

Santiago, nueve de junio de dos mil veinte.

VISTO:

En estos autos, tramitados ante el Sexto Juzgado Civil de Santiago, Rol Nro. 27.711-2015, sobre juicio ejecutivo de obligación de dar, cuaderno de tercería, caratulados “Avla S.A.G.R. con Grupo de Empresas Maihue SpA y otro”, por sentencia de fecha veintisiete de diciembre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 86 y siguientes, se acogió la tercería de prelación y se omitió pronunciamiento respecto de la tercería de pago subsidiaria, sin costas.

La ejecutante dedujo recurso de apelación en contra del fallo y la Corte de Apelaciones de esta ciudad, por resolución de dos de mayo de dos mil diecinueve, que se lee a fojas 148 y siguiente, lo revocó y, en su lugar, rechazó la demanda de tercería de prelación deducida por Avla S.A.G.R. contra la Comunidad Edificio Congreso y Grupo Empresas Maihue, y no dio lugar, asimismo, a la tercería de pago deducida en subsidio, con costas.

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

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente, fundamentando su solicitud de nulidad sustancial, expresa que el fallo cuestionado, al revocar la decisión de primer grado y denegar la tercería de prelación interpuesta, ha incurrido en error de derecho consistente en la infracción a lo dispuesto en los artículos 1511, 1545, 1568, 1608, 1609, 1610, 1611, 1612, 2335, 2397, 2407, 2409, 2410, 2424, 2428, 2465, 2569, 2470 y 2477 del Código Civil, 46 y 107 de la Ley N° 18.092, 4° de la Ley 19.537, 518 y 525 del Código de Procedimiento Civil, por lo que pide se invalide y se dicte la sentencia de reemplazo que confirme la sentencia de primera instancia.

Desarrollando su impugnación, sostiene que dicha vulneración se produce porque los sentenciadores de segundo grado desconocieron la calidad de acreedor hipotecario de su representada, no obstante la



existencia de un contrato de hipoteca que garantizaba las obligaciones emanadas de dos pagarés que individualiza.

Sostiene que la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo acreedor, tanto del deudor principal como de cualquier tercero obligado solidariamente o subsidiariamente. En tal sentido, afirma que a diferencia de lo razonado por los jueces, el traspaso que operó por la subrogación no obsta a que Avla S.A.G.R. mantenga todas las cauciones que hubiera podido tener con anterioridad respecto de la ejecutada, toda vez que el hecho de subrogarse y adquirir nuevos derechos del antiguo acreedor no implica que el nuevo pierda las cauciones anteriores.

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

a.- La Comunidad Edificio Congreso interpuso demanda ejecutiva en contra del grupo Empresas Maihue SpA, persiguiendo el cobro de gastos comunes ascendentes a la suma de \$ 3.946.737, para lo cual se trabó embargo sobre dos estacionamientos de propiedad de la ejecutada.

b.- Víctor Gómez Espinosa, en representación convencional de Avla S.A.G.R., comparece en estos autos e interpone tercería de prelación en contra de la ejecutante Comunidad Edificio Congreso y de la ejecutada Grupo de Empresas Maihue SpA.

Expone que la Sociedad Grupo Empresas Mahuida suscribió en favor de Capital Express Servicios Financieros dos pagares, instrumentos que también fueron suscritos por la ejecutada Grupo Empresas Maihue en calidad de avalista, fiador y codeudor solidario.

Añade que mediante Certificado de Fianza y Codeuda Solidaria, emitido conforme a la Ley N° 20.179, Avla S.A.G.R. garantizó mediante fianza las obligaciones que constan en ambos pagarés, constituyéndose en fiador del Grupo Empresas Mahuida, quien no cumplió dicha obligación, razón por la que el acreedor ejerció el derecho contenido en el artículo 14 de la referida ley, requiriendo el pago de la obligación afianzada, lo que se hizo el 20 de febrero de 2017, de manera que Avla S.A.G.R. se ha



subrogado en los derechos del acreedor por la suma total de \$ 209.179.857.

En relación con el carácter preferente del crédito, invoca la escritura pública de hipoteca de fecha 23 de noviembre de 2010, otorgada por el Grupo Empresas Maihue para asegurar el pago de cualquier obligación que pudiere tener con Avla S.A.G.R., presente o futura, razón por la que solicita se declare su derecho preferente al pago y se ordene que con el producto de la subasta sea pagada en sus créditos con preferencia. Subsidiariamente, en razón de los mismos fundamentos, interpone tercería de pago.

c.- El ejecutante no evacuó el traslado en tiempo y forma, sin perjuicio de lo cual alegó con posterioridad, a través de un escrito, que el suscriptor del pagaré es un tercero ajeno al juicio, el Grupo Empresas Mahuida.

d.- Por sentencia de primer grado, se acogió la tercería de prelación interpuesta, por estimar que la tercerista acreditó la existencia del crédito que invoca y su actual titularidad mediante el pago por subrogación y, además, que dicho crédito goza de preferencia de tercera clase para su pago con el producto de la realización de los inmuebles hipotecados, estacionamientos N°s 318 y 319, ambos del edificio ubicado en calle Catedral N° 1239, de la comuna y ciudad de Santiago; decisión que fue apelada por la ejecutante.

e.- Conociendo del recurso interpuesto, por sentencia de segunda instancia, se revocó dicha decisión, rechazándose en definitiva la tercería de prelación y la subsidiaria de pago.

