

Santiago, tres de febrero de dos mil veinticinco.

En cumplimiento a lo ordenado en el fallo precedente y lo estatuido en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se pronuncia la siguiente sentencia de reemplazo.

Visto:

Se reproduce el fallo en alzada, previa eliminación de los considerandos décimo, décimo tercero y párrafos, primero, segundo, cuarto y quinto del motivo décimo cuarto que se eliminan.

Se reproducen, asimismo, los motivos tercero, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo del fallo de casación que antecede.

Y teniendo en su lugar y además presente:

1.- Que para que exista precario es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: a) que la demandante sea dueña de la cosa cuya restitución solicita; b) que la demandada ocupe ese bien; y c) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

2.- Que en el caso que nos ocupa es posible tener por cumplidos los primeros dos elementos del precario, pues se encuentra demostrado que la actora es dueña del inmueble materia del litigio, y que la demandada lo ocupa. También ha sido determinado que la demandada ingresó a la propiedad y ha residido en ella en razón del acuerdo de voluntades de hace veinte años, de las anteriores propietarias de los inmuebles y madres de las partes, por medio del cual intercambiaron el uso de la propiedad sub lite con el departamento N° 11 del block 21, ubicado en calle Hamburgo N°1.460, de la Comuna de Ñuñoa del cual era dueña la madre de la demandada doña Raquel Estela Olivares Gallardo.

3.- Que, dicho lo anterior, el asunto a dilucidar radica en determinar si en los hechos se configura una tenencia por mera tolerancia del dueño, o si, por el contrario, existe un título que justifique la ocupación. En este sentido, resulta pertinente tener en especial consideración las palabras de las que, sobre este punto, se sirve la disposición transcrita precedentemente, pues, en lo que interesa, señala que constituye también precario la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato.

Por su parte, la expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.



4.- Que de lo ya señalado aparece que un presupuesto de la esencia del precario lo constituye la absoluta y total carencia de cualquier relación jurídica entre el propietario y el ocupante de la cosa, esto es, 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.

5.- Que, en el caso de autos, el título que esgrime la demandada como justificación de la tenencia, es el acuerdo de voluntades de hace veinte años, de las anteriores propietarias de los inmuebles y madres de las partes, por medio del cual intercambiaron el uso de la propiedad sub lite con el departamento N° 11 del block 21, ubicado en calle Hamburgo N°1.460, de la Comuna de Ñuñoa del cual era dueña la madre de la demandada doña Raquel Estela Olivares Gallardo. Es decir, no se encuentra controvertido que la demandada ingresó a la propiedad y ha residido todos estos años en ella con anterioridad a que la actora adquiriera el dominio del inmueble lo que además no era ignorado por ésta última.

6.- Que como se ha indicado frecuentemente por esta Corte, 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.

Por lo señalado, se debe entender que 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”, la expresión que se destaca está aludiendo a la ausencia de un título que justifique la tenencia, no a la existencia de una convención celebrada entre las partes. Entonces, sí es un hecho que la demandada ocupa la propiedad y ha residido todos estos años en ella con anterioridad a que la actora adquiriera el dominio del inmueble lo que además no era ignorado por éste, la situación descrita, se opone a la mera tolerancia pasiva a la entrada de la demandada en ese inmueble.

7.- Que, en virtud de lo razonado, la ocupación del inmueble encuentra su justificación en el vínculo entre el antecesor en el dominio del bien y el ocupante de la cosa, lo cual se contrapone a una tenencia meramente sufrida, permitida,



tolerada o ignorada, motivo por el cual no se reúne uno de los elementos de la esencia del precario.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia de once de julio de dos mil veintitrés, rectificadora el diez de octubre del mismo año, dictada por el Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago en la causa rol C-4670-2021, por la cual se había acogido la demanda, y en su lugar se decide que **se rechaza** la acción de precario, sin costas, por estimarse que ha existido motivo plausible para litigar.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Mauricio Silva C.

Rol N° 16.283-2024.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros señor Arturo Prado P., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Repetto G., señor Mario Carroza E. y señora María Soledad Melo L. No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma el Ministro señor Carroza E., por estar con feriado legal. Santiago, 03 de febrero de 2025.



En Santiago, a tres de febrero de dos mil veinticinco, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

