

Santiago, trece de diciembre de dos mil veintidós.

**VISTO:**

En estos autos Rol N° 1255-2018 seguidos ante el Primer Juzgado Civil de Osorno, juicio ejecutivo sobre cobro de pagare, caratulados "Banco Santander con Paredes Inostroza" por sentencia de nueve de diciembre de dos mil veintiuno, se acogió la tercería de prelación y parcialmente la de pago deducidas por el Servicio de Tesorería.

Apelado este fallo por el ejecutante, una sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, por sentencia de diecisiete de febrero de dos mil veintidós, lo confirmó.

En su contra el ejecutante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se ordeno traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurrente sostiene que la sentencia censurada, que confirmó sin declaraciones el fallo de primer grado que acogió la tercería de prelación interpuesta ha sido dictada con infracción de ley, ya que vulnera lo dispuesto en los artículos 19, 1698 inciso 1°, 2470, 2471, 2472, 2478 del Código Civil y artículos 518 N° 3, 525 y 527 del Código de Procedimiento Civil.

Indica que le corresponde al tercerista la obligación de aportar la prueba que sustente la acción que interpone. Así también lo ha entendido la Corte Suprema, en diversos fallos (cita roles CS 5568-19, 11.587-15, 112.396-20). Agrega que el fallo invierte la carga de la prueba e infringe el artículo 2478 del Código Civil, al obligar al acreedor hipotecario y no al tercerista a aportar documentación que sustente la acción deducida, quienes además no rindieron prueba a ese respecto.

**SEGUNDO:** Que para una adecuada resolución del asunto resulta pertinente dejar debida constancia de los siguientes antecedentes del proceso:

a) En el presente juicio ejecutivo compareció don Marcelo Cárdenas Catalán en representación del Servicio de Tesorería quien dedujo demanda de tercería de prelación y en subsidio de pago, invocando como fundamento de su pretensión un crédito por la suma neta de \$246.449.917., fundado en que el ejecutado registra deuda por formularios 21 y 22, que correspondería a deudas morosas por conceptos de impuesto IVA, a la renta y global complementario, todos impuestos de retención y recargo, en razón de lo cual alega la preferencia de primera clase prevenida en el N° 9 del artículo 2472 del Código Civil,



haciendo presente que el inmueble embargado en esta causa es el único bien apto para garantizar su crédito. En subsidio, deduce tercería de pago, solicitando se declare en definitiva el derecho de su parte de concurrir al pago de su acreencia, a prorrata del ejecutante sobre el bien embargado.

b) El Banco ejecutante y demandado en la tercería, al evacuar el traslado conferido y en lo que interesa a esta sentencia, alegó que es al tercerista a quien corresponde acreditar su crédito preferente y que éste no puede ser cubierto con otros bienes del deudor, de manera tal que sólo en ese evento ha de recurrirse a la propiedad raíz hipotecada.

c) La sentencia de primera instancia, acogió la tercería de prelación, fundado en que se encontraría acreditado con la prueba documental acompañada por el tercerista, que la acreencia que reclama corresponde a impuestos de retención y recargo, configurando así créditos de primera clase, comprendidos en el N° 9 del artículo 2472 del Código Civil, y que la ejecutante no aportó pruebas destinadas a acreditar que el deudor era el propietario de otros bienes embargables, distintos del hipotecado.

d) El fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, confirmó sin declaraciones la sentencia de primera instancia.

**TERCERO:** Que en estos autos el tercerista ha hecho valer créditos, a su juicio, privilegiados de primera clase, contemplados en el N° 9 del artículo 2472 del Código Civil, alegando su derecho para que le sean pagados, con el producto de la realización del bien raíz embargado al ejecutado, con antelación al crédito hipotecario de tercera clase que sobre dicho inmueble goza el ejecutante;

