

Santiago, catorce de marzo de dos mil diecisiete.

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 559-2014 del Juzgado Civil de Parral, juicio ejecutivo de desposeimiento, caratulados “Salvo Fuentes Eduardo y otros con Inmobiliaria Bergneustadt Ltda.”, por sentencia de uno de septiembre de dos mil quince, escrita a fojas 148 y siguientes de estas compulsas, se rechazaron las excepciones opuestas a la ejecución, con costas.

La ejecutada dedujo recurso de casación en la forma y apelación en contra de dicho fallo y una sala de la Corte de Apelaciones de Talca por decisión de tres de mayo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 206 y siguientes, desestimó la nulidad y confirmó la sentencia apelada.

En contra de esta última decisión la ejecutada deduce recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**I.-EN CUANTO AL RECURSO DE CASACION EN LA FORMA:**

**PRIMERO:** Que el vicio de nulidad invocado corresponde a la causal 5ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo legal, alegando la recurrente que el fallo impugnado carece de las consideraciones de hecho y de derecho que deben servirle de fundamento.

Señala que los sentenciadores efectúan una valoración parcial de la inscripción de hipoteca de fojas 4 N°2 del Registro de Hipotecas y Gravámenes del año 2010 del Conservador de Bienes Raíces de Parral, en que se funda la ejecución de autos y que no consideran en lo absoluto los certificados de hipotecas y gravámenes de los predios involucrados, emitidos por el Conservador de Bienes Raíces de Parral con fecha 8 de junio de 2015; instrumentos que dan cuenta de que la hipoteca materia de autos se constituyó en favor del Fisco de Chile únicamente y no de los demandantes.



Explican que tal falta tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo pues tales antecedentes son contrarios a la conclusión a la que arriban los sentenciadores en orden a que la constitución de la referida hipoteca se hizo también en favor de los actores, de modo que estos tendrían la calidad de acreedores hipotecarios.

**SEGUNDO:** Que el fallo atacado, al contrario de lo denunciado, pormenoriza y analiza las probanzas aportadas por los litigantes, incluso las que la recurrente señala como preteridas, estableciendo de su mérito los hechos acreditados y contiene las consideraciones en que se sustenta la decisión de rechazar las excepciones opuestas por la ejecutada, no siendo efectiva la falta de valoración de ciertos elementos de prueba.

Por lo demás, del modo en que ha sido planteado el recurso aparece que el mismo más bien se dirige a cuestionar los razonamientos y las conclusiones a que arriban los sentenciadores del análisis de las probanzas y no la falta de consideraciones sobre las mismas; sin embargo tal discrepancia no habilita a la recurrente para pretender la invalidación de lo resuelto por la vía intentada.

**TERCERO:** Que en consecuencia y en razón de las reflexiones que anteceden, corresponde concluir que el recurso de casación en la forma no puede prosperar por no configurarse la causal de nulidad invocada.

## **II.-EN CUANTO AL RECURSO DE CASACION EN EL FONDO:**

**CUARTO:** Que en un primer capítulo se denuncia por la recurrente la infracción del artículo 1700 del Código Civil. Argumenta que se le asigna un contenido y valor diferente al que emana de su tenor literal al instrumento público consistente en la inscripción de hipoteca de fojas 4 N°2 del Registro de Hipotecas y Gravámenes del año 2010 del Conservador de Bienes Raíces de Parral en que se funda la ejecución de autos, la que solo se practicó a favor del Fisco de Chile y no obstante ello los jueces del fondo concluyen que favorecería también a los demandantes.

Señala que el acto registral da cuenta precisamente de que la constitución de la hipoteca por Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada fue únicamente a favor del Fisco de Chile, de modo que al otorgarle los sentenciadores un contenido distinto a la referida inscripción se transgrede el artículo 1700 del Código Civil, norma que establece que los



instrumentos públicos hacen plena fe respecto de las declaraciones del funcionario interviniente, el que precisamente declara que se ha requerido y por lo tanto inscrito exclusivamente para éste y no otras personas.

Alega también en este acápite la falta de valoración de cuatro certificados de hipotecas y gravámenes emitidos por el Conservador de Bienes Raíces de Parral con fecha 8 de junio de 2015 y que su parte acompañó mediante escrito de 13 de julio del mismo año, en que se certifica que la hipoteca en cuestión solo beneficia al Fisco de Chile y no a los demandantes de autos.

En último lugar se indica que se incurre en error por los sentenciadores al señalar en el motivo duodécimo del fallo de primer grado, que el de segunda hace suyo, que la inscripción conservatoria fue requerida por el abogado Enrique Monasterio Rebolledo, quien era representante de Abratec S.A. e Inversiones Cerro Florido Limitada, puesto que dicho documento no acredita tal representación, lo que es relevante para la excepción opuesta sustentada en que quien solicitó la inscripción hipotecaria no contaba con facultades de representación, las que eran necesarias ya que dicho acto importaba tradición del derecho real de hipoteca.

En un segundo capítulo se denuncia la infracción del artículo 759 en relación a los artículos 434 N°1 y 2, 464 en su encabezado y en sus números 2 y 7, 465, 492 y 924, todos del Código de Procedimiento Civil; 10 del Código Orgánico de Tribunales; 670, 686, 1365, 1437, 1445, 1449, 1526 N°1, 2081, 2305, 2408, 2410, 2428, 2432 y 2433 del Código Civil y 52, 60, 61, 78, 81, 83 y 88 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Explica en primer lugar que se ha conculcado el artículo 759 en relación a los artículos 434 números 1 y 2, 464 N°2 y 7 y 465 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 2428 inciso primero del Código Civil, argumentando que para poder perseguir la finca hipotecada de manos del tercer poseedor, el acreedor debe ser titular del derecho real de hipoteca, conforme al artículo 2428 inciso 1° del Código Civil. En el caso de autos se ejerció acción ejecutiva de desposeimiento en su contra como tercer poseedor, lo que supone contar con un título ejecutivo en contra del deudor personal y a la



vez debe exhibirse igualmente el antecedente que acredite que los actores son titulares del derecho real de hipoteca, de modo que faltando alguno de estos elementos, la acción real no puede prosperar.

Sostiene que la correcta interpretación de las normas citadas debió llevar a los sentenciadores a la conclusión de que para dirigirse en contra del tercer poseedor se requiere no solo que exista un título ejecutivo que dé cuenta de una obligación en contra del deudor personal, sino que además del antecedente o condición establecida por la ley para que dicho título tenga fuerza ejecutiva contra el demandado, en este caso el tercer poseedor de la finca y para que dicho título tenga fuerza ejecutiva en su contra se requiere, como condición exigida por la ley, que exista una hipoteca (derecho real) que lo garantice y que de ella sea acreedor el ejecutante.

Agrega que alegó en el juicio como fundamento de la excepción del numeral 7° del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil que la hipoteca invocada por los actores no los favorece y que no han exhibido el antecedente que les confiere la calidad de acreedores hipotecarios que les autorice a dirigirse en su contra, lo que permite configurar la causal de oposición formulada. Sin embargo, los sentenciadores procedieron a desestimarla por considerar que estas alegaciones serían constitutivas de otra, esto es, la prevista en el numeral 2° del artículo citado, lo que no es correcto y en todo caso a ellos corresponde aplicar el derecho, sin que les esté vedado formular una recalificación en este sentido.

En segundo término desarrolla la infracción del artículo 2433 en relación a los artículos 2410 y 2432, todos del Código Civil; 81 y 88 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces y 670, 686 y 1449 del Código del ramo, al concluir los jueces del fondo que la hipoteca materia de autos beneficia a los actores, expresando que de haber incurrido éstos en una presunta omisión formal al practicar la inscripción hipotecaria, el artículo 2433 citado le da plena validez si las que faltan son alguna de las designaciones prevenidas en los números 1° a 4° de la referida norma.