TERCERO: Que para denegar la tercería de prelación, los sentenciadores de segundo grado estiman que la tercerista no tiene créditos directos en contra de Maihue, porque el único que posee no es fruto de una deuda propia de Maihue, sino una adquirida por subrogación al pagar a Capital la deuda de Mahuida avalada por Maihue.



Añade que la hipoteca con cláusula de garantía general es “*una institución que debe aplicarse de modo restringido, a aquello para lo que se concibió. Vale decir, un deudor puede garantizar a un acreedor sus deudas presentes y futuras, pero operará nominativamente entre quienes fueron partes en el contrato*”.

En consecuencia, indica que “*si un tercero adquiere el derecho de prenda, bien por cesión o subrogación, a este no se le transfiere más de lo que existía en el patrimonio del cedente. Tal es lo que ocurre en el caso en análisis, pues Avla pretende que, por haberse subrogado en el crédito valista de Capital contra Mahuida y su aval Maihue, lo haya mutado a un crédito de tercera clase por un monto mayor y afectando derechos de terceros*”.

Concluye expresando que “*los créditos en que se ampara la demandante incidental Avla, son dos pagarés suscritos por Mahuida, sociedad que no es parte en el juicio ejecutivo, por lo que en virtud del pago con subrogación, Avla pasó a ser acreedor valista del crédito que Capital tenía contra Mahuida, única beneficiaria de la sociedad de garantía recíproca, cuyo cobro no ha iniciado, de manera que no puede invocar tal crédito, nacido al alero de la Ley N° 20.179, en contra de un tercero y menos alegando una preferencia al juicio ejecutivo de la que carecía*”.

CUARTO: Que en torno a los planteamientos del recurso, cabe recordar que la tercería de prelación o de preferencia es la que tiene lugar cuando adviene un tercero al juicio ejecutivo que, invocando la calidad de acreedor del ejecutado, reclama mejor derecho para pagarse con el producto de la realización de los bienes embargados por el ejecutante.

El objeto de esta tercería es que se reconozca al tercero la calidad de acreedor privilegiado y hacer efectiva la preferencia en el pago sobre los bienes embargados con antelación a otros acreedores no privilegiados o privilegiados de menor grado que concurran al pago.



QUINTO: Que las causas de preferencia en nuestra legislación son solamente el privilegio y la hipoteca, esta última se encuentra definida en el artículo 2407 del Código Civil como “*un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor*”.

Al efecto, el derecho real de hipoteca, que es el objeto del contrato hipotecario, se constituye esencialmente por el inmueble, que es su manifestación material, y por la garantía que encierra, es decir, las facultades de seguir la cosa, venderla y ser preferido, para el pago de una obligación. En consecuencia, la obligación caucionada viene a ser el objeto de la garantía, de manera que ésta es el elemento esencial del derecho real de hipoteca.

SEXTO: Que es menester recordar que la subrogación consiste en la sustitución de una persona que paga en los derechos del acreedor a quien paga. Dicha institución se encuentra regulada en el artículo 1608 del Código Civil, que la reconoce como la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.

En otras palabras, “*la subrogación es el cambio de un acreedor por otro, cuando los derechos del acreedor que es pagado pasan al que le ha pagado con su dinero; es una trasfusión de sus personas*” (Un caso de Pago con Subrogación, Héctor Claro Salas, Doctrinas Esenciales, Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile).

El citado autor señala que “*el artículo 1609 insiste en este carácter de la subrogación, realizada con el pago, al decir que “se subroga un tercero en los derechos del acreedor”. Por eso los autores llaman a esta subrogación personal o de personas, en oposición a la subrogación real o de bienes en que una cosa ocupa el lugar de otra en un patrimonio para quedar en la misma condición jurídica, como en el caso de los artículos 1727, 1733, 1774 y 747 del Código Civil*”.

SÉPTIMO: Que la subrogación es una ficción mediante la cual un crédito, que ha sido pagado con dinero suministrado por una tercera persona y por consiguiente extinguido con relación al acreedor que recibe el pago, se supone que subsiste con todos sus accesorios en provecho de ese tercero a quien de este modo se le dan seguridades de ser



reembolsado de los fondos que ha dado en pago. La deuda subsiste para el deudor y cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a ella y un nuevo acreedor reemplaza al antiguo.

