

Santiago, seis de abril de dos mil veintiuno.

VISTO:

En autos número de Rol C-172-2018, caratulados “Araneda Fuentes Jorge Octavio con Piña González Nelly del Carmen”, seguidos ante el Juzgado de Letras y Garantía de Pichilemu, por sentencia de veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho, se rechazó la demanda, con costas.

El demandante dedujo recurso casación en la forma y de apelación en contra de dicho fallo, y una Sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua, por resolución de treinta de octubre del dos mil diecinueve, desestimó la nulidad formal y revocó la sentencia apelada, resolviendo en su lugar acoger la demanda y ordenar a la demandada a restituir la casa que ocupa, ubicada en la parcela 4 y sitio B, que forman parte del Lote A del Fundo Cáhuil, de la comuna de Pichilemu, al demandante dentro de décimo día de ejecutoriado el presente fallo, libre de todo ocupante, bajo apercibimiento de ser lanzada del mismo con el auxilio de la fuerza pública, en caso de oposición, sin costas.

En contra de esta última resolución, la demandada dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la nulidad sustancial que se postula por la recurrente se endereza en la vulneración que, a su entender, se ha producido en la sentencia impugnada de los artículos 3° de la Convención de los Derechos del Niño, 16 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, y el inciso 2° del artículo 2195 del Código Civil.

Acusa una clara transgresión al principio rector del interés superior del niño, niña o adolescente, que tiene como objeto garantizar a todos los menores que se encuentren en el territorio nacional el ejercicio y goce pleno



y efectivo de sus derechos, principio que recoge la ley que crea a los Tribunales de Familia, toda vez que su representada convivió con el demandante al menos 17 años, relación de la que nacieron dos hijos de 10 y 11 años, quienes habitan desde hace 5 años el bien precariado.

Sostiene que no resulta razonable aceptar la falta de conocimiento o mera tolerancia del actor, ya que el uso y goce del bien precariado es en beneficio de los hijos del propio actor, quienes se encuentran al cuidado de su madre, lo que supone al menos una autorización del padre y no una mera tolerancia. Añade que mientras las partes no resuelvan, ya sea de común acuerdo o mediante sentencia judicial, la situación de vivienda de los hijos en común en la sede judicial correspondiente, que asegure condiciones de habitabilidad digna que deben proveer ambos progenitores, permanecerá vigente este título que no es otro que el interés superior del niño que habilita a los hijos en común y a su madre a permanecer en el inmueble.

SEGUNDO: Que para una acertada resolución del recurso resulta conveniente dejar constancia de los siguientes antecedentes del proceso:

a.- Jorge Octavio Araneda Fuentes dedujo demanda de precario en contra de Nelly del Carmen Piña González, solicitando se ordene a la demandada y cualquier otro ocupante que restituya en forma inmediata la propiedad que actualmente ocupa por mera tolerancia o ignorancia de su parte.

Explica que es dueño de una parcela que adquirió por adjudicación en la liquidación de la comunidad existente con Roberto Antonio Araneda Fuentes y otros, según consta de la respectiva inscripción. Añade que en el inmueble existe una cabaña, la número 5, que ocupa la demandada sin que medie contrato y por mera tolerancia de su parte, pero que atendido los múltiples conflictos que le ha ocasionado, se ha visto en la necesidad de pedirle que abandone el inmueble.



b.- La demandada solicitó el rechazo de la demanda, argumentando que mantuvo una relación de convivencia con el demandante durante 17 años, teniendo dos hijos en común, menores de edad, de manera que el inmueble respecto del cual solicita su restitución corresponde al hogar que compartieron durante los cinco últimos años de relación.

c.- El tribunal de primer grado rechazó la demanda, por considerar que la convivencia que existió entre las partes constituye, al menos, un título a su favor que justifica la tenencia del bien raíz, de manera que no resulta razonable aceptar la falta de conocimiento o mera tolerancia del actor, toda vez que el uso y goce es en beneficio de los hijos del propio actor, quienes se encuentran al cuidado de su madre, todo lo cual supone a lo menos una autorización de su parte y no una mera tolerancia.

d.- En contra de la decisión antes reseñada el demandante dedujo recurso de casación en el fondo y de apelación.

TERCERO: Que el fallo objeto del recurso revocó el de primer grado, resolviendo acoger la demanda.

Analizando el mérito del proceso en busca de los componentes de la figura de precario, si bien reconoce la convivencia entre las partes y la existencia de dos hijos comunes, considera que ello es una situación de hecho y no de derecho, por lo que no configura un título para usar un inmueble del actor y, si bien, podría existir entre las partes una comunidad de bienes, ella debe ser declarada por un Tribunal.