Señala que esta forma de entender y aplicar dicha disposición no es acertada, pues se está utilizando una norma que permite salvar eventualmente un error u omisión de forma, para dotar a la inscripción de un contenido que no tiene. En efecto, en la especie no se ha omitido nada



en cuanto a la designación del acreedor hipotecario y el Conservador ha sido claro en cuanto a señalar qué fue lo que se le solicitó y que inscribió una hipoteca a favor únicamente del Fisco de Chile, no existiendo vacío que llenar y al hacerlo se ha alterado su contenido.

Refiere que el título a favor de los actores nació con el cúmplase de la sentencia que les reconoce el derecho a la indemnización de que se trata, lo que ocurrió recién el 19 de febrero de 2013 y la inscripción hipotecaria se practicó el 7 de enero de 2010, es decir, tres años antes, de modo que no es posible concluir que fueran beneficiados con ella, pues no existían a la época de su constitución.

Además, en el presente caso, existía una estipulación a favor de quienes llegaren a ser acreedores establecida en la escritura de transacción de acuerdo a lo prescrito por el artículo 1449 del Código Civil, la que únicamente puede ser aceptada por el beneficiario, pero los demandantes tuvieron recién esa calidad el 19 de febrero de 2013, pudiendo únicamente a partir de esta fecha solicitar la tradición del derecho real de hipoteca que tal estipulación ha considerado en su favor.

Esgrime que se equivocan también los sentenciadores al desechar su tesis en orden a que aun cuando se estimase que la hipoteca favorece a los demandantes, siendo esta indivisible y existiendo otros acreedores hipotecarios además de los ejecutantes, no podrían éstos llevar adelante la acción hipotecaria por sí solos sino que requerirían obrar conjuntamente con el resto, basados en que de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2408, 1526 N°1, 1365 y 2428 del Código Civil y 492 y 924 del Código de Procedimiento Civil, no se impide su ejercicio a los demás, quienes podrán citar a los otros y que en caso que no lo hagan, subsistirá la hipoteca. En efecto, tal conclusión implica una falsa aplicación del artículo 2428 del Código Civil, toda vez que dicha disposición está establecida para el caso que un acreedor, que no goza de hipoteca frente a uno al que sí le asiste tal derecho, pueda citarlo y así purgar la hipoteca al subastarse la propiedad. En cambio, en este caso solo existe una hipoteca que favorece a diferentes personas, es decir, hay una especie de comunidad sobre un mismo y único derecho real de hipoteca y quienes han ejercido la acción real hipotecaria son algunos de los comuneros en el derecho real. De modo que no resulta aplicable la norma indicada, ni tampoco el artículo 492 del Código de



Procedimiento Civil citado por el fallo de primer grado, pues ellas se refieren a la situación de un acreedor hipotecario de grado posterior que cita a uno de grado preferente, es decir, regula el caso en que existen dos hipoteca y la citación se hace con el objeto de purgar la del acreedor hipotecario preferente.

Tampoco es acertada la referencia al artículo 1365 del Código Civil que hace el fallo de segunda instancia, puesto que lo discutido aquí no es si la hipoteca afecta a varios predios, sino la forma en que ha de procederse cuando una misma favorece a varios coacreedores, ni la realizada al artículo 924 del Código de Enjuiciamiento Civil, que dice relación con la expropiación de un predio afectado por hipoteca.

Sostiene que también se opuso la excepción de nulidad basada en que el contrato de transacción o al menos la estipulación sería nula en la forma en que se pactó. En efecto, se trata de una hipoteca para garantizar eventuales créditos que lleguen a existir y, por ende, el contrato debe entenderse condicional suspensivo a su respecto, tal como lo consideran los sentenciadores, conforme lo dispone el artículo 2413 del Código Civil, pero lo complejo está en que se celebró un contrato en que concurrió como acreedor hipotecario el Fisco aceptando la hipoteca para sí y sobre la base de una estipulación a favor de otro también lo hizo en beneficio de terceros a determinarse, de modo que la indeterminación de los eventuales acreedores afecta al contrato y a la estipulación. En efecto, si bien esta figura hace nacer directamente un derecho en el beneficiario, en este caso éste no estaba determinado ni podía determinarse a la fecha de celebración del acto y tal indeterminación extrema atenta contra elementos esenciales de los actos jurídicos, específicamente, la identidad de las personas beneficiaras, por lo que es nulo.

Critica el argumento dado por los jueces del fondo para desestimar los fundamentos de su excepción, basados en lo dispuesto en los artículos 1437, 1445 y 2413 del Código Civil, por estimar que un pacto de tal naturaleza sería admisible y lícito. Sin embargo, la norma del artículo 2423 del Código Civil se refiere al caso en que la hipoteca queda sujeta a condición, pero lo reprochado en la excepción no es esto, sino la indeterminación del beneficiario de la estipulación. A su vez los artículos 1437 y 1445 en concurso con el artículo 1449, todos del Código Civil, imponen la necesidad



de precisar a los sujetos de los derechos, ya que estos deben ser siempre determinados, a diferencia del objeto de un acto.

Adiciona que aun cuando se considere que el título no es nulo, debe estimarse que sí lo es la tradición, puesto que trata de una inscripción conservatoria que daría cuenta de la del derecho real de hipoteca, cuyos titulares no se podían conocer ni establecer a la fecha de la inscripción del título. En efecto, para poder determinarlos se debía recurrir a otros instrumentos, como las copias de sentencias que no aparecen citadas en dicho título ni en la inscripción y que además son de fecha muy posterior al acto traslativo.

Alega que también se fundó la excepción en comento en la nulidad de la inscripción por falta de consentimiento del tradente y adquirente, toda vez que la escritura de transacción no contiene mandato a favor del portador de copia autorizada para requerirla, de modo que importando la constitución de la hipoteca un acto de disposición de un derecho real que se adquiere por tradición, ello implicaba de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 670, 686 y 2410 del Código Civil y 60 y 61 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces que las partes debían manifestar su voluntad en el acto traslativo solicitando la respectiva inscripción al Conservador, lo que en la especie no ocurrió, pues lo hizo un tercero, de forma que dicho acto no tiene voluntad.

Afirma que resulta erróneo el razonamiento expresado en el fallo atacado en orden a que el requirente de la inscripción el Sr. Monasterio era representante de Abratec S.A. e Inversiones Cerro Florido Limitada (aunque solo esta última era la constituyente) y que de esta manera se cumplió con la exhibición del título que exige el mencionado Reglamento, pues la obligación es que comparezcan tanto tradente como adquirente y sean quienes soliciten la tradición, siendo insuficiente la sola concurrencia de una de ellas.

Agrega que también es equivocado el argumento dado por los jueces de alzada para desestimar la referida excepción, en cuanto distingue entre constituir y trair el derecho real de hipoteca, concluyendo que tratándose de la inscripción de los títulos constitutivos de tales derechos reales no se



requeriría consentimiento pues no implican tradición, lo que es absurdo y contrario a lo que la doctrina y jurisprudencia que cita postula.

**QUINTO:** Que para un correcto entendimiento y resolución del asunto planteado resulta necesario tener presente lo siguiente:

1.- En autos los abogados Walter Morales Ceroni y Winfried Hempel Malessa, en representación de las personas que indican, interpusieron demanda de desposeimiento en procedimiento ejecutivo en contra de Inmobiliaria Bergneustad Limitada, basados en que sus representados tienen créditos por concepto de indemnizaciones por daño moral establecidas en sentencias de primera instancia dictadas por el Ministro en Visita Hernán González García de fechas 16 de noviembre de 2004, 6 de septiembre de 2007 y 22 de julio de 2009, de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca y de esta Corte Suprema de 25 de enero de 2013, con la resolución de cúmplase de la de término de 19 de febrero de 2013, en causas Roles N°s 53.015, 53.914, 54.712 y 54.713 del Juzgado del Crimen de Parral.

La acción real hipotecaria se fundamenta en la escritura pública de transacción e hipotecas de 21 de agosto de 2009 en la que la sociedad Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada constituyó hipoteca sobre cuatro inmuebles a favor del Fisco de Chile y de terceros a determinarse, para garantizar el pago de las indemnizaciones que se establecieran en los procesos judiciales indicados, lo que finalmente ocurrió en favor de los actuales demandantes, no habiendo sido pagadas por los deudores u obligados.

