 2022, p. 39). En un sentido similar, en un voto de minoría, Pizarro Wilson expresa que: “(...) estuvo por rechazar el recurso, pues el hecho de que la ocupante haya ingresado a la propiedad en razón de un vínculo matrimonial con el precedente propietario no enerva la acción de precario. Esto en razón que el único motivo por la cual la demandada reside en esa propiedad es la mera tolerancia de las actuales propietarias, a quienes resulta inoponible la relación marital de la ocupante en términos que debía entenderse que un contrato previo” (Corte Suprema, 6 de julio de 2017, Rol N° 35215-2016).

4. En el presente caso la relación jurídica que se invoca, es decir, el matrimonio, es una muestra palpable que la demandada detenta la cosa, sin previo contrato y por ignorancia y mera tolerancia del dueño. Se trata de un claro supuesto de un propietario que **sufre la tenencia** de detentador. En calidad de propietario, al ejercer la acción de precario está haciendo uso de su poder de exclusión – que es de la esencia del derecho de dominio– y al rechazarle la acción, se les está restringiendo sensiblemente su derecho de propiedad garantizado constitucionalmente (artículo 19, N°24 CPRCH).

5. La inoponibilidad del título que invoca la demandada para atajar la acción de precario determina la existencia de una situación fáctica. No hay contrato –o título jurídico–, sí hay ignorancia o mera tolerancia del demandante. Y esta situación fáctica ha de terminar cuando se acaba la ignorancia del dueño y, también, la mera tolerancia, resulta procedente el ejercicio de su facultad de excluir al precarista.



6. Por estas consideraciones, estos abogados integrantes estuvieron por rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de alzada recurrida.

Regístrese.

Redacción de la Abogada Integrante Sra. Ruiz y el voto de sus autores.

N° 206.789-2023

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Repetto G., señora María Soledad Melo L., y los Abogados Integrantes señor Álvaro Vidal O. y señora Andrea Ruíz R.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma la Ministra señora Melo, por estar con permiso.



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

