Santiago, veintinueve de abril de dos mil veinticinco.

VISTO:

En los autos tramitados ante el Primer Juzgado Civil de Valdivia, rol Nº 3257-2023 caratulados "Inmobiliaria e Inversiones San Antonio Limitada con Valeska Andrea Bello Varas**"**, por sentencia de ocho de abril de dos mil veinticuatro 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 Valdivia por sentencia de veintiuno de noviembre de dos mil veinticuatro 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 ha infringido el inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil.

Señaló, en síntesis, que la ocupación del inmueble por parte de la demandada no puede calificarse como un simple precario, por el expreso conocimiento que tenía del vínculo jurídico que unía al vendedor de la propiedad con la poseedora del inmueble, descartándose de plano lo alegado en la demanda, esto es, que la ocupación haya sido sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, como lo exige el tercer requisito de procedencia de la acción de precario.

En este caso, es la misma demandante quien ha reconocido la existencia y conocimiento del vínculo que unió a la demandada con el anterior dueño, la venta y posterior demanda de precario, se realizó durante el mismo proceso de divorcio, por lo que el demandante estaba en pleno conocimiento de que existía la cónyuge y la familia del vendedor viviendo en la propiedad adquirida, de hecho, tenía tanto conocimiento de esta situación fáctica, que acompañó a estrados la sentencia que declaraba el divorcio entre las partes, proceso en que la Corte de Apelaciones de Valdivia aumentó la compensación económica, por la mala fe por parte de cónyuge varón al haber enajenado el bien que servía de residencia a la familia, durante la sustanciación del juicio de divorcio.

Expresa que por los motivos que señala existe una grave infracción a lo dispuesto en el artículo 2195 inciso segundo del Código Civil, toda vez que nunca existió ignorancia o mera tolerancia del dueño.

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

XXEGXUKPKDG

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

1.- Inmobiliaria e Inversiones San Antonio Limitada, deduce demanda de comodato precario, en contra de doña Valeska Andrea Bello Varas, fundada en que es dueña de la propiedad compuesta por sitio y casa ubicada en calle Pedro de Valdivia número 212, de Valdivia, inscrita a fojas 2366 número 1859 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Valdivia correspondiente al año 2023 y que la demandada ocupa por su mera tolerancia y sin que haya habido previo contrato. Solicitó condenar a la demandada a la restitución del predio indicado.

2.- La demandada contestó la demanda, solicitando su rechazo, alegando que la ocupación del inmueble no es sin contrato previo y por mera tolerancia o ignorancia del actor, sino que se funda en la calidad de cónyuge de quien era dueño del inmueble Sr. Leonel Alfonso Flandes Silva, toda vez que la demandada se encuentra actualmente casada con el vendedor de la propiedad adquirida por el demandante, y durante la vida conyugal nacieron 2 hijos del matrimonio, y la familia siempre ha vivido por más de 15 años en la casa que se pretende restituir, ocupando la propiedad por la autorización entregada por su cónyuge ex propietario, en razón de la relación de matrimonio.

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

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

1º La demandante es dueña del sitio y casa ubicada en calle Pedro de Valdivia número 212 de Valdivia.

2º La demandada ocupa la propiedad.

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

Cuarto: Que la sentencia recurrida confirmó el fallo de primera instancia que acogió la acción de precario, reflexionando que el vínculo jurídico que alega en la actualidad no empece a la demandante y cualquier título esgrimido con fundamento en el vínculo matrimonial, resulta inoponible a la actora y dueña inscrita del inmueble y tampoco se acredita o justifica su ocupación o tenencia amparada por algún título o contrato, teniendo la carga de la prueba para ello, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, siendo insuficientes sus meros dichos acerca de la existencia de una autorización previa, fundada en la relación de matrimonio que existió con el anterior dueño de la

XXEGXUKPKDG

propiedad, concluyendo que acreditado que la ocupación del inmueble por parte de la demandada se debe a la mera tolerancia del actor, lo cual, no fue desvirtuado con prueba en contrario, el goce gratuito de un bien raíz ajeno no amparado en un título que le sirva de fundamento y explicable sólo por la mera tolerancia de su dueño, constituye la situación de precario prevista en el inciso 2 del artículo 2195 del Código Civil.

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 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 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

XXEGXUKPKDG

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 Nº 2570-20, rol Nº 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 Nº 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 pues mantiene un vínculo matrimonial con el anterior propietario del inmueble. 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 anterior dueño.

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

XXEGXUKPKDG

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 Juan Pablo Herrera Basso, en representación de la parte demandada, contra la sentencia de veintiuno de noviembre de dos mil veinticuatro, dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, 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 (a) 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 que la propiedad pertenecía a la sociedad conyugal 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 esta disidente no alcanza 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.

XXEGXUKPKDG

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

XXEGXUKPKDG

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 rechazó del recurso.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Mario Carroza E. y la disidencia de su autora.

Nº 59.733-2024

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Arturo Prado P., señor Mauricio Silva C., señor Mario Carroza E. y los Abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C. y señor Carlos Urquieta S.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma el Ministro señor Prado, por estar con permiso y el Ministro señor Carroza, por estar con feriado legal.

MAURICIO ALONSO SILVA CANCINO
MINISTRO
Fecha: 29/04/2025 12:38:11

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 29/04/2025 12:38:12

CARLOS ANTONIO URQUIETA SALAZAR
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 29/04/2025 12:38:12

XXEGXUKPKDG

En Santiago, a veintinueve de abril de dos mil veinticinco, se incluyó en 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. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

XXEGXUKPKDG