En la actualidad la hipoteca se encuentra inscrita a fojas 4 N°2 del Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Parral, correspondiente al año 2010, sobre los predios que Inmobiliaria Bergneustadt Limitada, adquirió por aporte que le efectuó la sociedad Inmobiliaria Cerro Florido Limitada, por escritura pública de 15 de febrero de 2010.

2.- La demandada opuso las excepciones de los numerales 7 y 14 del Código de Procedimiento Civil. La primera, esto es, la falta de alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente sea con relación al demandado, se





fundamenta en que los actores no tienen la calidad de acreedores hipotecarios, no son titulares del derecho real de hipoteca, pues carecen de una inscripción a su nombre que los habilite para perseguir y realizar la finca hipotecada, ya que la hipoteca se inscribió únicamente a favor del Fisco de Chile y de nadie más. Esto porque a esa época éstos no tenían la calidad considerada en la transacción para que la garantía cediera a su favor, ocurriendo esto con posterioridad, cuando se dicta la sentencia de término en los procesos criminales en que se fijan las indemnizaciones cuyo pago se pretende.

En subsidio y para el evento de que se estime que los demandantes sí son acreedores, alega como fundamento de esta excepción que también tendrían dicha calidad el Fisco de Chile y un tercero, que no han comparecido deduciendo la acción, en circunstancias que debieron actuar conjuntamente.

La segunda excepción opuesta es la nulidad de la obligación y por ella se alega la nulidad del contrato de hipoteca o de la estipulación a favor de otro por existir una indeterminación de los créditos garantizados y de los titulares de la garantía que excede los márgenes autorizados por la ley.

También se invoca a través de la referida causal de oposición la nulidad de la inscripción por falta de voluntad en el acto traslativo, pues para adquirir el derecho real de hipoteca se requiere de tradición y cuando ella opera por inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces la voluntad se manifiesta en el acto de requerirla, lo que debe hacerse por los interesados personalmente o sus apoderados o representantes, lo que no ocurrió en la especie, pues lo hizo una persona que no exhibió ni contaba con título alguno.

Finalmente se alega la nulidad de toda eventual tradición a favor de los actores, por no tener la calidad de acreedores hipotecarios a la época de la tradición.

3.- La parte demandante solicitó el rechazo de las excepciones deducidas, argumentando que los demandantes son titulares de la garantía hipotecaria invocada para asegurar el pago de los créditos establecidos por sentencia ejecutoriada, cumpliéndose con las exigencias legales para su ejercicio y también las de la inscripción del derecho real de hipoteca.



**SEXTO:** Que el fallo de primer grado confirmado íntegramente por el de segunda instancia rechazó las excepciones opuestas por la demandada. La contemplada en el artículo 464 N°7 del Código de Procedimiento Civil, fundada en que los demandantes carecen de la calidad de acreedores hipotecarios, ya que la inscripción hipotecaria fue realizada únicamente a favor del Fisco de Chile y no de ellos, por estimar los sentenciadores que los argumentos invocados constituyen una excepción distinta a la invocada, esto es, la del numeral 2 de la norma citada, pero que en todo caso el título fundante de la ejecución -constituido por la sentencias antes mencionadas- da cuenta de una obligación líquida, actualmente exigible y no prescrita.

Consideran que en todo caso, en la cláusula cuarta de la referida escritura de transacción e hipoteca, se indica que el constituyente lo hace en favor del Fisco de Chile y de terceros a determinarse, los que son indicados más adelante, por las obligaciones que surjan de o tengan sus orígenes en sentencias firmes dictadas en los juicios que el mismo instrumento pormenoriza.

Agregan que en dicho acto se establecieron ciertas condiciones que debían concurrir para que las personas respecto de las cuales el Fisco de Chile estipuló en su favor pudieran estimarse acreedores, con créditos garantizados con la hipoteca, lo que en la práctica ocurrió, según consta de las sentencias acompañadas, que determinan su calidad de víctimas de delitos, la naturaleza de los perjuicios y su monto, de modo que sus derechos se consolidaron al dictarse el cúmplase de las mismas, el 19 de febrero de 2013 de conformidad a lo dispuesto por el artículo 2413 del Código Civil.

También se desestima la misma excepción fundada en que todos los acreedores hipotecarios debieron actuar conjuntamente instando por la ejecución, lo que no ocurrió así, ya que ni el Fisco ni otro acreedor concurrieron a esta, por considerar que una eventual cancelación de los créditos a algunos de los acreedores no hace perder el derecho a los otros de perseguir la finca hipotecada.

Se dice que la indivisibilidad de la hipoteca es doble, tanto del predio como del crédito y mira el interés particular del acreedor hipotecario, de modo que la renuncia que haga este último a parte de la caución real no es



prohibida por la ley. Así el inmueble hipotecado en su totalidad y cada una de las partes en que se divida responde del total de la obligación y en caso de ser varios los deudores, el acreedor podrá dirigir la acción hipotecaria contra aquel que posea en todo o en parte la finca hipotecada, conforme al artículo 1526 N°1 del Código Civil y a la inversa, en caso de dividirse ésta, cada lote queda gravado con el total de la deuda.

En el caso sub lite si bien la hipoteca constituida favorece a varios acreedores por deudas emanadas de una sentencia de término dictada en un proceso criminal que fija indemnizaciones por daño moral y no han concurrido todos, ello no priva a cada uno de ellos de cobrar su crédito, de lo contrario se les estaría impidiendo el derecho de persecución emanado de la hipoteca. Lo anterior independientemente del derecho de venta que se manifiesta en poder sacar a remate las propiedades hipotecadas, para cuyos efectos debe citarse a los acreedores hipotecarios y en caso de no hacerlo subsistirá la hipoteca, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto de la excepción del N°14 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la nulidad de la obligación, que la ejecutada alega por no haber existido los terceros ni encontrarse determinados al momento de constituirse la hipoteca y tampoco sus créditos, se tiene presente que la escritura de transacción e hipoteca contiene estipulaciones claras para establecer con precisión quiénes son los beneficiados con dicho derecho real y sus acreencias. En efecto, Inmobiliaria e Inversiones Cerro Limitada, en pleno y cabal conocimiento de los juicios criminales y civiles seguidos ante el Juzgado del Crimen de Parral, los que se encontraban ya con sentencia de primera instancia, constituyó hipotecas de primer grado sobre varios inmuebles a favor del Fisco de Chile y de terceros, mediante la estipulación a favor de otro, siendo necesario la voluntad del constituyente de hipoteca para la constitución del gravamen, pudiendo concurrir el acreedor hipotecario con posterioridad a emitir la suya.

También es desechado el argumento esgrimido por la demandada como fundamento de la nulidad de la inscripción hipotecaria por falta de voluntad en el acto traslativo, por no haber tenido facultades el requirente de la inscripción ante el Conservador de Bienes Raíces de Parral, ya que esta fue requerida por Enrique Monasterio Rebolledo, quien era representante de



Abratec S.A. e Inversiones Cerro Florido Limitada, según da cuenta la copia autorizada de la transacción e hipoteca de 21 de agosto de 2009.

Además, se descarta la nulidad de la inscripción por no haber sido formulado el requerimiento por el tradente y adquirente, ya que en el caso de autos operó el artículo 61 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, pues exhibió copia autorizada del título.

