

Santiago, dos de julio de dos mil veinticuatro.

**VISTO:**

En los autos sobre precario tramitados ante el Juzgado de Letras y Garantía de Peumo, rol C-80-2022 caratulados “Lorca Urbano Arturo con Maldonado Madariaga Loreto”, por sentencia de primera instancia de siete de noviembre de dos mil veintidós 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 Rancagua, por sentencia de trece de junio de dos mil veintitrés, confirmó la decisión.

En contra de esta última la misma parte recurre de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:**

**Primero:** Que la recurrente sostuvo que en la sentencia impugnada se han infringido los artículos 2174, 2194 y 2495 del Código Civil.

Indicó que el tribunal estableció que el contrato de comodato fue suscrito, en calidad de comodante, por Gina Madariaga Lorca, quien es parte de la comunidad copropietaria del inmueble cuya restitución se solicita, lo que permite dar por acreditada la existencia de un vínculo entre las partes que fue probado por medio de los certificados de nacimiento y defunción y el contrato de comodato, quedando de esa forma de manifiesto que no se dan los presupuestos legales de la acción de precario, en especial, la ausencia de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado, y por ello, corresponde aplicar el artículo 2194 del mismo cuerpo legal, que se refiere al comodato precario.

Peticiona para que se anule el fallo recurrido y se dicte sentencia de reemplazo que rechace la demanda, con costas.

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

1.- Compareció Arturo Dolores Lorca Urbano, quien interpuso demanda de precario en contra de Loreto Paz Maldonado Madariaga.

Fundamentó su acción en que junto a sus cuatro hermanos, Angélica María del Carmen, Bernarda Magaly, Félix Raúl, Jovela del Carmen y Javiera del Carmen, todos de apellido Lorca Urbano, son dueños de un retazo de terreno que mide trece metros cinco centímetros de frente por el lado Norte,



quince metros por el lado Sur y treinta y siete metros veinte centímetros de largo, ubicada en la ciudad y comuna de Peumo, Provincia de Cachapoal que adquirieron por herencia quedada al fallecimiento de su madre Marta Rosa Urbano Armijo, y cuya inscripción especial de herencia rola a fojas 157 vuelta, número 179, del Registro de Propiedad que corresponde al año 2022, del Conservador de Bienes Raíces de Peumo y Las Cabras.

Indicó que por mera tolerancia, y sin que exista contrato ni título alguno, la demandada ocupa el predio individualizado desde hace aproximadamente 3 años.

Solicitó se le condene a la demandada a la devolución del inmueble indicado, dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia.

2.- La parte demandada contestó la demanda solicitando su rechazo, fundado en que entre los comuneros se encuentra Gina Madariaga Lorca, hija de Jovela del Carmen Lorca Urbana, quien actuando en virtud del mandato tácito recíproco y como representante de la comunidad, le entregó en el año 2015 la propiedad en comodato, por lo cual resulta improcedente la acción.

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

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

1º Que el actor es parte de la comunidad hereditaria poseedora inscrita de la propiedad objeto del juicio, y como tal, ha de reputársele dueño de la cuota del bien inmueble.

2º Que existe entre los comuneros un mandato tácito y recíproco de administración.

3º Que la demandada ocupa el inmueble sub-lite.

4º Que, el contrato de comodato fue suscrito, en calidad de comodante, por Gina Madariaga Lorca, quien es parte de la comunidad copropietaria del inmueble cuya restitución se solicita.

**Cuarto:** Que sobre la base de los hechos reseñados precedentemente los jueces del fondo acogieron la acción de precario, exponiendo, en lo que atañe al recurso, que, ningún copropietario puede arrogarse en su beneficio y de manera exclusiva, el disfrute de la posesión de la cosa común, privando de ella a los demás partícipes; hacerlo importa un ejercicio abusivo de su derecho. Por ello, en virtud del referido mandato tácito y recíproco, un comunero no puede



efectuar actos de disposición sobre la cosa sin el consentimiento de los demás comuneros.

