

Santiago, seis de noviembre de dos mil veintitrés.

VISTO:

En los autos Rol N° 33-2015 seguidos ante el Primer Juzgado Civil de La Serena, juicio ejecutivo sobre cobro de pagaré, cuaderno de tercería de dominio caratulados "Banco de Crédito e Inversiones con [REDACTED] por sentencia de dieciséis de junio de dos mil veintidós, se rechazó la demanda de tercería de dominio.

Apelado este fallo por el tercerista una sala de la Corte de Apelaciones de la Serena por sentencia de dieciséis de noviembre de dos mil veintidós, lo revocó y en su lugar declaró que se acoge la demanda, ordenándose el alzamiento del embargo de los derechos de propiedad en el bien raíz que corresponden al 50% de los mismos.

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 cuestionada transgredió lo dispuesto en los artículos 1723 inciso 2° y 1764 del Código Civil.

Señala que el fallo recurrido desconoció la existencia de la segunda hipoteca válidamente constituida en favor de Banco de Crédito e Inversiones, cuyo objetivo es precisamente garantizar deudas futuras, que en este caso, el señor [REDACTED] hubiese adquirido con el banco, como es precisamente lo que ha ocurrido en el caso sub lite, en el cual su representado sólo ejerció su derecho de perseguir la realización del bien hipotecado. Por lo demás, el hecho de que la suscripción del pagaré sea de fecha posterior a la sustitución del régimen de bienes habido entre ejecutado y tercerista, en nada altera lo dicho, toda vez que tanto la jurisprudencia como la doctrina son unánimes en reconocer la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria.

Agrega que disuelta la sociedad conyugal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 1764 del Código Civil, se forma una comunidad de bienes a título universal y no sobre una cosa singular, como mal lo entiende e interpreta el fallo recurrido que debe ser liquidada de conformidad a las reglas de la partición y sólo después de la partición los cónyuges adquirirán dominio sobre bienes particulares y determinados, en virtud de los artículos 1774 y 1776 del Código Civil, es decir, a los artículos 1317 y siguientes, lo que en los hechos no ha acontecido.

Afirma que los sentenciadores yerran en su decisión pues, con los antecedentes que obran en el juicio no es posible conocer los bienes que componen la comunidad habida entre el ejecutado y la tercerista, tampoco hay indicios sobre como estaría compuesto el pasivo total de la misma, por lo que es



evidente que la tercerista no ha probado el dominio que pretende sobre el 50% de los derechos del inmueble embargado y la razón es porque ello no es efectivo y sólo lo sería con la existencia de una adjudicación por parte de la tercerista respecto del inmueble embargado o sobre una parte de él, ya que se retrotraen sus efectos a la época en la que ha operado el modo de adquirir.

Peticiona que se invalide la sentencia recurrida y, en su reemplazo y sin previa vista de la causa, dicte una nueva sentencia que revoque el fallo pronunciado por la Corte y, en su lugar, confirme la sentencia apelada.

**SEGUNDO:** Que, para una adecuada inteligencia de las cuestiones planteadas en el recurso, resulta pertinente considerar las siguientes circunstancias y actuaciones verificadas en el proceso:

a) Comparece Víctor Raúl Donoso López, abogado, en representación convencional de Ester Del Carmen Encina Muñoz y deduce demanda de tercería de dominio en contra del ejecutante Banco de Crédito e Inversiones y del ejecutado [REDACTED] a fin de que se declare el dominio que su representada tiene sobre los derechos de propiedad del inmueble embargado en autos, ubicado en Pintor Julio Ortiz de Zárate N° 1994, correspondiente al Sito 14 de la Manzana N° 4 del Loteo Los Arcos de Pinamar Décima Etapa, comuna de La Serena.

Fundamenta su pretensión en que el ejecutado por escritura pública de fecha 21 de enero de 2004, adquirió el bien embargado, época en la que éste se encontraba casado con su representada bajo el régimen de sociedad conyugal y posteriormente se separaron y lo sustituyeron por el pacto de separación total de bienes, por escritura pública otorgada el 18 de mayo de 2011 subinscrito al margen de la partida de matrimonio respectiva con fecha 16 de junio del mismo año, siendo ambos propietarios en partes iguales, por lo que su representada desde el año 2011 es dueña de una cuota de dominio equivalente al 50% de los derechos en dicha propiedad.