**SÉPTIMO:** Que el fallo de segunda instancia agregó como fundamentos a su decisión confirmatoria de la de primer grado, respecto de la primera excepción opuesta, esto es, la del artículo 464 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, que el sentido natural y obvio de ella es que persigue el examen y comprobación de los requisitos legales, atingentes al título ejecutivo, para el ejercicio exitoso de la acción ejecutiva, los que, en el caso de obligaciones de dar, se traducen en la existencia de un título ejecutivo, de una obligación actualmente exigible y líquida. De este modo la ejecución podrá ser enervada por este medio, cuando se acredite que el título invocado carece de los requisitos o condiciones previstos en las leyes para ser reputado un título ejecutivo; que la obligación no es actualmente exigible, por estar sujeta a alguna modalidad, fuere un plazo, un modo, o alguna condición; o que la obligación no es líquida, por no encontrarse determinado su objeto. Situaciones que no ocurren en la especie pues los títulos fundantes tienen mérito ejecutivo, conforme al artículo 434 N°s. 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que se trata de copias autorizadas de una escritura pública de transacción e hipotecas extendida con fecha 21 de agosto de 2009, en los registros del Notario Público de Santiago don Osvaldo Pereira González y de sentencias de término, firmes o ejecutoriadas, recaídas en los procesos criminales rol N° 53.015, 53.914, 54.712 y 54.713, acumulados, del Juzgado del Crimen de Parral, dictadas por el Ministro en Visita don Hernán González García, por la Corte de Apelaciones de Talca y por la Corte Suprema de Justicia, con el cúmplase respectivo; la obligación que se cobra ejecutivamente por la ejecutante es actualmente exigible, pues no está sujeta a modalidad alguna de las señaladas anteriormente; y dicha obligación es por lo demás líquida, ya que está perfectamente determinada en cuanto a su objeto, como obligación de dar.



Indican que la falta de legitimación activa de los actores, alegada por la recurrente, no dice relación con la presente excepción sino que con la del artículo 464 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo concluye el fallo de primer grado, porque la recurrente denuncia una presunta falta de capacidad de los demandantes actores, en su dimensión de legitimación procesal o “*legitimatio ad causam*”, la que afecta al proceso en términos individuales y determinados, y que se traduce en tener un título particular para demandar o ser demandado. En tal sentido, la excepción en referencia, en lo atinente a la falta de capacidad, comprende no sólo la capacidad procesal o “*legitimatio ad processum*”, que se refiere a quienes pueden actuar en cualquier proceso en general por reunir las aptitudes requeridas por la ley, sino que también la legitimación procesal o “*legitimatio ad causam*”, que habilita para actuar eficazmente como parte en un proceso determinado, específico y preciso, por la relación existente entre las partes y el objeto del litigio y que se traduce en la formulación de pretensiones procesales y de las defensas respectivas.

Expresan que por lo anterior la presente excepción tampoco puede prosperar por este capítulo, dada su errónea interposición y fundamentación, no pudiendo substituirse por la actividad del sentenciador la de la parte, porque la ley no lo autoriza para proceder de oficio a este respecto, debiendo desarrollarse la actividad procesal de defensa por la parte conforme a las normas sobre la oposición a la ejecución en el juicio ejecutivo, según lo dispuesto en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales y en los artículos 464 inciso 1° y 465 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, todo ello en resguardo de la igualdad de las partes ante el juzgador.

Manifiestan que sin perjuicio de lo anterior, los jueces de alzada estiman que no existe objeción alguna en relación con la inscripción hipotecaria materia de autos, la que contiene la estipulación efectuada por el Fisco de Chile en favor de los actores, como terceros beneficiarios y, contrariamente a lo aseverado por la recurrente, señala la individualización de éstos; indica que los créditos de estos últimos, al igual que los del Fisco, dependen de que se decreten indemnizaciones o prestaciones en su favor, por sentencia judicial de término, en los procesos que individualiza; expresa cuál es el origen y objeto de la hipoteca constituida por el constituyente;



expresa la situación de los inmuebles hipotecados y sus linderos; e incluye la fecha de la inscripción y la firma del Conservador de Bienes Raíces competente.

Así del propio contenido de la inscripción hipotecaria queda de manifiesto que ésta fue efectuada no sólo en favor del Fisco de Chile, sino también de los actores y, además, en carácter de acreedores hipotecarios condicionales suspensivos en ambos casos, por lo que cumplida la condición respectiva, como aconteció en la especie, la hipoteca fue válida desde la fecha de su inscripción, como preceptúa el artículo 2413 inciso 2° del Código Civil.

En todo caso y dado que el Fisco de Chile también era acreedor hipotecario condicional suspensivo, al igual que los actores, no resulta plausible que la recurrente califique solamente a éste, es decir, a uno solo de ellos, como acreedor hipotecario sin más, amparada para ello en argumentos meramente formales y le niegue dicha calidad a los actores, en circunstancias que el contenido de la copia autorizada de la inscripción hipotecaria acompañada al proceso indica lo contrario. Por lo demás, si el Conservador competente hubiere incurrido en alguna presunta omisión formal al practicar la inscripción hipotecaria, el artículo 2433 del Código Civil da plena validez a la inscripción hipotecaria en que falte alguna de las designaciones prevenidas por los números 1° a 4° del artículo 2432 del mismo cuerpo legal, si por medio de la inscripción o del contrato o contratos citados en ella pueda venirse en conocimiento de lo que en la inscripción se eche de menos, aspectos en que son suficientemente esclarecedores tanto la inscripción como el contrato hipotecario.

Respecto de la excepción del artículo 464 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, fundada en la circunstancia que los comuneros no podían obrar por sí solos, sino que debían concurrir con los restantes acreedores hipotecarios conjuntamente a la ejecución, expresan que dichos fundamentos tampoco dicen relación con la entidad de la excepción alegada en autos.

No obstante lo cual se comparte la tesis de que la hipoteca es indivisible respecto del deudor y para el beneficio del acreedor, pero no vice-versa como lo sugiere la recurrente, toda vez que la ley busca dotarla



de la mayor eficacia posible en beneficio exclusivo del acreedor. Por ello el inmueble hipotecado y cada una de las partes en que se divida responde del total de la deuda y de cada parte de ella, como preceptúa el artículo 2408 del Código Civil. Por lo mismo, la acción hipotecaria puede dirigirse en contra de aquel de los deudores que posea, en todo o en parte, el inmueble hipotecado, acorde al artículo 1526 N° 1 inciso primero del Código citado. Igualmente, el artículo 1365 de este cuerpo legal prescribe que si son varios los inmuebles hipotecados de una sucesión, el acreedor hipotecario tiene acción solidaria en contra de cada uno de ellos para obtener el pago de su acreencia, de lo que se desprende que puede perseguir el pago de la deuda en cualquiera de dichos inmuebles. Aún más, la extinción parcial de esta no extingue en iguales términos la hipoteca, la que queda subsistente en toda su integridad para seguridad del acreedor, como bien señala el artículo 1526 N° 1 inciso 2° del Código Civil, como tampoco la produce la cancelación o la remisión de la deuda por alguno de los acreedores hipotecarios.

Adicionan que las circunstancias expresadas autorizan el ejercicio de la acción de desposeimiento en contra del tercer poseedor de la finca hipotecada por parte del acreedor hipotecario, como acontece en autos, pues la enajenación de aquélla no obsta al ejercicio del derecho de persecución de este último, acorde al artículo 2428 inciso 1° del Código Civil, el que cesa solamente respecto del tercero que adquirió la finca hipotecada en pública subasta y el adquirente del inmueble en caso de expropiación por causa de utilidad pública, según los artículos 2428 inciso 2° del citado Código y el artículo 924 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

Atendido lo expuesto y el hecho de no haberse pactado solidaridad activa entre los distintos acreedores hipotecarios, concluyen que no existen impedimentos jurídicos para que los actores puedan ejercer el derecho de persecución establecido en su favor y proseguir con la ejecución para sacar a remate los inmuebles hipotecados, previa citación a los restantes acreedores hipotecarios que no han comparecido a la instancia, para los efectos dispuestos en el artículo 2428 incisos 3° y 4° del Código Civil.

En cuanto a la excepción del artículo 464 N° 14 del Código de Procedimiento Civil, el fallo reitera que las cláusulas primera, cuarta y sexta de la escritura pública de transacción e hipotecas, acompañada a la



demanda, indican con precisión en favor de quiénes se constituyó la hipoteca que motiva la presente ejecución, entre los cuales se encuentran los actores, y qué obligación se garantizó con dicha hipoteca, por lo que no puede estimarse que haya existido indeterminación alguna por estos conceptos en el contrato referido, constando así por lo demás en la inscripción hipotecaria correspondiente.