Continúan reflexionando que, resulta indudable que el contrato de comodato acompañado por la demandada, no constituye un título aceptable en derecho que la faculte para seguir ocupando el inmueble cuya restitución se solicita, por cuanto en la suscripción del mismo Gina Madariaga Lorca ha hecho un ejercicio abusivo del mandato tácito de administración contemplado en los artículos 2305 y 2081 del Código Civil, pues entrega en comodato el bien, en forma gratuita y por 30 años, actuar que desde luego no puede calificarse como un acto de administración de aquellos que la ley faculta expresamente a realizar por cada comunero, ante la falta de un administrador de la cosa común. Se trata más bien de un acto que excede los límites legales del mandato tácito y recíproco y que, además, priva a los demás comuneros del derecho de usufructuar del bien común, por un largo tiempo, sin beneficio alguno para la comunidad e impidiendo con ello el ejercicio de los derechos que sobre la cosa común tienen los demás comuneros.

Agregan, que no es posible dejar de considerar que el contrato de comodato se suscribió recién con fecha 31 de mayo de 2023, esto es, un día antes de la vista de la causa, contexto en el que su otorgamiento resulta claramente acomodaticio, siendo manifiesto que sólo busca obstaculizar la devolución del inmueble ocupado sin título alguno.

Que, por consiguiente, se encuentra demostrado que el demandante es comunero del inmueble cuya recuperación pretende, acto de conservación que se encuentra comprendido en el mandato tácito y recíproco y que la demandada ocupa el inmueble sin contar con un título legítimo y oponible al actor que le permita seguir ocupándola.

**Quinto:** Que de lo expuesto precedentemente aparece que las disposiciones legales denunciadas por la recurrente y sus alegaciones tienen por objeto cuestionar -en lo medular- la conclusión a la que arriban los sentenciadores después de efectuar el análisis de los antecedentes del juicio en cuanto a que el instrumento acompañado en segunda instancia no acredita el contrato de comodato que la demandada alegó como título oponible al actor de su ocupación. Así, su reproche de ilegalidad se circunscribe a la supuesta inobservancia de las normas sustantivas que cita, las que, aplicadas



correctamente, debieron llevar a los jueces del fondo a establecer la existencia de un vínculo entre las partes y en base a ello desestimar la acción de precario.

**Sexto:** Que así planteado el recurso de nulidad sustancial, sus alegaciones conciernen a la esfera de los hechos de la contienda en los términos que fueron asentados por los jueces de la instancia. En efecto, la recurrente pretende imponer un razonamiento que no se sustenta en la situación fáctica establecida por el fallo, desconociendo la que sí ha sido fijada en el sentido respecto que la demandada carece de un título que justifique la ocupación. Luego, para tener éxito en su pretensión, forzoso sería tener que modificar los hechos asentados y establecer otros nuevos que permitan configurar la tesis que propugna.

**Séptimo:** Que la doctrina y la jurisprudencia han caracterizado al recurso de casación como un medio de impugnación de carácter extraordinario, que no constituye instancia jurisdiccional, pues no tiene por finalidad propia revisar las cuestiones de hecho del pleito ya tramitado. Antes que ello, se trata de un recurso de derecho, ya que la resolución de este debe limitarse en forma exclusiva a examinar la correcta o incorrecta aplicación de la ley en la sentencia que se trata de invalidar, respetando los hechos establecidos en el fallo por los jueces sentenciadores. Como se sabe, esa limitación a la actividad judicial de esta Corte se funda en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, al disponer que la Corte Suprema al invalidar una sentencia por casación en el fondo debe dictar acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia que zanje el asunto que haya sido objeto del recurso de la manera que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos, tal como se han establecido en el fallo recurrido. Solo en forma excepcional es posible la alteración de los hechos asentados por los tribunales de instancia, en el caso que la infracción de ley responda a la transgresión de una o más normas reguladoras de la prueba, mas no respecto de la apreciación de las probanzas que se hubiesen rendido, que es facultad privativa del juzgador.