Solicita se tenga por interpuesta demanda de tercería de dominio en contra del ejecutante Banco de Crédito e Inversiones, y en contra del ejecutado don [REDACTED] acogerla a tramitación y en definitiva, declarar que su representada es dueña de derechos en el inmueble embargado en autos y en esa virtud ordenar el alzamiento del embargo recaído sobre el inmueble.

b) La parte demandante evacuando el traslado de la contestación, solicitó el rechazo de la tercería, con costas, toda vez que la tercerista no es propietaria de derecho alguno sobre el inmueble embargado e hipotecado en favor de su mandante, ya que los cónyuges no han liquidado su sociedad conyugal, por lo que la tercerista es comunera sobre una universalidad de bienes o activos y



eventualmente sobre un pasivo, los cuales quedan fijados irrevocablemente al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Añade que el demandado constituyó hipoteca en favor de su representado con fecha 21 de enero de 2004, con el objeto de garantizar el cumplimiento íntegro, efectivo y oportuno de las obligaciones de crédito de dinero que emanen de la escritura de mutuo celebrada entre su representado y la razón por la cual le asiste a su parte el derecho de perseguir el cumplimiento de esa obligación, en virtud de la hipoteca ya señalada, de manera preferente, en contra de terceros.

c) El tribunal de primera instancia rechazó la demanda incidental, reflexionando que los antecedentes resultan insuficientes para establecer el dominio reclamado por la tercerista sobre los derechos en el inmueble embargado en autos, ya que fue adquirido con fecha 21 de enero de 2004 durante la vigencia de la sociedad conyugal, formando parte del haber social de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1725 N° 5 del Código Civil. Posteriormente, las partes disuelven la sociedad conyugal pactando la separación total de bienes mediante escritura pública de fecha 18 de mayo de 2011, subinscrita al margen de la respectiva inscripción matrimonial con fecha 16 de junio de 2011. Sin embargo, no consta que se haya efectuado la liquidación de la sociedad conyugal, por lo que se mantiene la comunidad de bienes que se ha formado entre los cónyuges, en virtud de la disolución de la sociedad, siendo entonces la tercerista únicamente comunera sobre dicha universalidad de bienes, quedando sus eventuales derechos sobre los mismos supeditados a que se liquide la sociedad conyugal.

d) Apelada la decisión la Corte de Apelaciones de la Serena la revocó y en su lugar acogió la tercería.

**TERCERO:** Que los sentenciadores dejaron establecidos en el fallo que se impugna que la obligación cuyo cobro se persigue en estos autos ejecutivos nació en virtud de un pagaré suscrito por [REDACTED] el día 28 de marzo de 2014 y que la sustitución del régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes acaeció el 18 de mayo de 2011.

**CUARTO:** Que los falladores para acoger la tercería de dominio sostuvieron que al momento en que [REDACTED] suscribió el pagaré mencionado, se encontraba separado de bienes, motivo por el cual no recibe aplicación a su respecto la regla del inciso 2º del artículo 1723 del Código Civil, en cuanto dispone que dicho tipo de pactos no perjudicarán en caso alguno los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer, refiriéndose el legislador a los derechos adquiridos con anterioridad a dichos pactos y no con posterioridad a ellos.



Al efecto, razonan que una vez disuelta la sociedad conyugal, como tuvo lugar en la especie, por el sólo ministerio de la ley se produce una comunidad de bienes entre los cónyuges en relación a todos los bienes sociales, respecto de los cuales los derechos de cada comunero se radican en cada uno de aquellos, por lo que se acogerá la tercería de dominio, por cuanto se ha trabado embargo sobre un inmueble respecto del cual ella tiene derechos de dominio por ser comunera, ya que los cónyuges aún no han liquidado la sociedad conyugal.

**QUINTO:** Pues bien, ha de considerarse que el artículo 1723 del Código del ramo establece la posibilidad de que los cónyuges casados bajo el régimen de la sociedad conyugal puedan, con posterioridad a la celebración del matrimonio, modificar el régimen económico que los vincula, pudiendo pasar de la sociedad conyugal a la separación total de bienes.

Dicho precepto legal señala que: “Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes o de separación parcial por el de separación total.

El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto de separación total de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”.

**SEXTO:** Resulta necesario para un adecuado análisis del artículo 1723 del Código Civil, en especial del alcance de la frase “el pacto de separación total de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos, válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer...”, revisar la historia del referido precepto legal.

