

Santiago, tres de febrero de dos mil veinticinco.

VISTOS:

En los autos tramitados ante el Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, rol C-4670-2021, caratulados “Soto Ojeda Marta con Jeldes Olivares Lucy” sobre juicio de precario, por sentencia de once de julio de dos mil veintitrés, rectificada el diez de octubre del mismo año, se acogió la demanda de precario y se condenó a la demandada a restituir el inmueble, libre de todo ocupante, dentro de décimo día de ejecutoriada la sentencia, condenándose a cada parte al pago de sus costas.

La demandada apeló de dicho fallo y una Sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, por sentencia de doce de abril de dos mil veinticuatro, confirmó la decisión.

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

Se trajeron los autos en relación.

Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:

Primero: Que la recurrente sostiene que en la sentencia impugnada se han infringido los artículos 1698 y 2195, inciso segundo, 2174 y 2175 del Código Civil y artículo 384 regla 2ª del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 383 del mismo cuerpo legal.

Sostiene, en síntesis, que Ana Berta Ojeda Tonchiwick, heredera mayoritaria dentro de la sucesión de Luis Soto Rebolledo y madre de la actora, intercambió el inmueble sub lite con la propiedad de calle Hamburgo N°1.460, block 21, departamento 11 de la Comuna de Ñuñoa, de propiedad de la madre de su representada doña Raquel Estela Olivares Gallardo.

Señala que este acuerdo de voluntades ha permanecido inalterable por más de 20 años, toda vez que en el departamento de calle Hamburgo aún viven los nietos y sobrinos de la demandante, hijos de un hermano de ésta, hechos todos probados con las respectivas partidas de matrimonio y nacimiento acompañadas en estos autos a folio 18, además de la prueba de dos testigos contestes del intercambio de propiedades, entre Raquel Estela Olivares Gallardo y doña Ana Berta Ojeda Tonchiwick, antecesoras en el dominio de los inmuebles, acuerdo de voluntades que analizado a la luz del Código Civil constituyen comodatos, conforme al artículo 2184 del referido cuerpo legal.



Peticiona para que se anule el fallo recurrido y se dicte el correspondiente 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.- Comparece Patricio Corvalán Miño, abogado, en representación de Marta Patricia Soto Ojeda, quien deduce demanda de precario en contra Lucy Alejandra Jeldes Olivares.

Funda su pretensión en el hecho que su representada, en calidad de heredera es dueña de la propiedad ubicada en calle Ancoa N° 8907, comuna de La Florida, inscrita a fojas 53869, N° 52616 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago del año 2003 y, por mera tolerancia de su representada la demandada ocupa el inmueble, sin que exista contrato que la habilite para dicho efecto.

Solicitó condenar a la demandada a la restitución del inmueble libre de todo ocupante dentro de tercero día, bajo apercibimiento de lanzamiento con fuerza pública.

2.- Que, el apoderado de la demandada contesta la acción, solicitando su rechazo, fundado en que las madres de las partes tenían un vínculo de amistad por medio de la Iglesia Evangélica a la que asistían y luego de un viaje, la madre de la actora comentó la existencia del inmueble objeto de autos, el cual estaba siendo arrendado por terceros, encontrándose en una situación de no tener lugar a donde llegar de su viaje por Estados Unidos, ante lo cual la madre de su representada expuso que ella poseía un departamento ubicado en la calle Hamburgo N° 1460, block N° 21, departamento N° 11 de la comuna de Nuñoa, el cual se desocuparía por las fechas de su llegada, acordando un intercambio de inmuebles y existiendo un contrato de comodato celebrado entre las progenitoras de las litigantes de autos y su representada habita en la propiedad y un familiar de la actora en calle Hamburgo N° 1460, block 21, departamento N° 11 de la comuna de Nuñoa.

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:



1º Que la actora Marta Patricia Soto Ojeda es dueña del inmueble ubicado en calle Ancoa N 8907, comuna de La Florida.

2º Que la demandada Lucy Alejandra Jeldes Olivares se encuentra ocupando el inmueble sub lite.

3º Que las partes conocían respecto del comodato celebrado entre sus progenitoras, quienes eran las anteriores propietarias de los inmuebles.

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 no existe vínculo jurídico entre las partes y la ocupación y permanencia en el inmueble de marras se ha verificado o mantenido por la sola ignorancia o mera tolerancia de su dueño.

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 la demandada 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 esta 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 sería 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, mas 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). (Corte Suprema, causa Rol N° 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, son hechos de



la causa 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, y la demandada ingresó a la propiedad y ha residido en ella en razón de dicho acuerdo.

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 acuerdo de voluntades de las anteriores propietarias, en virtud del cual la demandada fue autorizada para ocupar el inmueble por el anterior dueño, conforme el acuerdo arribado entre las madres de las partes litigantes. 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 Antonio Lam Duarte, en representación de la parte demandada, contra la sentencia de doce de abril de dos mil veinticuatro 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.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor 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.

ARTURO PRADO PUGA
MINISTRO
Fecha: 03/02/2025 15:34:42

MAURICIO ALONSO SILVA CANCINO
MINISTRO
Fecha: 03/02/2025 15:34:43

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 03/02/2025 15:34:43

MARIA SOLEDAD MELO LABRA
MINISTRA
Fecha: 03/02/2025 15:34:44



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



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, rectificada 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.

ARTURO PRADO PUGA
MINISTRO
Fecha: 03/02/2025 15:34:45

MAURICIO ALONSO SILVA CANCINO
MINISTRO
Fecha: 03/02/2025 15:34:46

MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO
GARCIA
MINISTRA
Fecha: 03/02/2025 15:34:47

MARIA SOLEDAD MELO LABRA
MINISTRA
Fecha: 03/02/2025 15:34:47



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