Añade que incluso una cónyuge debe solicitar la declaración de bien familiar o que se le constituyera a su favor un derecho de uso o de usufructo, como pensión alimenticia, requiriendo para cualquiera de esos casos una demanda previa, no siendo aceptable que por una vía de hecho se apropie de un bien raíz, mediante la negativa a devolverlo. Asimismo, estima que lo mismo ocurre con los hijos, pues se requiere que se decrete el



usufructo, declaración de bien familiar o alimentos y, en cualquiera de los casos, se les exigirá deducir la acción respectiva.

Recalca que nuestra legislación no acepta las vías de hecho para constituir derechos, como sería el retener algo que no le pertenece para usar y/o gozar de él, lo que no implica dejar en la indefensión a los hijos del actor, pues la ley les entrega una acción rápida para, precisamente, evitarla, como es la demanda de alimentos.

CUARTO: Que la cita de las disposiciones legales denunciadas por la recurrente, expuestas en el motivo primero y los argumentos esgrimidos en apoyo de sus afirmaciones en tal sentido, tienen por objeto sustentar, en lo fundamental la existencia de un vínculo de familia que liga a las partes, en razón de una relación de convivencia que mantuvo la demandada con el actor, de la que nacieron dos hijos en común, antecedente que desvanece la posibilidad de tener por concurrente la mera tolerancia del dueño del inmueble respecto de la ocupación que hace del mismo y que siendo ello así, no se reúnen a cabalidad los requisitos del instituto jurídico del simple precario.

QUINTO: Que, según se desprende de lo manifestado previamente, el asunto principal sometido a la decisión de este Tribunal, a través del recurso de nulidad sustancial, consiste básicamente en determinar si la ocupación del inmueble por parte de la demandada, respecto de quien no resulta discutido que se trata de la ex conviviente del actor, con quien tuvo dos hijos, encuentra justificación suficiente que obstaculice la configuración de la mera situación de hecho que caracteriza al precario concebido en el inciso segundo del artículo 2195 del Código Civil.

SEXTO: Que el goce gratuito de una cosa ajena, no amparado en un título que le sirva de fundamento y explicable sólo por la ignorancia o mera tolerancia de su dueño, constituye la situación de precario prevista en



el tantas veces citado artículo 2195 inciso 2° del Código Civil que dispone "*Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño*".

De lo preceptuado en esta norma es dable establecer que el propietario de la cosa detentada por una tercera persona puede recuperarla en cualquier momento, ejerciendo la acción correspondiente, con arreglo al procedimiento sumario, según el artículo 680 N° 6 del Código de Procedimiento Civil.

La disposición sustantiva en referencia pone de manifiesto que un elemento inherente del precario constituye una mera situación de hecho, la total ausencia de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado, carencia de nexo jurídico que justifica la acción de precario, toda vez que lo pedido a través de ella es la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz. Sin embargo, existiendo indicios respecto de algún vínculo que pueda relacionar al verdadero dueño con el que detenta la cosa, o a este último con la especie cuya restitución se pretende, no puede afirmarse que se esté en presencia de un precario.

SÉPTIMO: Que la norma en cuestión estatuye para la existencia del precario, la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos: a) que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita; b) que el demandado ocupe ese bien y; c) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

En este contexto, es posible afirmar que, el simple precario consiste en una situación de hecho puramente concebida, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título de relevancia jurídica y, "*es precisamente esta última circunstancia la que caracteriza al precario y lo distingue de otras instituciones de derecho que*



tienen como comunes los demás elementos”. (C. Suprema, 14 de noviembre de 1963. R.D.J. y C. S., T. 60, secc. 1ª, pág. 343).

En vinculación con lo que precede, se concluye que la acción de precario es aquella que tiene el dueño de una cosa determinada para exigir de quien la ocupa, sin título que lo justifique, la restitución, por existir mera tolerancia de su parte.

OCTAVO: Que en el caso de marras la controversia se ha centrado en determinar si el tercer supuesto referido en el motivo anterior no se ha verificado, o si, por el contrario, como lo plantea la demandante éste se cumple. En efecto, no ha existido controversia entre las partes en relación con los dos primeros presupuestos de procedencia de la acción deducida, corresponde dilucidar, entonces, si la sentencia impugnada aplicó correctamente el derecho en cuanto estimó que la demandada ocupa la cosa sin título y por mera tolerancia del actor.