Agregan que tampoco puede formularse objeción jurídica alguna al hecho que los beneficiarios hayan tenido el carácter de acreedores hipotecarios condicionales suspensivos, como lo pretende la recurrente, pues dicho instituto jurídico está autorizado expresamente por el artículo 2413 del Código Civil, de lo que la doctrina deduce que la hipoteca puede constituirse e inscribirse válidamente antes de la obligación principal.

Del mismo modo, tanto el contrato de transacción e hipotecas como la estipulación en favor de otro acordada en él, fueron consentidos y celebrados por quienes tenían la representación de las partes comparecientes, en mérito de lo cual se consignó e insertó, según el caso, su personería en la escritura pública respectiva, sin que pueda advertirse vicio alguno de nulidad absoluta por dicho concepto, a la luz de los artículos 1445 y siguientes del Código Civil. Por lo demás, dos de los comparecientes a dicho contrato, como son Sociedad e Inversiones Cerro Florido Limitada y Abratec S.A., son los socios únicos de la sociedad apelante en autos, esto es, Inmobiliaria Bergneustadt Limitada, y tienen el control de su administración y representación, como consta de la escritura pública de constitución de esta última acompañada a fojas 38 y siguientes de autos, por lo que mal puede la demandada desconocer la eficacia jurídica de los actos realizados por sus antecesores en el dominio de los inmuebles hipotecados, máxime si son quienes le han constituido y determinado su administración y representación.

Por último respecto del argumento de que la inscripción conservatoria de la hipoteca es nula por falta de voluntad en el acto translaticio, por no constar el consentimiento de las partes en el acto de requerirse dicha inscripción al Conservador de Bienes Raíces competente, conforme a los artículos 51, 60 y 61 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, se indica que se confunde el título con el modo, al aplicar a este último un adjetivo que el citado Reglamento reserva para los títulos que





deben inscribirse, lo que implica apartarse del texto vigente de dicho Reglamento, que prescribe precisamente lo contrario.

Explica que tratándose de los títulos que “deben” inscribirse, el artículo 52 del mismo Reglamento distingue claramente, en sus numerales 1 y 2, entre los títulos translaticios, tanto del dominio como de otros derechos reales, a los que se refiere el N° 1, y los actos de constitución de derechos reales sobre inmuebles, a los que se refiere el N° 2, de lo que se desprende que la escritura de constitución de un derecho real de hipoteca, como la hecha valer en autos, no constituye para el Reglamento un título traslativo del dominio de dicho derecho real, sino la constitución del mismo. La distinción efectuada por el artículo 52, en sus N°s. 1 y 2, no admite duda alguna a la luz del tenor literal y expreso del citado precepto, más allá de sus imperfecciones de redacción.

En concordancia con lo anterior, el artículo 61 del Reglamento citado distingue dos situaciones para efectos de exigir la presentación del título de mandato o de representación legal del requirente, al momento de solicitarse practicar una inscripción conservatoria, a saber: a) inscripción de un título translaticio de alguno de los derechos reales a que alude, expresamente o por vía de remisión, esto es, título translaticio del dominio de un inmueble (artículo 61) o título translaticio de un derecho de usufructo, uso, habitación, censo o hipoteca constituidos en inmuebles (artículo 52 N° 1), en cuyo caso el apoderado o representante legal debe presentar el título de su mandato o de su representación. Dicho precepto está en concordancia con el artículo 78 inciso 2° del mismo Reglamento, el que exige que las partes o sus representantes firmen la anotación conservatoria, en caso que en el título no apareciere facultado uno de los otorgantes o un tercero para hacer por sí solo el registro. Por ello el artículo 83 de aquél exige la firma de las partes, a continuación de la última palabra de la inscripción conservatoria, sólo “*en los casos en que fuere necesaria*”; y b) inscripciones de otro género, en que basta la exhibición de copia auténtica del título en virtud del cual se demanda la inscripción, cuyo es el caso de la de un acto de constitución de un derecho real, como el de hipoteca, invocado en autos, en que se aplica la regla del artículo 78 inciso 1° del mismo Reglamento.

En cuanto al tercer fundamento en que se sustenta la excepción del numeral 14 del artículo 464 del Código de Enjuiciamiento Civil, por el cual



se reclama la nulidad de la tradición, se estima que tiene un carácter consecucional y que se encuentra vinculada a las dos causales de nulidad previas, procediendo su rechazo por las razones consignadas para estas.

**OCTAVO:** Que al respecto, cabe señalar que la acción deducida persigue el desposeimiento de los inmuebles gravados con hipoteca que se encuentran inscritos a nombre de la demandada, en virtud del aporte realizado por la sociedad “Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada”.

Esta acción emana del llamado “derecho de persecución” -ius persecuendi- que el legislador reconoce a favor del acreedor sobre el inmueble objeto de la hipoteca que cauciona el pago de su crédito.

La noción que acerca del instituto de la hipoteca ofrece el artículo 2407 del Código Civil, como “un derecho de prenda constituido sobre un inmueble que no deja por eso de permanecer en poder del deudor”, no obstante apuntar a sus características esenciales en cuanto resalta que la hipoteca importa un derecho de prenda sin desplazamiento que recae en inmuebles, ha sido tildada como poco clara e incompleta por la doctrina, que se ha preocupado de entregar acerca de ella otras definiciones más acabadas, entre las que destaca, por su carácter omnicompreensivo, la del autor Fernando Alessandri Rodríguez, quien la concibe como “un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble, de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y, en virtud del cual, el acreedor, al vencimiento de dicha obligación, puede pedir que la finca gravada, en cualesquiera manos en que se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con su producido con preferencia a todo acreedor” (“La Hipoteca en la Legislación Chilena”. Sociedad Imprenta y Litografía Universo. Santiago de Chile. Año 1919. Página 4).

**NOVENO:** Que, ahondando sobre la materia en examen, debe anotarse que el derecho real de hipoteca reconoce al acreedor tres prerrogativas primordiales: el derecho de venta de la finca gravada; el de persecución sobre la misma de manos de quien sea su actual poseedor; y de pagarse preferentemente con el producto de su subasta.



Luego y para los efectos que aquí interesan, el derecho de persecución de la finca consagrado en el artículo 2428 del Código Civil, de acuerdo con el cual “la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”, se instrumentaliza por medio de la acción de desposeimiento, la que, de esta manera, viene a constituir una manifestación de aquel derecho concretado en el ámbito procesal.

En la línea argumentativa que precede debe señalarse que, por otro lado, la calidad de tercero poseedor se obtiene por haber adquirido una finca con un gravamen ya existente o pre-existente, otorgándole el legislador al acreedor facultades para dirigirse en su contra y por ende hacer efectivo el derecho de persecución, la acción de desposeimiento, tal como ya se enunció.

Por su parte, el derecho real en estudio permanecerá, a menos que se haya producido su extinción, la cual puede verificarse por vía consecencial, cuando se extingue la obligación principal o por vía principal o directa, lo que puede suceder por resolución del derecho constituyente; por llegada del plazo o el evento de la condición; por la confusión entre el acreedor de la hipoteca y el titular del dominio; por destrucción o pérdida total de la cosa hipotecada, sin perjuicio de los derechos del acreedor; por expropiación; por renuncia de la garantía hipotecaria o por purga de la hipoteca.

**DÉCIMO:** Que en el caso sub lite se trata de cuatro predios que fueron gravados para asegurar obligaciones ajenas, los que posteriormente fueron transferidos a la demandada mediante aporte efectuado por Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada a la época de su constitución, de manera que cobra trascendencia la acción de desposeimiento, ya que el o los acreedores no tienen una acción personal en contra de aquélla, sino únicamente de una de carácter real que tiene su origen en el mencionado derecho de persecución inherente a la hipoteca, como tercer poseedor de las fincas hipotecadas.

