

**Corte Suprema, 3 de noviembre de 2020**

*Alvarado con Norambuena*

<b>Rol N°</b>	15557-2017
<b>Recurso</b>	Casación en el fondo
<b>Resultado</b>	Rechazado
<b>Voces</b>	Relación de convivencia
<b>Normativa relevante</b>	Artículo 2195 del Código Civil.
<b>Espacio libre</b>	Mera tolerancia.

**Resumen**

La demandante demanda de precario ante el Segundo Juzgado de Letras de Arica, el cual rechaza la acción de precario, razón por la cual, deduce recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Arica, en donde se confirmó el fallo de primer grado.

Ante dicha situación, el demandante deduce recurso de casación en el fondo ya que señala que la tenencia del inmueble por parte de la demanda se debe a mera tolerancia suya y que mantuvo una relación de convivencia durante cinco años y tienen tres hijos, quienes también ocupan la propiedad en virtud de un pacto transaccional suscrito ante el juzgado de familia. Sin embargo, el recurso es rechazado por la Corte ya que la convivencia se opone a la mera tolerancia.

**Hechos**

Tercero: Que la sentencia estableció como hechos de la causa, en lo que interesa al recurso, los siguientes:

- a) el demandante es poseedor inscrito del inmueble que reclama;
- b) la demandada ocupa el inmueble junto a sus tres hijos, siendo dos de ellos fruto de la relación afectiva que sostuvo con el actor, los que tienen a la fecha de la sentencia de primer grado- 7 y 9 años, respectivamente;
- c) por medio de transacción extrajudicial de 11 de febrero de 2016, aprobada por el Juzgado de Familia de Arica, se reguló una pensión alimenticia de \$1.100.000 sin que se incluyera entre los gastos de los menores ningún tema por concepto de habitación;
- d) a la fecha de la transacción antes referida la demandada y sus hijos ya vivían en el inmueble cuya restitución se pretende.

**Cuestión jurídica**

Séptimo: Que, en el presente caso, la controversia se centró en determinar si el tercer supuesto referido en el motivo quinto que precede concurre o no. Entonces, corresponde dilucidar si la sentencia impugnada aplicó correctamente el derecho al concluir que la demandada sí cuenta con título que justifique su ocupación.

En este sentido, resulta pertinente tener en especial consideración las palabras de las que, sobre este punto, se sirve la ley en la disposición 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.

### **Decisión**

Décimo: 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, si es un hecho pacífico que la demandada ocupa el inmueble, junto a los hijos del actor, en virtud de su relación de convivencia con éste, la situación descrita se opone a la mera tolerancia pasiva a la entrada de la demandada en ese inmueble.

Undécimo: Que en mérito de lo expuesto no es posible anotar la infracción denunciada y el recurso de casación no puede prosperar por adolecer de manifiesta falta de fundamento (...).

### **Comentario**

El presente caso se analiza respecto a la mera tolerancia del actor, en virtud de que, según consta en los hechos del caso, el demandante tuvo una relación de convivencia con la demanda, de la cual, tuvieron 3 hijos, quienes también viven en el inmueble que pide la restitución. Sin embargo, tanto la Corte de Apelaciones, como la Corte Suprema, concluyeron que dicha situación no constituye mera tolerancia, principalmente porque la demandada y sus hijos ocupan el inmueble en virtud de su relación de convivencia, la cual se opone a la mera tolerancia.

Sumado a lo anterior, cabe destacar la conclusión a la que llegó la Corte de Apelaciones de Arica, quien sostuvo que, además de que la relación de convivencia se opone a la mera tolerancia, la preocupación fundamental de los padres es el interés superior de los hijos, siendo responsables de los gastos de la crianza, educación y establecimiento, por lo que no concurren los requisitos de la acción de precario.

Por lo tanto, resulta importante destacar que, en este caso, la Corte señala que para que proceda la acción de precario debe haber absoluta ausencia de un nexo jurídico entre las partes, siendo suficiente la relación de convivencia y la existencia de los hijos de ambos.