

## DERECHO PROCESAL CIVIL

*Maite Aguirrezabal Grünstein*

Profesora investigadora  
Universidad de los Andes

TERCERÍA DE PRELACIÓN Y PRUEBA DEL HECHO NEGATIVO.  
CORTE SUPREMA, 3 DE DICIEMBRE DE 2019, ROL N° 12.044-2019

### I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema con fecha 3 de diciembre de 2019, en la causa rol n.° 12.044-2019, referida a la exigencia de aportación de prueba por parte del tercerista de prelación.

El fallo resulta de gran relevancia por cuanto la decisión considera que, sobre el tercerista de prelación, en su calidad de demandante, pesa la carga de probar que se cumplen los requisitos establecidos en el art. 2478 del *Código Civil* en afinidad con el art. 527 del *Código de Procedimiento Civil*.

### II. HECHOS RELEVANTES QUE MOTIVAN EL FALLO

En el juicio ejecutivo caratulado Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con García Silva Claudia del Rosario, tramitado ante el Primer Juzgado de Letras de San Felipe bajo el rol n.° 215-2017, el ejecutante, hoy Scotiabank Chile, dedujo demanda ejecutiva contra Claudia del Rosario García Silva, solicitando se despache mandamiento de ejecución y embargo por la suma total de \$21 885 253, más intereses y costas. Funda su pretensión en tres operaciones crediticias morosas que constan en el mutuo hipotecario n.° 05040004319600133763 y en los pagarés números 050400045000070304 y 050400045000070290.

Se procedió a trabar embargo sobre dos inmuebles de propiedad de la ejecutada, correspondientes a los lotes 6 y 7 de la subdivisión del resto de la parcela n.° 1 del proyecto de parcelación José de San Martín de la comuna de Rinconada, provincia de Los Andes.

En el mismo cuaderno de apremio, el banco ejecutante propuso bases para el remate e hizo valer su calidad de acreedor hipotecario, invocando la escritura pública de fecha 29 de junio de 2011, otorgada en la notaría de San Felipe de Alex Pérez de Tudela Vega, debidamente inscrita en el registro pertinente del Conservador de Bienes Raíces de Los Andes.

El Servicio de Tesorerías interpuso demanda de tercería de prelación y pago en contra del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile y de Claudia del Rosario García Silva, ejecutante y ejecutada respectivamente, fundando su pretensión en la morosidad de obligaciones tributarias de retención y recargo por concepto de los formularios 21 y 22.

Luego, amparándose en la preferencia de primera clase del art. 2472 n.º 9 del *Código Civil*, solicita se declare el derecho preferente del fisco a ser pagado con el producto de los bienes embargados, por un monto neto a su favor de \$65 430 308, más reajustes, intereses y multas, deuda que liquidada al mes de mayo 2018 asciende a \$176 950 328. En subsidio, y sobre la base de los mismos argumentos, dedujo demanda de tercería de pago.

El crédito de la tercerista goza de un privilegio de primera clase por tratarse de obligaciones de carácter tributario y los inmuebles embargados registran inscrita una hipoteca de primer grado a favor del banco ejecutante.

Por sentencia de fecha veintisiete de agosto de dos mil dieciocho se rechazó la demanda de tercería de prelación y pago interpuesta.

Apelada esta decisión, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la sentencia de primera instancia, y por decisión de 21 de marzo de 2019 decidió, en su lugar, que se acogía la demanda de tercería de prelación sin costas.

En contra de este último pronunciamiento, el ejecutante dedujo recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema, conociendo de dicho recurso, acogió la casación y anuló la sentencia de segunda instancia. En sentencia de reemplazo, niega lugar a la tercería de prelación interpuesta por los motivos que se explican a continuación.

### III. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA TERCERÍA DE PRELACIÓN

La tercería de prelación es un procedimiento especial que, aunque recibe una tramitación incidental, se mantiene como un juicio independiente del procedimiento ejecutivo al que accede.

Como dispone el art. 518 del *Código de Procedimiento Civil*, tiene lugar cuando adviene al juicio ejecutivo un extraño, pretextando derecho para ser pagado preferentemente.

En este procedimiento, la parte demandante se encuentra constituida por el tercerista y los demandados vienen a ser el ejecutante y el ejecutado del procedimiento principal.

Como se señala en el considerando séptimo de la sentencia en comento:

“su pretensión se dirige, en primer término, contra el ejecutado, para que se reconozca la existencia de su crédito; y, en segundo lugar, contra el ejecutante, para que se reconozca a su parte el derecho a pagar con primacía el crédito de que es titular con el producto de la realización de los bienes”.

