

N° 180
AÑO LIV
JULIO - DICIEMBRE
1986

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

DEL MANDAMIENTO, REQUERIMIENTO, EMBARGO Y EXCEPCIONES EN LA ACCION EJECUTIVA DE DESPOSEIMIENTO.

MIGUEL OTERO LATHROP*

Profesor Derecho Procesal
Universidad de Chile

I. LA ACCION DE DESPOSEIMIENTO

La acción de desposeimiento está contemplada en los Arts. 758 a 762 del Título 18 del Código de Procedimiento Civil, bajo la denominación *"De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada"*.

A. HISTORIA DE LA NORMA PROCESAL

El artículo 2428 del Código Civil da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posee y por cualquier título que la haya adquirido.

Esta disposición, en virtud de lo establecido en el artículo 2424, es necesario relacionarla con el artículo 2397 del mismo cuerpo legal, en la cual se señala que el acreedor tendrá derecho de pedir que la cosa dada en hipoteca se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se lo adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito.

Este derecho que consagra el Código Civil no tenía en las leyes de procedimiento norma o reglamentación alguna que estableciera la forma de hacerlo efectivo, y de ahí que existieran distintas teorías y diversas jurisprudencias en cuanto a la normativa procesal y a la forma de realizar el bien hipotecado.

Es útil destacar que la falta de normativa expresa permitía sostener dos teorías opuestas en cuanto al procedimiento aplicable a la acción de desposeimiento. Una, sostenía que, dado que el tercer poseedor no tenía obligación alguna para con el acreedor hipotecario y ningún vínculo jurídico que lo uniera a éste de modo personal y directo, no procedía aplicar la normativa del juicio ejecutivo sino la del juicio ordinario; toda vez que la primera decía relación con el cumplimiento forzado de una obligación personal de dar, hacer o no hacer.

La otra posición sostenía que, siendo la hipoteca una obligación accesorio para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y si ésta constaba de título ejecutivo, no resultaba lógico que la obligación accesorio debiera perseguirse por el procedimiento ordinario y no por el mismo procedimiento que correspondía a la obligación principal.

La solución a este problema aparece por primera vez en el proyecto del Código de Procedimiento Civil del año 1893, estableciéndose que la normativa a aplicar sería la del juicio ordinario o la del ejecutivo, según fuere la calidad del título invocado por el acreedor; normativa que pasó a constituir el Título XX del Código de Procedimiento Civil con el epígrafe *"De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada"*. Esta normativa, salvo variaciones en las formas verbales, que en nada alteran lo sustancial, es la misma que hoy día se contempla bajo el Título XVIII del Código de Procedimiento Civil, con el mismo epígrafe, artículos 758 a 763.

B. CONCEPTO DE "DESPOSEIMIENTO" Y RAZON DE SER DE LA ACCION

Desposeer implica privar a una persona de su posesión. La posesión se pierde cuando otra persona, natural o jurídica, entra en posesión del mismo bien, perdiéndola el primitivo poseedor.

*Presidente del Instituto de Derecho Procesal de Chile.

Ahora bien, ¿porqué se habla de desposeer al tercer poseedor para hacer efectivo el derecho real de la hipoteca?

La razón es muy simple. Es preciso subastar el inmueble para, con su producido, pagar la obligación personal caucionada. En otras palabras, hay una ejecución forzada del bien que está a nombre de un tercero que no es el deudor personal y, por lo tanto, en el procedimiento judicial el juez debe licitar y adjudicar el inmueble y suscribir, a nombre del tercer poseedor, el contrato de compraventa respectivo.

El propio Código Civil determina expresamente que el desposeimiento se materializa por la adjudicación que se hace a un tercero del bien hipotecado, luego de su realización judicial, al establecer en su artículo 2426 que el dueño de la finca hipotecada o tercer poseedor tiene derecho a recobrarla *"mientras no se haya consumado la adjudicación, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca ..."*

Se deduce de lo expuesto que el desposeimiento es un hecho que se produce como consecuencia del remate del bien raíz hipotecado y de su subsecuente adjudicación.