**UNDÉCIMO:** Que, en razón de lo anterior y haciendo precisamente uso de la facultad antes descrita, los demandantes iniciaron gestión preparatoria y luego dedujeron demanda ejecutiva de desposeimiento en contra del tercer poseedor de las fincas hipotecadas. El título ejecutivo en



que se funda la acción está constituido por las copias autorizadas de sentencias de primera instancia dictadas por el Ministro en Visita Hernán González García de fechas 16 de noviembre de 2004, 6 de septiembre de 2007 y 22 de julio de 2009, de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca y de esta Corte Suprema de 25 de enero de 2013, con la resolución de cúmplase de la de término de 19 de febrero de 2013, en causas Roles N°s 53.015, 53.914, 54.712 y 54.713 del Juzgado del Crimen de Parral.

La acción real hipotecaria se fundamenta en la escritura pública de transacción e hipotecas de 21 de agosto de 2009 en la que sociedad Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada constituyó hipoteca sobre cuatro inmuebles a favor del Fisco de Chile y de terceros a determinarse, en la que se indican las causas judiciales que sustentan la garantía real.

Dicha escritura fue suscrita por el Fisco de Chile y las sociedades Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada y Abratec S.A., indicándose en su cláusula primera que: “ Los comparecientes con el objeto preciso que se indicará en las estipulaciones que siguen, han decidido celebrar un acuerdo, al que dan el carácter de transacción y sujetan, a las normas de los artículos dos mil cuatrocientos cuarenta y seis y siguientes del Código Civil, especialmente para precaver el resultado de los juicios en actual tramitación que se indicarán y en que se reconocieren indemnizaciones o prestaciones a favor del Fisco de Chile, o que por cualquier motivo éste tuviere que pagar, y/o, en favor de terceras personas naturales a cuyo respecto este acuerdo importa la modalidad de estipulación en beneficio de terceros autorizada por el artículo mil cuatrocientos cuarenta y nueve del Código Civil”.

En la cláusula segunda referida a la materia de la transacción se señala que se encuentran vigentes medidas precautorias de prohibición de gravar y enajenar sobre diversos bienes raíces y muebles bajo posesión inscrita y material de las sociedades Abratec S.A. e Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Ltda., dispuestas en juicio criminal sobre investigación de delito de contratos simulados, caratulado “Fisco de Chile con Baar Kohler, Helmut y otros”, Rol 136.414 del 14° Juzgado del Crimen de Santiago.



Luego, en la estipulación tercera Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada constituye a favor del Fisco de Chile y de terceros a determinarse hipoteca sobre cuatro inmuebles de su propiedad, que se singularizan y que corresponden a parcelas Villa Baviera N°13, 8, 15 y 7.

El objeto de la hipoteca según se expresa en la cláusula cuarta es el de garantizar el cumplimiento cabal de los fallos judiciales y el pago efectivo de las indemnizaciones civiles o prestaciones económicas que se dispusieren a favor del Fisco, o que por cualquier motivo éste tuviere que pagar, y/o, de cualquier tercera persona natural y cuyo origen se encuentre en las sentencias definitivas de término, firmes o ejecutoriadas dictadas por tribunales del Poder Judicial de la República de Chile en los juicios criminales que se indican...” ; procediéndose a continuación a su individualización detallada, con señalamiento de roles, juzgados de origen, instructor, autores, materias, participantes y de los actores civiles, entre los que se señalan a la mayoría de los actuales demandantes. Se mencionan los procesos sobre abusos deshonestos, negativa de entrega de menores, atentado contra la autoridad y sustracción de menor, roles n°53.015, 53.914, 54.712, 54.713 del Juzgado del Crimen de Parral, tramitados por el Ministro en Visita Instructor don Hernán González García de la Corte de Apelaciones de Talca, rol n°28-2005, acumulada al rol n°209-2006, Tomo XXIX y vista conjunta con rol n°189-2009, por autor Paul Schäfer Schneider y otros partícipes; en los que se dictó sentencia de término, estableciéndose las indemnizaciones por daño moral en favor de los actores cuyo cumplimiento reclaman en autos, pretendiendo hacer efectiva la garantía hipotecaria constituida.

En la cláusula sexta se deja constancia que Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada y Abratec S.A., se limitan a actuar como terceros garantes del pago de las prestaciones indicadas en favor del Fisco de Chile y/o de terceros.

**DUODÉCIMO:** Que del análisis de las cláusulas de la referida escritura de transacción e hipoteca antes transcritas se desprende claramente que el objeto de la constituida sobre los inmuebles de que se trata ha sido el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones indemnizatorias que se establecieron en los procesos penales o civiles allí mencionados, entre los cuales se encuentran precisamente aquellos que invocan los demandantes y



que constituyen el fundamento de su pretensión. Lo anterior, determina la calidad de acreedores hipotecarios de los mismos y por consiguiente su legitimidad para ejercer el derecho de persecución propio de la hipoteca sobre los bienes gravados, al haberse constituido esta no sólo en favor del Fisco de Chile sino que también de terceros que obtuvieran eventualmente prestaciones en los juicios a que tal convención se refiere.

En efecto, en la escritura de transacción y en la inscripción hipotecaria subsecuente, aparecen nominados varios de los actuales demandantes, al ser mencionados en los procesos que se indican como actores civiles, lo que les da el carácter de acreedores hipotecarios eventuales de obtener indemnizaciones a su favor; circunstancia esta última, que, se configuró al dictarse sentencia ejecutoriada que les reconoce este derecho a cada uno de ellos. Por otro lado, si bien en el encabezamiento de la inscripción hipotecaria se dice por el Conservador de Bienes Raíces de Parral que procede a inscribir hipoteca “a favor del Fisco de Chile”, a continuación y en el contenido de la inscripción, incorpora todo el texto de la transacción, con la consiguiente nominación de los procesos penales y la mención de los eventuales acreedores hipotecarios.

Al respecto, debe considerarse que todas las obligaciones son susceptibles de garantizarse con hipoteca, cualquiera sea su origen, pudiendo serlo incluso las futuras y su constitución en garantía de obligaciones sujetas a condición, sea suspensiva o resolutoria, de conformidad todo a lo dispuesto por el artículo 2317 del Código Civil.

Por otra parte si bien el principio de la especialidad de la hipoteca, manda a una doble especialización, esto es, tanto del bien hipotecado, lo que se traduce en la indicación precisa del o los inmuebles gravados y la de la naturaleza del crédito, ello no obsta a puedan constituirse para asegurar el cumplimiento de obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto, según se desprende de los artículos 376, 2337, 2339, 2413 y 2431 del Código Civil.

**DÉCIMOTERCERO:** Que en el caso de autos tal como se ha señalado y lo han concluido los jueces del fondo, los actores son titulares del derecho real de hipoteca que han invocado, cumpliéndose así con la exigencia para dirigirse contra la demandada en su calidad de tercer



poseedor de los inmuebles hipotecados para caucionar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en su favor por sentencia de término dictada en los procesos referidos, cumpliéndose así con la condición que determina la certeza y exigibilidad de la obligación garantizada con la garantía hipotecaria constituida.

Tal conclusión no se ve alterada por la circunstancia que esto ocurriera con posterioridad a la inscripción hipotecaria, ya que como se ha dicho la hipoteca puede garantizar obligaciones condicionales e incluso futuras, esto es, de obligaciones que no han obtenido aún nacimiento como tales. A este respecto, se ha dicho que en estos casos “no puede hablarse de que no exista obligación alguna, pues en realidad, para que pueda constituirse hipoteca es necesario que haya al menos una obligación preliminar que lleve implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la obligación futura” (Rafael Mery Berisso. “Derecho Hipotecario”. Estudio de Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile. 1958. Página 88). La exigencia de esta vinculación previa la consagra también el Código Civil italiano de 1942, en su artículo 2852 y en la especie se ve satisfecha precisamente con la existencia de los procesos en que se establecieron las indemnizaciones en favor de los actores, en tramitación al momento de constituirse las hipotecas y a los cuales se hace expresa mención en la escritura pública de constitución de las garantías de que se trata, de modo que no puede sostenerse una total falta de vinculación ni menos determinación o incertidumbre respecto del crédito y la titularidad de los eventuales acreedores.