La finalidad de la tercería de prelación es obtener un pago preferente sobre el ejecutante con el producto de los bienes embargados que se realicen, siendo su fundamento el conseguir en la práctica que se respeten las reglas de preferencia de los créditos establecidos en las leyes substantivas<sup>1</sup>.

Las preferencias que justifican la interposición de esta tercería son el privilegio y la hipoteca, en atención a lo dispuesto por el art. 2465 y siguientes del *Código Civil*.

Junto con la interposición de la tercería deberá acompañarse el título en que conste el crédito preferente cuyo pago requiere el tercerista, según lo dispone el art. 527 del *Código de Procedimiento Civil*.

#### IV. EL ART. 2478 DEL *CÓDIGO CIVIL* Y LA CARGA DE LA PRUEBA DEL HECHO NEGATIVO

El problema de fondo en la sentencia que se comenta tiene especial relación con lo dispuesto por el art. 2478 del *Código Civil* y las cargas probatorias que recaen sobre el tercerista de prelación.

El mencionado artículo dispone en su inciso primero:

“los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor”.

Cuando para obtener el pago existe solo una finca que está hipotecada y concurren el acreedor hipotecario y un acreedor de primera clase surge la interrogante de cuál de los dos prefiere.

La ley resuelve este punto en el art. 2478 del *Código Civil*, estableciendo que prefiere el acreedor de primera clase, pero para que así acontezca, es necesario que no haya otros bienes con los cuales pueda ser cubierto íntegramente su crédito. Solo entonces puede acudir a la finca hipotecada y el de primera preferirá al acreedor hipotecario.

Para el caso en comento, y teniendo el ejecutante y el tercerista créditos de naturaleza preferente, la discusión radica en determinar cuál de los dos créditos preferentes debe pagarse con prelación sobre el producto de los inmuebles embargados, esto es, si el de primera clase a favor del Fisco de Chile o el crédito hipotecario a favor del banco ejecutante.

Como ya se señaló, la regla general es que los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas. La excepción corresponde al caso

---

<sup>1</sup> CASARINO (2007), p. 111. Criterio reiterado en el cons. 4° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 20 de marzo de 2007, en los autos caratulados Banco Internacional con Retamal Pino, Óscar y otros.

en que otros bienes del deudor no alcancen para cubrir el pago de la totalidad de la deuda.

Es decir, la norma exige como presupuesto para proceder al cobro de un crédito de primera clase en una finca hipotecada, que primero se acredite que los otros bienes del deudor no son suficientes para cubrir la totalidad del crédito.

En estas circunstancias, debe dilucidarse si hay otros bienes embargables del ejecutado con los cuales pueda solucionarse el crédito del tercerista, y ello plantea el problema de determinar quién debe soportar la carga de probar dicha circunstancia, esto es, si le corresponde al tercerista, acreedor preferente, probar que no hay otros bienes embargables o si le corresponde al ejecutante, acreedor hipotecario, probar que sí los hay.

Por lo tanto, el problema consiste en determinar a quién le corresponde la carga de probar el hecho negativo, si al ejecutante o al tercerista de prelación.

La prueba del hecho negativo resulta de difícil elaboración en la doctrina, ya que por regla general lo que debe probarse son los hechos afirmados, ya que como señala Eduardo Couture,

“el objeto de prueba son los hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende. No hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos. Pero deben probarse únicamente los hechos controvertidos; la prueba de otros hechos que no sean controvertidos es inoficiosa para el resultado del proceso”<sup>2</sup>.

De ahí entonces que se considere que la negación de un hecho no requiere de prueba, sino que bastaría con alegarlo<sup>3</sup>.

Pero la regla anterior no resulta siempre aplicable, puesto que existen supuestos en que el hecho negativo deberá probarse mediante la afirmación de un hecho contrario<sup>4</sup>,

“ya que toda negación lleva implícitamente comprendida una afirmación, y por la inversa, toda afirmación comprende, consecuentemente, una negación en contrario”<sup>5</sup>.

Hugo Alsina destaca que la prueba de un hecho negativo dependerá de la forma en la cual se entable esta pretensión. De esta manera, cuando una parte alega la negativa de un hecho, pura y simplemente, no existe obligación de probar para ella.

En cambio, cuando se alega la omisión o inexistencia de un hecho que sirve de fundamento a una acción o excepción, la prueba dependerá de si la negativa recae en el derecho, la cualidad o el hecho, agregando

<sup>2</sup> COUTURE (2010), p. 105.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ (2009), p. 94.