Además, el Código Civil, en sus artículos 724 y 728, establece:

"Art. 724: Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".

"Art. 728: Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial"
"Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente".

Conforme a estas disposiciones legales, intertanto no se adjudique la propiedad a un tercero, se extienda la escritura respectiva y se proceda a su inscripción, el tercer poseedor sigue siendo poseedor del inmueble, toda vez que su posesión sólo termina cuando se cancela la inscripción de dominio vigente a su nombre, por practicarse la nueva inscripción a nombre de quien adquirió la propiedad en el proceso judicial respectivo. Sólo en este momento se materializa el desposeimiento.

En consecuencia, el desposeimiento es un hecho que se produce como consecuencia de un proceso judicial en el cual se subasta la finca hipotecada y se adjudica a un tercero; hecho que materialmente ocurre cuando la finca hipotecada se inscribe a nombre del adjudicatario, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

C. FASES DE LA ACCIÓN DE DESPOSEIMIENTO

La acción de desposeimiento consta de dos fases claramente diferenciadas: una fase preparatoria de la acción de desposeimiento y, luego, la acción de desposeimiento propiamente tal:

1) GESTION PREPARATORIA : Es aquella en virtud de la cual el acreedor notifica al tercer poseedor de la finca hipotecada para que pague la deuda caucionada con la hipoteca o bien haga abandono de la propiedad para los efectos de ser subastada judicialmente y procederse al pago de la acreencia. Esta fase o gestión preparatoria está contenida en el artículo 758 del Código de Procedimiento Civil y se perfecciona por la notificación al deudor y el transcurso del plazo para que el tercer poseedor pague o haga abandono de la finca.

Esta etapa es, en sí, la preparación de la acción de desposeimiento, como se desprende expresamente del artículo 178 del Código Orgánico, que establece:

"No obstante lo dispuesto en el Art. 176, serán de la competencia del Juez que hubiere sido designado anteriormente, las demandas en juicio que se hayan iniciado por medidas prejudiciales, ... o mediante la notificación

previa ordenada por el Art. 758 del Código de Procedimiento Civil ..."

El texto actual de este artículo fue establecido por la Ley 11.183 de 10 de junio de 1953, con lo cual se puso término a la discusión que existía respecto a la naturaleza de esta gestión. Ello no obstante, ya la Excm. Corte Suprema, en fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XIX, II parte, sección segunda, página 135, establecía:

"que en el caso presente sólo se ha verificado la notificación previa, sin que el acreedor haya formulado su acción ordinaria o ejecutiva, según procede, en razón del título que se invoque; y no es lícito que el deudor oponga excepciones que extingan el derecho del acreedor que aún no lo ha deducido, en la forma que la ley lo establece".

Frente a esta notificación, el deudor tiene tres alternativas:

1. Paga la deuda y se subroga como acreedor.
2. Abandona la finca para que sea subastada judicialmente o,
3. No hace nada.

2. ACCION DE DESPOSEIMIENTO PROPIAMENTE TAL: La segunda fase o acción de desposeimiento, sólo tiene cabida cuando hay una resistencia tácita del tercer poseedor a reconocer la existencia o validez de la hipoteca o la existencia y vigencia de la obligación personal que ésta cauciona. Se dice tácitamente, porque no es necesaria una oposición expresa, sino que basta con que el tercer poseedor no pague la deuda ni abandone la finca.

Frente a esta situación de resistencia, nace la verdadera acción de desposeimiento; toda vez que la primera fase viene a ser una gestión preparatoria previa e indispensable para deducir la acción de desposeimiento. Como se ha dicho, si no hay resistencia a la pretensión del acreedor hipotecario y se paga o se abandona la finca hipotecada, no va a existir acción de desposeimiento. Tanto es así que si paga, el tercer poseedor se subroga en los derechos del acreedor hipotecario y si abandona la finca, ésta debe subastarse judicialmente, para los efectos de hacerse pago de la acreencia.