En ese contexto, como ya se anotó, el instituto sustantivo en análisis reconoce en su esencia una situación de hecho pura y simple, vale decir, en la que se encuentra del todo ausente cualquier vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del bien cuya restitución se solicita, esto es, una situación sencillamente permitida, pero no aprobada, o bien, ignorada, sin un respaldo de entidad jurídica relevante que la sustente.

De esta manera, sin el ánimo estrictamente permisivo en el propietario de la cosa que ocupa quien viene a ser demandado o, su falta de conocimiento acerca de la tenencia del bien por la contraparte queda descartada la presencia del precario y, por ende, se ve neutralizada la viabilidad de la acción correspondiente.

NOVENO: Que, en la especie, al demandar, el actor planteó la acción de precario aludiendo la mera tolerancia en la tenencia del inmueble por la contraria.



Incardinado con el razonamiento que precede, esta Corte ha sostenido invariablemente respecto de los actos de “mera tolerancia” a que se refiere el artículo 2195 del código sustantivo, si bien no encuentran definición en la ley, *“puede decirse, desde el punto de vista del que los tolera, que son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuya ejecución no se opone por benevolencia y considerando que no atentan contra la integridad del contenido de su derecho. Desde el punto de vista del tercero, son actos de mera tolerancia los que él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho ejercitado.”* (Alessandri, Somarriva y Vodanovic. “Tratado de los Derechos Reales, Bienes.” Pág. 23 y 24) Agregan los autores que: *“Para calificar un acto como de mera tolerancia o no, es preciso atender al ánimo o voluntad de las dos partes. Habrá un acto de esa naturaleza si el agente, o sea, el que lo ejecuta, lo hace sin ánimo de realizar un acto posesorio o de ejercicio de un derecho propio, y si, por su lado, el que soporta el acto lo hace por pura condescendencia.” “Cuando en un pleito se discute si un acto es de posesión o mera tolerancia, hay que determinar el ánimo de las partes atendiendo naturalmente, a algunos signos externos más o menos característicos, cuya ponderación razonada permitirá descubrir el fuero interno del actor y el demandado.”*

Se ha dicho, asimismo, que *“existen ciertos parámetros que han de permitir al sentenciador -quien resolverá soberanamente en base de las probanzas aportadas por tratarse de una cuestión de hecho y que, por ende, su solución dependerá de las circunstancias en cada caso concreto- dilucidar si se está o no en presencia de un acto de mera tolerancia. Tales factores a considerar al analizar o valorar una situación para calificarla o no de un acto de la naturaleza que se viene examinando dicen relación con actos*



externos que sirven para apreciar el ánimo de las partes, esto es, consisten en signos visibles más o menos característicos que debidamente ponderados pueden permitir descubrir el fuero interno de las partes, a saber: la insignificancia o utilidad del uso o goce que importa el acto de mera tolerancia para el que lo soporta; la transitoriedad o intermitencia versus la permanencia del acto; la frecuencia con que se repiten los actos y el uso público, excluyente y continuo de una cosa sin oposición del dueño que hace presumir la aquiescencia de aquél.” (Sentencia Corte Suprema, Rol 5311-2008 de 24 de noviembre de 2009).

DÉCIMO: Que, en esta dirección corresponde precisar que el Diccionario de la Lengua Española ha definido “tolerancia” como: “1. f. Acción y efecto de tolerar” y a su vez “tolerar” lo conceptualiza como “1. tr. Sufrir, llevar con paciencia; 2. tr. Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente.” Luego, el Diccionario de sinónimos y antónimos 2005 Espasa-Calpe hace equivalentes “tolerancia” con “transigencia, condescendencia, respeto, comprensión, flexibilidad, paciencia, conformidad” y tolerar con “aceptar, admitir, aguantar, soportar, consentir, transigir, comprender, dispensar, disculpar, resistir, sobrellevar.”

Por su parte, la jurisprudencia ha dicho al respecto que: “*Para el legislador la tolerancia de cosa ajena se entiende precaria -en lo que en la especie nos atañe- cuando está causada en la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor o gracia de su dueño.*” (Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 1987 G.J. 1987, t 81, N° 1, p. 32).

Así, debe entenderse entonces por mera tolerancia el no oponerse a los actos que podrían ser impedidos, aceptándolos, permitiéndolos, por cuanto, el no reprimirlos, supone tolerarlos, lo que importa una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia. Lo anterior en



el entendido que se trata de una situación en la cual se tenga conocimiento de los actos del tenedor, por cuanto, en caso contrario se podría estar frente a una actitud omisiva derivada de la ignorancia y no representativa del concepto en examen.