<sup>4</sup> Los hechos negativos pueden probarse, ya que como lo señalan PLANIOL, RIPERT (1981), toda proposición negativa implica una proposición afirmativa que es su antítesis. Agrega que lo que es posible probar es la proposición indefinida, ya sea positiva o negativa, como el hecho de no haberse encontrado nunca con una persona o haberse encontrado siempre con ella.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ (2009), p. 94.

“la negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que una cosa no es conforme al derecho; en este caso, puede recaer la prueba sobre el hecho impugnado, pero no sobre la prohibición legal, porque respecto de ella bastará invocar el precepto pertinente. La negativa es de cualidad cuando se niega a una persona una cualidad determinada; en este caso se aplica el principio que quien sostiene algo contrario a lo normal es quien debe probarlo”.

La negativa de hecho puede ser simple o calificada. La primera es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna y no es necesario rendir prueba alguna acerca de la negación. En cuanto a la segunda, importa una afirmación que debe ser acreditada<sup>6</sup>.

Iván Hunter coincide en que la prueba del hecho negativo es una de las hipótesis que puede calificarse como de dificultad probatoria, ya que

“se trata, por regla general, de hechos que el legislador ha previsto para producir una consecuencia jurídica pero que carecen de materialidad y exteriorización (hechos síquicos como las intenciones, hechos negativos como la ausencia de una característica o cosa) o que resultan extremadamente difíciles de establecer mediante prueba directa (hechos íntimos, complejos, hechos antiguos, hechos futuros, hechos técnica o científicamente complicados, etc.)”<sup>7</sup>.

Agrega el autor que la inexistencia de un hecho, como en el caso que se comenta, puede servir como fundamento para la aplicación de una norma cuando “contiene la negación de una identificación positiva o bien usa términos equivalentes a esa negación”<sup>8</sup>.

En la jurisprudencia nacional los casos más frecuentes de dificultad en la prueba de un hecho negativo se han dado precisamente en el ámbito de las tercerías de pago, ya que estas exigen al tercerista probar que el ejecutado carece de bienes suficiente para cubrir la deuda, lo que plantea un desafío importante en el plano probatorio desde que ello supone, como señala Iván Hunter, establecer un hecho negativo indeterminado<sup>9</sup>.

En ciertos casos, jurisprudencia chilena ha considerado que el hecho negativo no requiere de prueba, trasladando con ello la carga a la otra parte, porque la premisa de que el deudor no tiene otros bienes embargables constituye una negación indeterminada y, por lo tanto, no es posible demostrarla. Pero puede ser desvirtuada probando la premisa positiva contraria, esto es, que el deudor sí tiene otros bienes embargables. Así, ha llegado a la conclusión de que es el acreedor hipotecario quien debe probar que el deudor tiene otros bienes

<sup>6</sup> Véase al respecto ALSINA (1957), p. 188 y ss.

<sup>7</sup> HUNTER (2015), p. 217.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 218.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 219.

embargables suficientes; si lo demuestra, triunfa y el tercerista debe primero acudir a ellos. Si esa prueba no consta en el proceso, se tiene por cumplido el requisito de no haber otros bienes y se hace lugar a la tercería<sup>10</sup>.

En otros casos, tribunales superiores chilenos han sostenido que, aunque la prueba del hecho negativo presente dificultades, ellas no eximen de la carga de probar a quien lo alega.

Como ya señalaba Eduardo Couture, si no hay dudas de que una proposición elaborada asertivamente debe ser acreditada por quien la alega, no existe ninguna regla lógica que permita eximir de prueba a quien formula una proposición con la regla inversa, esto es, una negación<sup>11</sup>.

Siguiendo este último lineamiento, se puede señalar entonces que la carga de acreditar la existencia del crédito que se reclama y la insuficiencia de bienes del deudor corresponde en principio al tercerista, que para estos efectos posee la calidad de demandante en el procedimiento de tercería,

“puesto que el objetivo específico de éste al intentar su demanda es el de anteponer su crédito al del ejecutante, buscando alterar los términos en que se ha constituido la relación procesal principal”.

Este ha sido el criterio sustentado en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, cuando establece que la carga de la prueba en lo que respecta a la insuficiencia de bienes del deudor no corresponde al acreedor hipotecario, sino que a quien alegue una preferencia sobre el bien gravado con hipoteca, quien debe acreditar que el deudor carece de otros bienes o que estos no son suficientes para cobrar la totalidad de sus créditos<sup>12</sup>.