Esto se desprende claramente del inciso primero del artículo 759 del Código de Procedimiento Civil, que señala:

Art. 759: "Si el poseedor no efectúa el pago o abandono en el plazo expresado en el artículo anterior, podrá desposeérsele de la propiedad hipotecada para hacer con ella "pago al acreedor" .

D. NORMAS DE PROCEDIMIENTO A QUE DEBE SUJETARSE LA ACCION DE DESPOSEIMIENTO

Tal como señaláramos, la acción de desposeimiento se sujetará a las normas del juicio ordinario si el título del que consta la obligación personal no tiene mérito ejecutivo y, de tenerlo, se regirá por las normas del procedimiento ejecutivo.

De la historia fidedigna de la normativa vigente, queda absolutamente claro que el título que determina el procedimiento aplicable es aquél del cual consta la obligación personal que cauciona la hipoteca. Así lo señala don José Bernardo Leiva Artiga en su Memoria de Prueba *"De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de una finca hipotecada"*, página 13, Imprenta Barcelona, Año 1908, al decir:

"Fue la segunda comisión nombrada al efecto, la comisión que redactó el tercer proyecto llamado de 1893, la que abordó por primera vez este punto, pronunciándose por la adopción del procedimiento ejecutivo cuando el título del acreedor era ejecutivo y por el ordinario en los demás casos; de modo que resolvió la cuestión, aplicando el principio de derecho que alegaban los sostenedores de la vía ejecutiva en esta clase de negocios, esto es, que lo accesorio debía seguir la suerte de lo principal. Si para perseguir la obligación personal o principal se daba acción

ejecutiva, debía darse también para perseguir la obligación real o accesorio; y de la misma manera si para perseguir la personal, se daba la vía ordinaria, la misma debía darse para la accesorio”.

Igual tesis sostiene don Santiago Godoy Guardia en su Memoria de Prueba “La acción de desposeimiento”, editada en Santiago en el año 1940, al señalar:
pág. 57:

“De esto se desprende que la acción de desposeimiento se tramitará de acuerdo con las reglas del juicio ejecutivo, cuando el título en que se funda la acción hipotecaria —compuesta por el contrato hipotecario y por la obligación principal— sea ejecutivo”.

pág. 58:

“En los demás casos, esto es, cuando el acreedor hipotecario no puede proceder ejecutivamente en contra del deudor personal, la acción de desposeimiento se tramitará con arreglo al juicio ordinario”.

Finalmente, para no dejar duda alguna sobre el particular, cabe destacar que en el inciso segundo del artículo 759 del Código de Procedimiento Civil, la comisión revisora cambió el adjetivo *PRINCIPAL* por *PERSONAL*. De aquí que el inciso segundo del artículo 759 del Código de Procedimiento Civil establezca:

“Esta acción se someterá a las reglas del juicio ordinario o a las del ejecutivo, según sea la calidad del título en que se funde, procediéndose contra el poseedor en los mismos términos en que podría hacerse contra el “deudor personal”.

II. EL JUICIO EJECUTIVO EN LA ACCION DE DESPOSEIMIENTO

1. FINALIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO

Es indiscutible que el procedimiento ejecutivo tiene como única finalidad materializar el cumplimiento forzado de una obligación. En otras palabras, obligar al deudor a cumplir la obligación contraída y de cuya existencia da fe un título ejecutivo. Así, es requisito primario o indispensable para que se aplique el procedimiento ejecutivo que exista título ejecutivo, esto es, un documento que dé fe de la existencia de la obligación y que, por sus características o por las solemnidades de que está revestido, permita presumir la existencia de dicha obligación.

Así, el Código de Procedimiento Civil, en su Libro Tercero “De los Juicios Especiales”, Título I, consagra: “Del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar” y en el Título II, “Del procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer y no hacer”.