El subrogado puede, entonces, ejercitar contra el deudor las mismas acciones que nacen de la deuda y que habría podido ejercitar el acreedor primitivo. En el mismo artículo el profesor Héctor Claro Salas expresa que *“la ficción no sería tal, si no fuera contraria a la realidad; y es la importancia práctica de que las cosas pasen así lo que ha hecho al legislador crear esta institución jurídica que es uno de los más benéficos elementos de crédito, a la vez que más equitativos. La subrogación en efecto, no causa perjuicios. No los causa al acreedor; porque recibe lo que se le debe y sólo se le impide abusar de la situación en que se halla colocado respecto de su deudor, talvez desgraciado; no los causa a terceros acreedores o no a la fecha de la constitución de ese crédito porque no altera la situación del patrimonio del deudor a su respecto, ya que sólo cambia la persona del acreedor quien si no fuera pagado estaría ahí para hacer valer sus derechos talvez con mayor estrictez que el subrogado; y en cuanto al deudor más bien lo beneficia permitiéndole sustituir un acreedor amigo y fácil, a un acreedor que lo hostiliza”*.

OCTAVO: Que en la especie el recurrente sustenta la titularidad de su crédito en la subrogación que habría operado por el ministerio de la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 20179, esto es, en virtud del pago de todo o parte de la fianza comprometida.

En este punto es menester precisar que la tercerista es una sociedad de garantía recíproca constituida bajo la ley antes citada, la cual, mediante el otorgamiento de los respectivos certificados de fianza y codeuda solidaria, garantizó a Capital Express Servicios Financieros, mediante fianza, las obligaciones que constaban en dos pagarés, respecto de los cuales era acreedor el Grupo Empresas Mahuida. Luego, ante la falta de pago por parte de Mahuida, la sociedad Capital ejerció el derecho que regula el aludido precepto, pago que Avla S.A.G.R. realizó, subrogándose en los derechos de Capital.



En consecuencia, la tercerista paso a ser titular de los derechos de Capital respecto de Mahuida, incluida la caución personal, esto es, la fianza y codeuda solidaria dada a favor de Capital por Maihue, ejecutada en estos autos, caución que se refiere a los pagarés antes mencionados.

NOVENO: Que, por su parte, la preferencia que sustenta la tercería de autos se basa en un contrato de hipoteca otorgado por escritura pública de 23 de noviembre de 2010, en la que comparece la Sociedad Servicio Nacional de Asesoría Legal Limitada, hoy Maihue, constituyendo hipoteca a favor de la sociedad Aval Chile, hoy Avla S.A.G.R., para caucionar el pago toda clase de deudas que tuviera o llegara a tener para con esta sociedad.

Si bien hoy no se discute la hipoteca con cláusula de garantía general, ésta sólo permite que una persona que quiera contraer diversos créditos en el transcurso del tiempo constituya una sola hipoteca para caucionar sus deudas futuras con un determinado acreedor, cláusula que no se extiende de manera ilimitada ya que la garantía es inherente al crédito, pero no a la persona del acreedor.

DÉCIMO: Que en el contexto que se viene analizando, la tercerista se subrogó en el crédito que tenía Capital en contra de Mahuida como deudor principal y de Maihue como aval, fiador y codeudora solidario, respecto de dos pagarés, esto es, de un crédito valista que no se encontraba garantizado con hipoteca alguna. No es posible extender una garantía hipotecaria otorgada por Maihue a Avla S.A.G.R. con el fin de asegurar obligaciones que la primera pudiere contraer con la segunda, a otras obligaciones que se vinculan con terceros ajenos a dicho contrato de hipoteca.

En otras palabras, habiéndose subrogado la tercerista respecto de un crédito valista, sólo adquirió los derechos que tenía el antiguo acreedor, esto es Capital, consistente en la fianza y codeuda solidaria otorgada por Maihue, sin que sea posible invocar a su respecto una garantía hipotecaria que fue otorgada para garantizar otro tipo de obligaciones y, menos aún, perjudicar la situación de terceros, pues por efecto de la subrogación el crédito valista original no mutó a uno de la tercera clase, ni se favorece por la referida garantía general hipotecaria.



UNDÉCIMO: Que de lo que se viene narrando queda en evidencia que los jueces recurridos, al resolver lo debatido del modo que lo hicieron, no incurrieron en los errores de derecho que el recurrente les atribuye y que se indicaron en el raciocinio primero de este fallo. Así, en las condiciones anotadas, el recurso de casación en el fondo intentado por el apoderado de la tercerista no puede tener acogida.

De conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, **SE RECHAZA** el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado Francisco Bañados Geywitz, en representación de Avla S.A.G.R, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha dos de mayo de dos mil diecinueve, que se lee a fojas 148 y siguientes.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro (S) señor Rodrigo Biel M.

Rol N° 21.148-2019.-

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sra. Rosa María Maggi D., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Rodrigo Biel M. (s) y Abogados Integrantes Sra. Leonor Etcheberry C. y Sr. Antonio Barra R.

No firman el Ministro (s) Sr. Biel y la Abogada Integrante Sra. Etcheberry no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber terminado su periodo de suplencia el primero y ausente el segundo.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a nueve de junio de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