En este sentido esta Corte Suprema en sentencia de 30 de agosto de 1939 (RDJCS, XXXVIII-1, considerando 7º, pág. 262) señaló que “si en la escritura de hipoteca se expresa el contrato o hecho que con ella se garantiza, nada importa que la obligación se origine mucho tiempo después, siempre que la hipoteca esté vigente, porque la ley autoriza que se otorgue para asegurar obligaciones futuras y por cantidades no determinadas”.

**DECIMOCUARTO:** Que tampoco obsta a la titularidad de los actores respecto del derecho real invocado el que su calidad de beneficiarios de la estipulación hecha a su favor se determinara con posterioridad a la época de su inscripción. En efecto, la figura jurídica de la estipulación a favor de otro es entendida como el contrato celebrado entre dos partes que



reciben el nombre de estipulante y promitente que hace nacer un derecho a favor de un tercero ajeno a él, llamado beneficiario, el que si bien debe aceptar la estipulación, ni su derecho ni la calidad de acreedor nacen con la aceptación, pues estos existen desde la celebración del contrato y esta última “no tiene otro objeto que poner término a la facultad de estipulante y promitente de dejar sin efecto la estipulación...” (René Abeliuk Manasevich. “Las Obligaciones”. Editorial Legalpublishing. Sexta edición actualizada. Año 2014. Tomo I. pág 174).

**DECIMOQUINTO:** Que lo razonado lleva a concluir la procedencia de la acción intentada, la titularidad para su ejercicio por los actores y la existencia de un título ejecutivo idóneo que sirve de sustento a la ejecución, correspondiendo el rechazo de las alegaciones formuladas por la ejecutada, mediante el cuestionamiento de estos aspectos y que han servido de sustento a las excepciones deducidas.

**DECIMOSEXTO:** Que a lo anterior cabe agregar que no ha existido vulneración al artículo 1700 del Código Civil, puesto que la conclusión a la que arriban los sentenciadores no desconoce el mérito de la copia de inscripción de la hipoteca y los certificados correspondientes allegados al juicio, sino que por el contrario le reconoce el que le asigna la ley, estableciendo la existencia de las hipotecas materia de autos; cuestión distinta es la interpretación y determinación de los efectos y obligaciones que concluyen conforme a su mérito y al de la propia escritura pública de constitución del derecho y su inscripción, de los cuales fluye precisamente no sólo la titularidad del Fisco de Chile, sino que de terceros en el evento de cumplirse con el presupuesto de obtener indemnizaciones a su favor, establecidas mediante sentencia de término firme y ejecutoriada recaída en las causas que se indican en la referida convención, como ocurrió en la especie respecto de los actores.

**DECIMOSEPTIMO:** Que por otra parte cabe señalar que carece de influencia el yerro que se atribuye a los sentenciadores por estimar que las alegaciones dirigidas a cuestionar la calidad de acreedores hipotecarios de los actores no corresponderían a la excepción deducida, sino que a la del N°2 del citado artículo 464 del Código del ramo, puesto que a pesar de ello igualmente se hicieron cargo de estas, desestimándolas finalmente, por considerar en todo caso que no se configuran los presupuestos invocados,





conforme a las conclusiones a las que arriban respecto de la forma y objeto de la hipoteca en cuestión; lo que descarta también la falta de actuación de oficio que la recurrente imputa en este sentido a los sentenciadores.

**DECIMOCTAVO:** Que tampoco han incurrido en error de derecho los sentenciadores al desestimar la segunda causal de oposición, también esgrimida como fundamento del artículo 464 N°7 del Código de Procedimiento Civil, consistente en que siendo indivisible la hipoteca y existiendo otros acreedores hipotecarios además de los ejecutantes, no podrían éstos llevar adelante la acción hipotecaria por sí solos sino que requerían actuar conjuntamente, basados en que una correcta aplicación de lo dispuesto en los artículos 2408, 1526 N°1, 1365 y 2428 del Código Civil y artículos 492 y 924 del Código de Procedimiento Civil no impide el ejercicio de la acción por algunos de los acreedores hipotecarios, quienes podrán citar a los demás, y en caso que no lo hagan la hipoteca de los otros acreedores subsistirá.

En efecto, la aplicación del artículo 2428 del Código del ramo es correcta, no siendo efectivo como lo indica la recurrente que dicha disposición está establecida solo “para el caso de un acreedor que no goza de hipoteca frente a uno que sí goza de tal derecho pueda citarlo y así purgar la hipoteca al subastarse la propiedad” (página 32 del recurso de nulidad), pues la misma no lo limita a esa única hipótesis, señalando por el contrario que: “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez. Mas para que esta excepción surta efecto a favor del tercero deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate en el orden que corresponda”.

Por su parte, el artículo 492 del Código de Enjuiciamiento Civil, que amplía y complementa dicha norma establece que “Si por un acreedor hipotecario de grado posterior se persigue una finca hipotecada contra el deudor personal que la posea, el acreedor o los acreedores de grado



preferente, citados conforme al artículo 2428 del Código Civil, podrán, o exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate según sus grados, o conservar sus hipotecas sobre la finca subastada, siempre que sus créditos no estén devengados. No diciendo nada, en el término del emplazamiento, se entenderá que optan por ser pagados sobre el precio de la subasta”.

De este modo, el acreedor hipotecario se enfrenta a la caducidad del derecho de persecución que goza respecto del bien hipotecado para pagarse de su crédito, en manos de quien se encuentre y a cualquier título que lo haya adquirido. Esto es la acción de desposeimiento de la finca hipotecada puesta en movimiento, para lo cual es necesario que concurran los requisitos de citación y transcurso del término de emplazamiento que el artículo 759 del Código de Procedimiento Civil señala.

Las disposiciones transcritas consagran un beneficio para el adquirente del inmueble, quien así lo integra en plenitud a su patrimonio sin la carga de la hipoteca que lo grava. Es en ese momento en que se produce el efecto de la denominada “purga de la hipoteca”, que el autor Raúl Díaz Duarte, (“La hipoteca en el Código Civil Chileno”, Ed.1991, pág. 199) define, precisamente como "la extinción del derecho del acreedor hipotecario de persecución, cuando la finca se vende en pública subasta y en las condiciones que nos señala el artículo 2428 del Código Civil, en sus incisos segundo y tercero, pública subasta ordenada por el juez en juicio ejecutivo" .

**DECIMONOVENO:** Que la interpretación y aplicación de las normas antes transcritas que los sentenciadores han efectuado es correcta, ya que los demandantes tienen cada uno de ellos la calidad de acreedores hipotecarios, pudiendo perseguir las fincas hipotecadas para el pago de los créditos de que son titulares en virtud de los títulos fundantes de la ejecución y el hecho que uno o más de ellos no haya procedido al ejercicio de la acción impetrada no obsta al derecho que tienen los demás de perseguir su pago, puesto que cada uno de ellos goza de un crédito independiente al del otro, pudiendo optar por reclamar su cobro o no hacerlo, con la única limitación que la prevista en las normas antes referidas.



**VIGÉSIMO:** Que de lo señalado surge también la falta de legitimación de la recurrente para impugnar la aplicación que los sentenciadores efectúan de las disposiciones citadas, puesto que el instituto de la purga de la hipoteca no opera a su favor, sino que del o los demás acreedores hipotecarios. Por lo demás, estos argumentos no constituyen el único fundamento para sustentar el rechazo de la tesis del recurso, de manera que no tiene la influencia en lo decidido que se le asigna en el recurso de nulidad. Lo que cabe también señalar respecto de los yerros denunciados por la cita que el fallo impugnado hace a los artículos 1365 del Código Civil y 924 del Código de Enjuiciamiento Civil, por ser esta meramente ejemplar y no corresponder en definitiva a la normativa sustantiva que ha sido aplicada a la resolución de la litis.