En otras palabras, no cabe aplicar el procedimiento ejecutivo si no existe alguna obligación que deba hacerse cumplir forzosamente.

2. DE LAS OBLIGACIONES QUE PUEDEN EXIGIRSE POR EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

En el hecho, existe una obligación principal, cual es la obligación personal caucionada con la hipoteca. Es esta obligación la que se pretende cumplir por la vía del procedimiento ejecutivo y es por ello que el título de que consta es el que determina el procedimiento a aplicarse.

Existe además una obligación accesorio, la del tercer poseedor de la finca hipotecada, en cuanto a respetar el derecho de persecución que el artículo 2428 del Código Civil otorga al acreedor hipotecario, en cuanto a “perseguir la finca hipotecada, sea quién fuere el que la posee, y a cualquier título que la haya adquirido”. Ahora bien, a este segundo derecho corresponde la obligación correlativa del tercer poseedor de abandonar la finca, o bien, recobrarla pagando la deuda caucionada; todo conforme a lo establecido en

el Art. 2426 del Código Civil que señala:

Art. 2426: "El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario podrá abandonársela, y mientras no se haya consumado la adjudicación, podrá también recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca, y además las costas y gastos que este abandono hubiere causado al acreedor".

La resistencia al cumplimiento de esta obligación, que se hace patente luego de la gestión preparatoria de la acción de desposeimiento, conlleva la necesidad de obligar al tercer poseedor a cumplir dicha obligación; esto es, a permitir la realización judicial de la finca y su ulterior adjudicación a un tercero.

En efecto, notificado el tercer poseedor de la intención del acreedor hipotecario de hacer efectivo su derecho real de hipoteca para que se cumpla la obligación personal caucionada, el primero tiene, dentro de los diez días siguientes a su notificación, la opción de pagar la deuda o abandonar, ante el Juez, la propiedad hipotecada.

Si opta por cualquiera de estas dos alternativas, la acción de desposeimiento no se produce jamás, por cuanto el tercer poseedor hipotecario ha cumplido con su obligación legal de abandonar la finca o ha ejercido el derecho de pagar la deuda, subrogándose al acreedor hipotecario.

De aquí que, en el juicio ejecutivo respectivo, la finalidad principal es materializar el derecho real del acreedor en cuanto a pagarse con el producido de la realización del inmueble hipotecado y, al mismo tiempo, exigir el cumplimiento de la obligación del tercer poseedor en cuanto a permitir que dicho bien raíz pueda ser realizado judicialmente y adjudicado a un tercero.

III. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR LA DEMANDA

El inciso 2° del artículo 759 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Esta acción se someterá a las reglas del juicio ordinario o a las del ejecutivo, según sea la calidad del título en que se funde, procediéndose contra el poseedor en los mismos términos en que podría hacerse contra el deudor personal".

A. GENERALIDADES.

Hemos señalado que lo que realmente se persigue con la acción de desposeimiento es satisfacer el derecho real que tiene el acreedor sobre el bien hipotecado en cuanto a pagarse preferentemente de la obligación caucionada con el producido de la realización del bien hipotecado.

Al efecto, es imprescindible tener presente las siguientes premisas que reglamentan el derecho real de hipoteca:

1) La hipoteca es un contrato accesorio, es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles y, por ello, tal como lo señala el artículo 2434 del Código Civil, se extingue junto con la obligación principal.

En otras palabras, la hipoteca subsiste mientras existe la obligación caucionada o se espera que exista dentro del plazo pactado por la hipoteca. Sin embargo, extinguida la obligación o siendo cierto que no nacerá otra obligación que pueda estar caucionada por la hipoteca, ésta se extingue.

2) Es un derecho real, o sea es la cosa, el bien raíz, lo que responde del cumplimiento de la obligación, no el propietario del inmueble.

Ello se desprende del inciso 2° del artículo 2414 del Código Civil en cuanto señala:

"Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño si ésta no se ha sometido expresamente a ella".