Fue la Ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943 la que introdujo la reforma substancial en este aspecto. El Profesor don Daniel Peñailillo Arévalo al efectuar un estudio de dicha norma, su historia y consecuencias jurídicas, relata que “hasta la dictación de esta ley, se mantenía muy firme el principio de la inmutabilidad del régimen económico adoptado por los cónyuges. No era posible, hasta entonces, modificarlo por su voluntad. Desde ella se permite la modificación durante la vida matrimonial, con una nueva redacción del artículo 1723. Se admite el pacto de separación total, reemplazando a la sociedad o a la separación parcial”. (Revista



de Derecho, Universidad de Concepción, N° 173, año LI, Autor: Daniel Penailillo Arévalo, “El Pacto de Separación de Bienes y el Perjuicio a los Acreedores”).

Posteriormente, la reforma fue completada por la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952, que dejó al precepto indicado en su redacción actual, pero que no alteró el tenor de la frase en análisis.

Según el documento citado con anterioridad, el profesor don Daniel Penailillo, al referirse a la historia de la norma, indica que del análisis del mensaje que el Ejecutivo envió al Congreso para el establecimiento de la Ley N° 7.612, la referida expresión “no fue objeto de comentario. Algunas observaciones que se formularon al contenido general del proyecto del artículo 1723 sólo destacaban que el pacto protegía suficientemente los derechos de los terceros”.

En consecuencia, ha sido la doctrina y la jurisprudencia, los encargados de precisar el sentido y alcance de la ya referida frase, resultando como posibilidades de acción por parte del acreedor para impugnar los actos de separación y liquidación de bienes, la acción pauliana, la acción de simulación o de nulidad absoluta configurada por acto simulado, o la declaración de inoponibilidad.

**SÉPTIMO:** En este punto, para una adecuada aplicación de la norma en cuestión, es necesario tener especial consideración de que el pacto de separación y liquidación de bienes entre los cónyuges no puede ser utilizado para burlar a los acreedores, por lo que los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal al tiempo de contraerse la deuda, pueden ser embargados, careciendo el posible cónyuge en calidad de tercerista, de facultad legal para solicitar que se excluyan del embargo dichos bienes cuando el procedimiento ejecutivo se refiera a deudas o garantías contraídas por los cónyuges antes de la separación de bienes.

Desde luego, en el caso sub lite, la tercerista y el ejecutado sustituyeron el régimen de sociedad conyugal por separación total de bienes el 18 de mayo de 2011. Luego, disuelta la sociedad conyugal se formó una comunidad de bienes entre los cónyuges en relación a los bienes sociales, sin que conste que se haya efectuado la liquidación, debiendo reconocerse que el acreedor puede, invocando la inoponibilidad, perseguir cualquier bien de la comunidad que se forma a la disolución de la sociedad conyugal, pues de esa forma se logra mantener a su respecto la situación anterior al pacto. Y en este caso el bien sigue a nombre del deudor.

En consecuencia, será al momento de la liquidación de ésta, la oportunidad para que se pueda solicitar y debatir la posibilidad de que se descuente, de la cuota correspondiente al cónyuge ejecutado, lo que se hubiese gastado en el pago de créditos personales del marido de la recurrente. No resulta posible en aras de proteger el patrimonio de la tercerista, el vulnerar los derechos ya adquiridos por la



ejecutante de autos, quien contaba con una garantía respecto del inmueble embargado, obligación que se contrajo con anterioridad a la separación de bienes, todo lo cual impide que se den los presupuestos de la tercería de dominio interpuesta en estos autos.

**OCTAVO:** Que, conforme lo recién reflexionado, al haber efectuado la sentencia una interpretación y aplicación errada del inciso 2º del artículo 1723 del Código Civil ha incurrido en error de derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, al acogerse la acción interpuesta, en circunstancias que ello debía desestimarse, de forma tal que corresponde acoger el recurso de casación en el fondo, sin que sea necesario analizar las restantes disposiciones legales que el impugnante también aduce quebrantadas.

Y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, SE ACOGE el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Claudio Troncoso Maraboli, en representación de la demandante, en contra de la sentencia de dieciséis de noviembre de dos mil veintidós, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción a cargo de la abogado integrante Sra. Leonor Etcheberry C.

Rol N° 162.534-2022

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros sr. Mauricio Silva C., sra. María Soledad Melo L., sra. Dobra Lusic N. (S) y los Abogados Integrantes sra. Leonor Etcheberry C. y sr. Pedro Águila Y.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma la Ministra (S) señora Lusic, por haber terminado el periodo de suplencia y el Abogado Integrante señor Águila, por ausencia.





XJXEXJXXZG

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a seis de noviembre de dos mil veintitrés, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