**VIGÉSIMOPRIMERO:** Que a lo razonado por los sentenciadores cabe agregar que el principio de indivisibilidad de la hipoteca está dispuesto en nuestro ordenamiento en beneficio del acreedor, de lo que resulta que el deudor no puede servirse de la indivisibilidad en contra del primero, porque no puede invocar en su contra una garantía que se ha establecido a su favor. (Fernando Alessandri R. “La Hipoteca”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile”. Soc. Imprenta y Litografía Universo. 1919. Página 23).

**VIGÉSIMOSEGUNDO:** Que en lo concerniente a la inscripción de las hipotecas materia de autos, cabe consignar que el artículo 60 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces señala que se encuentran habilitados para requerirla los interesados por sí o por medio de personeros o representantes legales; disposición que no constituye sino más que la aplicación del principio general que prescribe que, salvo estipulación legal expresa en contrario, todo acto que puede hacerse personalmente puede hacerse por mandatario o representante. La presentación del título del poder es necesaria a la luz de lo dispuesto por los artículos 52 N°1 y 61 del citado Reglamento, cuando la inscripción se pide para transferir el dominio de un inmueble o de los derechos reales de usufructo (uso, habitación), censo e hipotecas constituidos en inmueble; en los demás casos, basta que se exhiba la copia del título en cuya virtud se reclama la inscripción.



De acuerdo a lo anterior, tratándose en la especie de un acto de constitución del derecho de hipoteca y no de un título traslativo o una transferencia de éste, lo resuelto por los sentenciadores es correcto pues se ajusta a lo que la normativa sobre la materia establece, careciendo de asidero las alegaciones que plantea la recurrente para justificar la nulidad de la inscripción que sustenta en la falta de voluntad como en errores en la tradición, pues la efectuada se ajustó al marco regulatorio establecido.

Por lo demás, cabe consignar que tal como se concluye en el fallo atacado la inscripción fue requerida por Enrique Monasterio Rebolledo, quien era representante -y no solamente asesor como lo indica la recurrente- de Abratec S.A. y de Inversiones Cerro Florido Limitada, según aparece en la constancia de personerías contenidas en la escritura pública de transacción e hipoteca, por lo que no se configura vulneración al artículo 1700 del Código Civil.

Además, cabe agregar que carecen de toda influencia los yerros que el recurso denuncia respecto del artículo 2433, en relación a los artículos 2410 y 2432 del Código Civil, al concluir la validez de la hipoteca ante la falta de supuestas omisiones formales de la inscripción, pues este no constituye sino un argumento más y a modo explicativo, pero que no ha sido aplicado a la resolución de la litis.

**VIGÉSIMOTERCERO:** Que, sin perjuicio de lo señalado en los motivos precedentes, el asunto propuesto por el recurso de nulidad plantea la necesidad de recurrir a los postulados de la teoría del acto propio y la del “levantamiento del velo” de las personas jurídicas o “levantamiento del velo societario”.

La primera encuentra sustento en el principio encarnado en la frase latina “*venire contra factum proprium non valet*” y se vincula con el principio de la buena fe, llamado a imperar en todo orden de materias, conforme al cual “Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos y no puede, por tanto, ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente”. (Alejandro Borda, “La Teoría de Los Actos Propios. Un análisis desde la doctrina argentina. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 18, Universidad de Los Andes; págs. 35 y 36). Al respecto, esta Corte ha señalado que a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o



procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica (sentencias recaídas en los roles número 4689-05, 2349-05, 127-05, 3437-04, entre otras). El efecto que produce la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haber cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta.

La segunda, conocida como “disregard of legal entity”, postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente. Esta formulación doctrinaria, que ha tenido también desarrollo en el derecho europeo continental - especialmente en Alemania y España- tiene su fundamento en el principio de equidad, buena fe, no fraude de la ley y supone una excepción a la regla general del derecho de limitación de responsabilidad de los socios con respecto a las deudas de la sociedad de la que son partícipes (limitada al monto de sus aportes) y permite a los tribunales de justicia prescindir de la forma externa de la persona jurídica y alcanzar a las personas que se encuentran detrás. El levantamiento del velo societario trata de corregir los abusos que se producen cuando la personalidad jurídica de la sociedad se utiliza como cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones consiguiéndose un resultado injusto o perjudicial para terceros y contrario al ordenamiento jurídico. Pero la técnica del levantamiento del velo no pretende de modo alguno debilitar la seguridad jurídica de las instituciones societarias que las personas crean en el uso de sus derechos legítimos, sino que prohíbe el uso en beneficio propio de quienes utilizan la forma societaria para fines extraños o contrarios a los que justifican la figura jurídica.

**VIGÉSIMOCUARTO:** Que, en el caso sub lite, no puede desconocerse que la hipoteca sobre los inmuebles materia de autos fue constituida por Inmobiliaria e Inversiones Cerro Florido Limitada, acto al



que concurre también Abratec S.A., que ambas sociedades por escritura pública de 15 de febrero de 2010 constituyeron la sociedad Inmobiliaria Bergneustadt Limitada, aportando la primera como capital social las propiedades hipotecadas y que en la cláusula quinta del pacto social los comparecientes reconocen que los cuatro bienes raíces se encuentran sujetos a hipoteca a favor del Fisco de Chile, indicando incluso su inscripción.

Pues bien, las circunstancias antes anotadas dan cuenta de que la demandada no es un tercero extraño a la hipoteca constituida sobre los bienes materia de la ejecución, pues sus socios constituyentes son precisamente quienes intervinieron en la suscripción del contrato de transacción en el cual se constituye dicha garantía real en favor –como se ha dicho- no sólo del Fisco de Chile sino que de terceros en las condiciones estipuladas, en los bienes que luego le son aportados a su constitución, respecto de los cuales declara expresamente estar en conocimiento de la situación que los afecta y de la existencia de la inscripción hipotecaria correspondiente.

Lo anterior determina la improcedencia del actuar de la ejecutada, por cuanto pretende desconocer la posición que sus antecesores en dominio y luego sus únicos socios tuvieron al celebrar el acto por el cual constituyeron la hipoteca de que se trata, en los términos que lo hicieron, desconociendo o contrariando lo que fue su posición jurídica en el mismo, cuestionando la legitimidad de las estipulaciones que éstos convinieron para así eludir la satisfacción de las obligaciones cuyo cumplimiento pretendió ser asegurado por la garantía hipotecaria, de cuya existencia estaban en pleno conocimiento conforme a la propia declaración que los mismos formularon y en condiciones de conocer el contenido íntegro de la misma, según la inscripción que también reconocen.

Por otro lado, resulta también contradictorio el actuar de la demandada en cuanto ha manifestado por una parte que el Fisco de Chile sería el único acreedor hipotecario y no los actores, atendida la indeterminación de las obligaciones garantizadas, puesto que tal circunstancia también afectaría la situación del primero, en cuanto a la forma en que se otorgó la garantía hipotecaria y el objeto de la misma.



**VIGÉSIMOQUINTO:** Que conforme a lo señalado, el recurso de casación en el fondo no puede ser acogido.

Por estas consideraciones y lo preceptuado en los artículos 765, 766, 767 y 768 del Código de Procedimiento Civil, se **rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí de fojas 219 por el abogado Andrés Kuncar Oneto, en representación de la demandada, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de tres de mayo del año en curso, escrita a fojas 206 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Guillermo Silva G.

Rol N°35.542-16

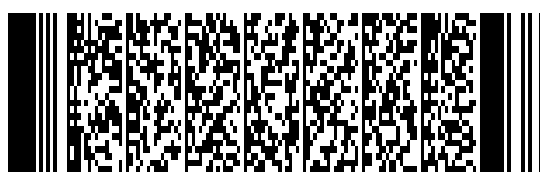
Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa María Maggi D., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., y Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.

No firma el Abogado Integrante Sr. Lagos, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por ausencia.

Autorizado por el Ministro de fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a catorce de marzo de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.





017822302248



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a catorce de marzo de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



017822302248