A su vez, el inciso 1° del artículo 2430 señala:

"El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiere estipulado".

3) El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario —que no es deudor personal de éste— podrá abandonársela, y mientras *no se haya consumado la adjudicación*, podrá también recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca y además las costas y gastos que este abandono hubiere causado al acreedor. Así lo establece el artículo 2426 del Código Civil.

Conforme a las premisas señaladas, resulta claro que la finalidad de la acción de desposeimiento es materializar el derecho real de hipoteca sobre la finca hipotecada para pagar la obligación personal caucionada por ésta, cuando dicha finca es poseída por un tercero que no es el deudor personal.

B) EXISTENCIA DE UNA OBLIGACION PRINCIPAL O PERSONAL SUSCEPTIBLE DE COBRARSE EJECUTIVAMENTE

En consecuencia, lo fundamental es que exista una obligación principal respecto de la cual pueda demandarse el cumplimiento forzado. Si la acción principal está extinguida o no es exigible, resulta indiscutible que no puede exigirse el cumplimiento de la obligación accesoria, dado el aforismo de derecho que señala: *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*.

Es por ello que el Código de Procedimiento Civil señaló que el procedimiento estaba determinado por el título de la obligación principal o personal y que, contra el tercer poseedor, se procede *"en los mismos términos en que podría hacerse contra el deudor principal"*.

En consecuencia, la demanda ejecutiva debe cumplir copulativamente con los siguientes requisitos:

1) La obligación principal o personal caucionada por la hipoteca debe constar de título ejecutivo suficiente.

2) La obligación debe ser líquida y actualmente exigible.

3) La acción ejecutiva no debe encontrarse prescrita respecto del deudor principal o personal; toda vez que si estuviera prescrita no podría usarse el procedimiento ejecutivo al tenor de la norma legal citada: *"en los mismos términos en que podría hacerse contra el deudor principal"*.

4) Debe existir una hipoteca legalmente constituida sobre la propiedad que figura inscrita a nombre del tercer poseedor.

Aparte de los requisitos antes señalados, obviamente debe cumplir con los establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, por ser norma supletoria que se aplica a todo procedimiento.

C) PRETENSION O PARTE PETITORIA DE LA DEMANDA

Consecuente con lo antes señalado, la pretensión que conlleva la acción de desposeimiento es obligar al tercer poseedor a cumplir su obligación correlativa al derecho del acreedor hipotecario, en cuanto a permitir la realización del bien hipotecado para pagar la obligación que lo grava.

Esta pretensión se materializa mediante la creación de una relación jurisdiccional procesal con el tercer poseedor, como única forma de habilitar al órgano jurisdiccional para que, respecto de éste, dicte providencias que le sean oponibles y que permitan realizar el bien y pagar la obligación caucionada. En efecto, es útil recordar que el bien se va a realizar judicialmente mediante pública subasta y que corres-

ponderará al Juez suscribir la escritura de adjudicación o venta forzada en representación de quien aparece como dueño del bien raíz, o sea, el tercer poseedor.

De no existir esta relación jurisdiccional procesal, no podría darse la ficción legal de que el Juez representa al tercer poseedor para suscribir la escritura de adjudicación o compraventa forzada del inmueble y, de consiguiente, tal escritura sería inoponible a éste y no se podría materializar la adjudicación proveniente de la realización de la finca hipotecada.

De otro lado, hay que tener presente que el tercer poseedor no es deudor de la obligación que cauciona la hipoteca ni tiene vínculo jurídico alguno que lo relacione, en cuanto a esa obligación, con el acreedor. Así, no puede demandarse al tercer poseedor para que pague la deuda, como podría entenderse de la norma citada: *"procediéndose contra el poseedor en los mismos términos en que podría hacerse contra el deudor personal"*.

Sin embargo, también es un hecho que se persigue realizar el bien hipotecado del que aparece como dueño el tercer poseedor y que respecto de éste hay que hacer cumplir la obligación accesorio de permitir la realización de la finca hipotecada.