**Octavo:** Que en este orden de ideas y al encontrarse establecido como hecho que la demandada no cuenta con un título para ocupar, el recurso de nulidad no puede prosperar desde que no ha formulado denuncia alguna a las normas reguladoras de la prueba que permita la modificación o revisión de tal presupuesto fáctico, el que permanece como inalterable bajo estas circunstancias, teniendo presente que esta Corte no comparte lo dicho por los jueces del grado respecto a que el mandato tácito y recíproco no permitiría al comunero suscribir



el contrato de comodato, ello por quedar dentro de los actos de administración que faculta el artículo 2081 del Código Civil.

**Noveno:** Que, por las razones referidas en los motivos precedentes, el recurso de casación en el fondo formulado en autos debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Pablo Francisco San Martín Cornejo, en representación de la parte demandada, contra la sentencia de trece de junio de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Melo quien estuvo por acoger el recurso de nulidad sustancial en base a las siguientes consideraciones:

1.- Que, de 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 o si por el contrario existe un título oponible a la actora.

2.- 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;



3.- 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).



4.- Que 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”. Si bien este es el concepto legal, la expresión que utiliza el inciso segundo del artículo 2195 citado se ha entendido en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título, es decir, es un antecedente jurídico al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aun cuando no sea de origen convencional o contractual.

Lo relevante, no obstante lo antes expuesto, es que ese título resulte oponible al propietario, de forma tal que la misma ley lo coloque en la obligación de respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que no tiene sobre aquélla ese derecho real.

5.- Que, en razón de lo anterior, ese título que justifica la ocupación no necesariamente deberá emanar del actual propietario, evento en el cual resultará indiscutible que le empece.

En el caso de autos, la demandada para justificar la tenencia del inmueble acompañó en segunda instancia contrato de comodato suscrito con fecha 31 de mayo de 2023 ante Notario Público de Peumo, entre doña Lorena Paz Maldonado Madariaga y doña Gina Madariaga Lorca, quienes comparecen en calidad de comodataria y comodante, respectivamente, estipulando que Gina Madariaga Lorca, quien es parte de la comunidad hereditaria da en comodato por 30 años contados desde la entrega del inmueble, el retazo de terreno a dona Lorena Paz Maldonado Madariaga, a fin de que el inmueble sea destinado a uso habitacional y dejando constancia que se entregó el inmueble con fecha 1 de enero de 2015.

Este título reúne las características a que se ha hecho mención precedentemente, por cuanto el ordenamiento le reconoce la virtud de vincular jurídicamente al tenedor con el predio, de forma tal de situar al propietario en posición de tener que respetar esa tenencia. Dicho de otro modo, el título esgrimido resulta oponible al demandante, dueño inscrito del inmueble, esto es, le empece, de forma tal que se encuentra en el imperativo de tolerar la ocupación y discutir en otro procedimiento su terminación.

6° Que, con todo lo expresado, esta disidente estima que solo cabe concluir que en el caso sub judice los basamentos de la acción personal incoada



no se reúnen en plenitud, lo que obstaba a que la demanda hubiese sido acogida como decidieron los jueces del grado, dejando en evidencia 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.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Soledad Melo L.

Nº 153475-2023

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Arturo Prado p., Sr. Mauricio Silva C., Sra. María Soledad Melo L., la Ministra Suplente Sra. María Carolina Catepillán L., y el Abogado Integrante Sr. Enrique Alcalde R.

No firma la Ministra(S) Sra. Catepillán y el Abogado Integrante Sr. Alcalde, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y al acuerdo del fallo, por haber terminado el periodo de suplencia la primera y el segundo por encontrarse ausente.



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