**CUARTO:** Que las causas de preferencia en nuestra legislación, de conformidad a lo previsto en el artículo 2470 del Código Civil, son solamente el privilegio y la hipoteca. “La hipoteca no es un privilegio sino una causal de preferencia y dicha disquisición no resulta menor, toda vez que la doctrina ha sostenido que los privilegios no constituyen derecho real ni dan derecho a persecución, por ser inherentes al crédito y no a su titular, en circunstancias que la hipoteca, por su calidad de derecho real, confiere la facultad de perseguir el bien hipotecado de manos de terceros poseedores, habiéndole otorgado el legislador el carácter de preferencia con la finalidad de fortalecer sus atributos como caución. Si la preferencia la puede invocar el acreedor hipotecario aun cuando el inmueble se halle en manos de un tercero, no es porque el derecho de



preferencia en si sea un derecho real, sino porque tal carácter tiene la hipoteca lo que trae consigo que el acreedor goce del derecho de persecución" (Manuel Somarriva Undurraga, "Tratado De Las Caucciones", Editorial Contable Chilena Limitada-Editores, 1981, N° 455, página 461).

**QUINTO:** Que sentado lo anterior, el fallo objeto del recurso admite que el privilegio para el cobro de los créditos del Fisco por impuestos de retención y de recargo se hace extensivo a las fincas hipotecadas, pero a condición de que no sean cubiertos en su totalidad con los otros bienes del patrimonio del deudor, circunstancia que debe ser probada por el acreedor que lo invoque, según lo previsto en el artículo 1698 del Código Civil.

**SEXTO:** De lo expuesto es posible afirmar que si bien el crédito que invoca el tercerista en el juicio ejecutivo está amparado con la preferencia consistente en el privilegio de primera clase previsto en los N° 9 del artículo 2472 del Código Civil, la carga de acreditar la carencia de otros bienes que no sean la finca hipotecada para gozar de la preferencia a que pretende extender su crédito, recae en el tercerista. En otras palabras, es dicho litigante quien debe demostrar la imposibilidad de cubrir su crédito con otros bienes distintos del activo del patrimonio del deudor, según lo dispuesto en el artículo 2478 del Código Civil.

**SEPTIMO:** Que, en efecto, para que tenga lugar la excepción prevista en el mencionado artículo 2478 Código Civil, que permite al acreedor que goza de privilegio de primera clase ejercer su derecho sobre un bien hipotecado, es preciso que pruebe los presupuestos legales que la hacen procedente. En otras palabras, quien alega el privilegio habrá de acreditar los requisitos que lo hacen procedente para que pueda concurrir, con la preferencia en el producto de la realización de un inmueble hipotecado.

De ahí, entonces, que la condición consistente en que los créditos de primera clase sólo se extienden a las fincas hipotecadas en caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, es un elemento de la acción de prioridad que se ha ejercido para gozar del privilegio del crédito. Por tanto, conforme al artículo 1698 del Código Civil, debe el acreedor que lo invoque, en este caso el tercerista, probar que su crédito no puede solucionarse, sea en su totalidad o parcialmente, con otros bienes del deudor. Así lo ha resuelto esta Corte desde hace varias décadas en los causas roles Nos 4423-2005 y 5568-2019.



**OCTAVO:** Que, de este modo, al haber los sentenciadores dado lugar a la tercería de prelación, en razón de haberle atribuido al ejecutante el deber de probar la falta de otros bienes del deudor, supuesto fáctico de la acción, no obstante que correspondía al tercerista hacerlo, incurrieron en error de derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo de la decisión, lo que justifica que el recurso de casación en el fondo sea acogido.

Por estas razones y de conformidad con lo previsto en los artículos 764, 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo, interpuesto por el abogado Carlos Rubio Ruiz de Gamboa, en representación de la parte ejecutante. Consecuentemente, se invalida la sentencia de diecisiete de febrero de dos mil veintidós y se la reemplaza por la que se dicta, acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Silva C.

Rol N° 8379-22

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Guillermo Silva G., Sr. Arturo Prado P., Sr. Mauricio Silva C., Sra. María Angélica Repetto G. y Abogado Integrante Sr. Diego Munita L.

No firman el Ministros Sr. Silva C. y la Sra. Repetto no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y con licencia médica la segunda.



null

En Santiago, a trece de diciembre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