El análisis de esta situación y de la normativa legal permite concluir que la pretensión de la demanda es exigir el cumplimiento de la obligación que afecta al tercer poseedor en cuanto abandonar la finca para que se proceda a su realización y al pago de la obligación que la grava y, de no cumplir con esta obligación en el acto de requerimiento, materializar el derecho real de persecución que otorga al acreedor el artículo 2428 del Código Civil, mediante el embargo sobre la finca hipotecada y su posterior realización a objeto que, con su producido, se pague la obligación caucionada y que consta del título ejecutivo en que se funda la demanda.

IV. DEL MANDAMIENTO DE EJECUCION Y EMBARGO.

El mandamiento de ejecución y embargo debe cumplir con todos los requisitos del artículo 443 del Código de Procedimiento Civil, como se pasa a demostrar.

a) *ORDEN DE REQUERIR DE PAGO, O SEA, DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION:* Se ha señalado que el juicio ejecutivo tiene por objeto el cumplimiento forzado de una obligación de dar, hacer o no hacer. En la especie, la obligación del tercer poseedor es de hacer en cuanto a abandonar la finca hipotecada pero, a su vez, la finca está gravada directamente en favor de una obligación de dar, cual es la obligación principal o personal que cauciona.

El mandamiento de ejecución y embargo, por mandato expreso del N° 1 del artículo 443 del Código de Procedimiento Civil, debe contener la orden de requerir de pago al ejecutado, esto es, que se le requiera el cumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer que es objeto del juicio ejecutivo.

Como se ha señalado, el tercer poseedor tiene la obligación de permitir la realización del bien hipotecado y, por ello, debe requerírsele de cumplimiento de tal obligación, lo que sólo puede hacer mediante el abandono de la finca ante el Tribunal. De aquí que deba requerírsele para que, en el acto de la intimación, haga abandono de la finca, so pena que, de no hacerlo, el inmueble será embargado y posteriormente subastado, para los efectos de cumplir con lo dispuesto en los artículos 2424, 2428 y 2397 del Código Civil.

La orden de requerir al tercer poseedor de cumplimiento de su obligación de abandonar la finca hipotecada, es un trámite esencial del procedimiento ejecutivo. Tanto es así que sin requerimiento de pago, o sea, de cumplimiento de la obligación cuya ejecución forzada es el objeto del juicio ejecutivo, no cabe hablar de emplazamiento. Así se desprende de los siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil.

Art. 459: *"Si el deudor es requerido de pago en el lugar del asiento del Tribunal, tendrá el término de cuatro días útiles para oponerse a la ejecución. Este término se ampliará en cuatro días si el requerimiento se hace*

dentro del departamento en que se ha promovido el juicio, pero fuera del asiento del Tribunal".

Art. 460: "Si el requerimiento se hace en otro departamento de la República, la oposición podrá presentarse ante el Tribunal que haya ordenado cumplir el exhorto del que conoce en el juicio o ante este último Tribunal".

"En el primer caso, los plazos serán los mismos que establece el artículo anterior. En el segundo, el ejecutado deberá formular su oposición en el plazo fatal de ocho días, más el aumento del término de emplazamiento en conformidad a la tabla de que trata el artículo 259".

Art. 461: "Si se verifica el requerimiento fuera del territorio de la República, el término para deducir oposición será el que corresponda según la tabla a que se refiere el artículo 259, como aumento extraordinario del plazo para contestar una demanda".

Art. 462, inc. 1º: "El término para deducir la oposición comienza a correr desde el día del requerimiento de pago".