Agrega nuestro máximo tribunal que lo anterior importa una prueba de hechos positivos y no negativos, ya que consiste

“precisamente, en establecer cuántos y cuáles son los restantes bienes del deudor, diferentes de los gravados con hipoteca, sobre los cuales puede obtenerse parte del pago”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Corte Suprema, Primera Sala, 27 de agosto de 2019, rol 31588-2018. En este mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema de fecha 24 de noviembre de 2008, dictada en los autos rol n.º 5281-2007, caratulados Acevedo Venegas, Gloria del Carmen con Banco de Santiago y Mardones Morales, José, en que considera que la carga de la prueba debe recaer sobre el acreedor hipotecario porque no se puede obligar al tercerista a probar un hecho negativo.

<sup>11</sup> COUTURE (2010), pp. 124-125. Aunque algunos autores defienden la liberación de la carga probatoria cuando se trata de este tipo de hechos. En este sentido, véase CORTÉS (1972).

<sup>12</sup> Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 4 de abril de 2017, en los autos rol 4.007 de 2017, caratulados Sociedad Emprenort Limitada con Francisco Javier Matamoros García.

<sup>13</sup> Cons. 7º de la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 4 de abril de 2017, en los autos rol 4007 de 2017, caratulados Sociedad Emprenort Limitada con Francisco Javier Matamoros García.

Reiterando este criterio en diversos fallos, ha establecido también que:

“el noveno numeral del artículo 2472 del Código Civil, en relación al artículo 2476 del mismo ordenamiento, reconoce un privilegio al Fisco para el cobro de deudas provenientes de impuestos retenidos, prerrogativa que sólo opera en caso de no poder cubrirse en su totalidad esa deuda de índole tributaria con los otros bienes del deudor, en cuya hipótesis el legislador ha reconocido a los créditos de primera clase preferencia en cuanto al déficit. Corresponderá, por lo tanto, que aquel que quiera valerse del privilegio pruebe el acaecimiento de la condición contemplada en la ley, circunstancia que dará pábulo a la preferencia en el pago”<sup>14</sup>.

Tal es la carga de probar que corresponde a la demandante de tercería de prelación, conforme lo dispone el art. 1698 del *Código Civil*.

Por los motivos expuestos, el fallo que se comenta estima que los jueces de fondo alteran inadecuadamente la regla del *onus probandi*, contraviniendo el correcto entendimiento de la relación existente entre las preferencias de primera y tercera clase, e infringiendo lo dispuesto por los arts. 1698 y 2478 del *Código Civil*.

## V. CONCLUSIONES

357

- 1) El art. 2478 del *Código Civil* plantea un problema relevante a la hora de determinar a quién le corresponde la carga de probar que los bienes del deudor son insuficientes para el pago de un crédito preferente.
- 2) La prueba de los hechos negativos se enmarca dentro de lo que la doctrina considera como un caso de dificultad probatoria, y nuestra jurisprudencia se ha dividido entre los que consideran que la negación de un hecho no requiere de prueba y los que consideran que no existe ninguna regla lógica que permita tal exoneración.
- 3) Se cree que la tercería de prelación posee la naturaleza de una demanda, donde es posible identificar un demandante y dos demandados, sin perjuicio de que reciba una tramitación incidental.
- 4) En atención a la conclusión anterior, se está de acuerdo con el criterio establecido por la Corte Suprema en el fallo que se comenta, en el sentido que corresponde al tercerista de prelación acreditar la falta de bienes suficientes del deudor para atender al crédito preferente, no siendo legítimo que se invierta el *onus probandi* si no existe una norma que así lo autorice.

---

<sup>14</sup> Cons. 8° de la resolución de fecha 28 de agosto de 2012, dictada por la Primera Sala de la Corte Suprema en los autos rol n.° 4258-2011, caratulados Forum Servicios Financieros S.A con Comercializadora de Máquinas y Equipos Agrícolas e Industriales y otros Limitada.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALSINA, Hugo (1957). *Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar. Tomo II.
- CASARINO VITERBO, Mario (2007). *Manual de Derecho Procesal*. 6° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo IV.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (1972). “Algunos aspectos sobre la inversión de la carga de la prueba”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n.°s 2-3. Paraná.
- COUTURE, Eduardo (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Montevideo: Editorial B de la F.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2015). “Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22. n.° 1. Coquimbo.
- PLANIOL, Marcel, Georges RIPERT (1981). *Tratado elemental de Derecho Civil*. 4ª ed., México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- RODRÍGUEZ PAPIĆ, Ignacio (2009). *Procedimiento civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*. 7ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

358

art.	artículo
arts.	artículos
cons.	considerando
ed.	edición
etc.	etcétera
n.° a veces N°	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
ss.	siguientes