UNDÉCIMO: Que, por lo expresado en el motivo previo, ha de entenderse que la mera tolerancia que condice con el instituto del precario que se analiza, importa, en resumen, la simple condescendencia o consentimiento del propietario de la cosa que luego trata de recuperar. Sin embargo, la demandada ha argüido y comprobado que fue ex conviviente del demandante, con quien tuvo dos hijos, es decir, que ocupa el bien debido a las relaciones de familia que ligán a las partes.

Luego, si el concepto de mera tolerancia se revela en la circunstancia que el ocupante tiene la cosa ajena porque el dueño de ésta lo deja proceder de ese modo, es decir, no se opone y, como quiera que es precisamente ese cariz radical el que no puede faltar a la hora de analizar la hipótesis que se pide calificar de simple precario, es innegable que ella no concurre en el caso que la ocupación que la demandada no niega respecto del inmueble indicado en el libelo pretensor se encuentra precedida necesariamente de un acuerdo de voluntades que le ha servido de causa y que desde ya descarta cualquier acto violento.

Con estos antecedentes, no es posible tener por concurrente la figura de precario en el asunto subjudice, puesto que ha quedado justificada la falta de uno de los supuestos cardinales que la hacen procedente.

DUODÉCIMO: Que, en la línea de razonamiento propuesta, corresponde concluir que asistiendo al tenedor alguna clase de justificación para que la ocupación lleve a cabo, aunque lo sea de lo aparentemente ajeno, para desvanecer el precario propiamente tal. En este caso, no es posible soslayar que el título en el que se ampara la demandada es la



relación de convivencia que mantuvo con el dueño del bien raíz, con quien tuvo dos hijos, menores de edad que actualmente lo habitan junto a su madre, vínculo de familia que precisamente excluye la mera tolerancia.

La substantividad del instituto radica, justamente, en la ausencia de precariedad cuando se comprueba la existencia de una justificación semejante, sin importar de quien provenga. Lo que interesa es que se esté en el bien no por ignorancia o por mera tolerancia del supuesto dueño, sino por causa aparentemente seria o grave, sea que vincule al actual dueño con el ocupante o a este último con la cosa. En las condiciones antedichas, no cabe sino concluir que en el caso sub judice, los basamentos de la acción personal incoada no se reúnen en plenitud, lo que obsta a que la demanda sea acogida.

DÉCIMO TERCERO: Que, con lo anotado recién, ha quedado evidenciado el error de derecho denunciado por la recurrente en lo atinente a la norma del artículo 2195 del Código Civil, específicamente en su inciso segundo, toda vez que se ha entendido acreditada la existencia del simple precario que ese precepto prevé, en un caso cuyas circunstancias no encarnan a cabalidad sus presupuestos, por lo que necesariamente debió ser desechada.

Tal errónea aplicación de la ley ha tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, pues se hizo lugar a una demanda que debió ser desestimada, por lo que corresponde aceptar la nulidad sustantiva interpuesta.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo, interpuesto por la abogada Daniela Godoy Pinaud, en representación de la demandada, contra la sentencia de treinta de octubre del dos mil diecinueve, la que se invalida y



reemplaza por la que se dicta acto continuo, pero separadamente y sin nueva vista de la causa.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.

Rol 2578-2020.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sr. Arturo Prado P., Sr. Rodrigo Biel M. y Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. y Sra. Leonor Etcheberry C.

No firma el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por ausencia.

JUAN EDUARDO FUENTES BELMAR
MINISTRO
Fecha: 06/04/2021 14:07:59

ARTURO JOSE PRADO PUGA
MINISTRO
Fecha: 06/04/2021 14:07:59

RODRIGO FRANCISCO JAVIER BIEL
MELGAREJO
MINISTRO(S)
Fecha: 06/04/2021 14:32:08

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 06/04/2021 14:30:56



En Santiago, a seis de abril de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



Santiago, seis de abril de dos mil veintiuno.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se pronuncia la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTO Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

Las consideraciones expuestas en los fundamentos sexto a duodécimo del fallo de casación que antecede, **se confirma** la sentencia de veintisiete de diciembre de dos mil dieciocho.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.

Rol 2578-2020.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sr. Arturo Prado P., Sr. Rodrigo Biel M. y Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. y Sra. Leonor Etcheberry C.

No firma el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por ausencia.

JUAN EDUARDO FUENTES BELMAR
MINISTRO
Fecha: 06/04/2021 14:08:00

ARTURO JOSE PRADO PUGA
MINISTRO
Fecha: 06/04/2021 14:08:01

RODRIGO FRANCISCO JAVIER BIEL
MELGAREJO
MINISTRO(S)
Fecha: 06/04/2021 14:32:09

ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY
COURT
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 06/04/2021 14:30:57



En Santiago, a seis de abril de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