Cabe destacar que, conforme a estas disposiciones, el emplazamiento del ejecutado se materializa por el requerimiento de pago y el transcurso del plazo para oponer excepciones. Luego, si no hay requerimiento de pago, falta el acto procesal determinante para que se perfeccione la relación procesal y, por ello, el ejecutado no está emplazado, ya que a su respecto, no corre plazo alguno. Tan importante es el "requerimiento" que el N° 1 del artículo 443 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Este requerimiento deberá hacerse personalmente, pero si no es habido, se procederá en conformidad al Art. 44, expresándose en la copia a que dicho artículo se refiere, a más del mandamiento, la designación del día, hora y lugar que fije el Ministro de Fe para practicar el requerimiento. No concurriendo a esta citación el deudor, se hará inmediatamente y sin más trámite el embargo".

El hecho que la obligación del tercer poseedor consiste en hacer abandono de la finca hipotecada, no altera lo expuesto, atendido el tenor de los artículos 531, 532 y 533 del Código de Procedimiento Civil, que hacen extensible al juicio ejecutivo de obligaciones de hacer las reglas del párrafo 1º del Título I y expresamente establecen la obligación de requerir al deudor de cumplimiento de la obligación objeto de la ejecución.

Luego, el mandamiento emitido en un juicio ejecutivo de desposeimiento debe contener perentoriamente la orden de requerir al tercer poseedor para que abandone ante el Tribunal la finca hipotecada. La omisión de este mandato produce la nulidad procesal de todo lo que se obre con posterioridad, ya que no habría "requerimiento" y, como se ha dicho, sin éste no hay emplazamiento ni relación procesal.

Es preciso recordar que el tercer poseedor puede oponer excepciones a la ejecución y que el plazo para ello corre desde que es requerido personalmente de pago, o sea, de cumplimiento de la obligación que se pretende hacer cumplir forzosamente.

• b) **ORDEN DE EMBARGAR:** El N° 2 del artículo 443 del Código de Procedimiento Civil expresamente dispone que el mandamiento debe contener la orden de:

"embargar bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir la deuda con sus intereses y las costas, si no paga en el acto".

En caso que el tercer poseedor no acate el requerimiento y se niegue tácita y expresamente a cumplir la obligación de abandonar la finca hipotecada ante el Tribunal, deberá procederse al embargo de ella, a fin de materializar el derecho real de persecución y preferencia de pago que, sobre el bien hipotecado, concede el Código Civil al acreedor hipotecario.

En la acción de desposeimiento, el tercer poseedor no tiene vínculo jurídico con el acreedor hipotecario y no es obligado al pago de la deuda. Simplemente, está obligado a respetar el derecho de persecución que corresponde al acreedor hipotecario y que une a éste directamente con el inmueble respectivo. Es el

inmueble el obligado al pago de la obligación personal y no el tercer poseedor. Es por ello que el Tribunal sólo puede ordenar que se trabe embargo sobre los bienes objeto de la acción de desposeimiento. No puede simplemente ordenar un embargo genérico, sino que éste debe decretarse, específica y exclusivamente, sobre los bienes gravados con hipoteca y que caucionan la obligación personal que consta del título en que se funda la ejecución.

El Tribunal debe ordenar el embargo de las fincas hipotecadas, para permitir su posterior realización en el juicio. Sin el "embargo" no cabe hablar de realización de éstas, ya que este acto procesal es previo e indispensable para proceder a la subasta de la o las fincas hipotecadas. Ahora bien, el embargo es una medida precautoria que necesariamente debe haber sido ordenada por el Tribunal. Así, si el mandamiento no contiene la orden específica de embargar las fincas hipotecadas y el Ministro de Fe las embarga de hecho, el embargo será nulo.

La Jurisprudencia es categórica en este sentido, al definir el embargo como *"la aprehensión material o simbólica que por mandato de la justicia se hace de determinados bienes"* o bien, como *"la aprehensión material o simbólica de bienes determinados del deudor que, por mandato del Tribunal, se entregan ..."*

1. C. La Serena, 31 Diciembre 1985, G. 1985 N° 3922, p. 2322. 2. C. Santiago, 9 Julio 1984, G. 1894, t. 2 N° 205, p. 374. 3. C. Suprema, 15 Diciembre 1921, G. 1921, 2° Sem., N° 103, p. 473. R., t. 21, Secc. 1ª, 351. 4. C. Suprema, 3 Agosto 1962, R., t. 59, Secc. 1ª, p. 281. 5. C. Suprema, 4 Junio 1969, R. t. 66, Suc. 1ª p. 65.

c) **DESIGNACION DE DEPOSITARIO:** El N° 3 del artículo 443 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el mandamiento deberá contener:

"La designación de un depositario provisional que deberá recaer en la persona que, bajo su responsabilidad, designe el acreedor o en persona de reconocida solvencia, si el acreedor no lo ha indicado. El acreedor podrá designar como depositario al mismo deudor o pedir que no se designe depositario".

La norma es clara en cuanto a que el Tribunal debe designar como depositario provisional a la persona que proponga el acreedor o, si éste no lo hace, a persona de reconocida honorabilidad y solvencia. Más aún, la norma faculta al acreedor para liberar al Tribunal de la obligación de designar depositario, situación que sólo puede darse en los casos contemplados en el inciso final del artículo 444 y en el inciso final del artículo 451 del Código de Procedimiento Civil, en que la propia ley determina la persona natural o jurídica que se desempeñará como tal.

Más aún, sin depositario no es posible la traba de embargo. Así lo establece el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil al señalar:

Artículo 450: "El embargo se entenderá hecho por la entrega real o simbólica de los bienes al depositario que se designe, aunque éste deje la especie en poder del mismo deudor".

Las únicas excepciones a esta norma son las ya indicadas y que se contemplan en los incisos finales de los Arts. 443 y 451 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente:

Inciso final artículo 444:

"Si la ejecución recae sobre el simple menaje de la casa-habitación del deudor, el embargo se entenderá hecho permaneciendo las especies en poder del mismo deudor, con el carácter de depositario..."

Inciso final artículo 451:

"Si el embargo recae sobre dinero, alhajas, especies preciosas, o efectos públicos, el depósito deberá hacerse en Banco o Caja Nacional de Ahorros a la orden del Juez de la causa y el certificado del depósito se agregará a los autos" (Hoy Banco del Estado. Artículo 507 Código Orgánico de Tribunales).

Dado que el desposeimiento afecta a bienes raíces, no es posible aplicar las normas de los artículos 444 y 451 del Código de Procedimiento Civil antes transcritos, ya que éstos se refieren exclusivamente al simple menaje de la casa-habitación del deudor, o a dinero, alhajas, especies preciosas o efectos públicos.

De consiguiente, el mandamiento de ejecución necesariamente debe contener la designación de depositario.

c) *FORMA SUGERIDA DE MANDAMIENTO:* Según lo antes expuesto, el mandamiento debiera extenderse en los siguientes términos:

"Requírase a don... para que, en su calidad de tercer poseedor de la finca hipotecada objeto de la demanda ejecutiva, proceda a hacer abandono de ésta ante el Tribunal en el acto de la intimación.

En caso de no hacerlo, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 2424, 2428 y 2397 del Código Civil, trábase embargo sobre la finca hipotecada ubicada en ..., inscrita a nombre del tercer poseedor, a fs. ... N° ... del Registro de Propiedad de 19... del Conservador de Bienes Raíces de ... para, con el producido de su realización, hacer pago de la obligación que, en favor del ejecutante, consta del título ejecutivo en que se funda la demanda, por la cantidad de \$..., intereses y costas".

V. DE LAS EXCEPCIONES QUE PUEDE Oponer EL TERCER POSEEDOR.

Se ha señalado que la acción de desposeimiento tiene por finalidad materializar el derecho de persecución que tiene el acreedor hipotecario sobre la finca hipotecada para realizarla y pagarse, de preferencia, con el producido de su realización.

Asimismo, ha quedado claro que la hipoteca es accesoria a la obligación personal o principal que cauciona y que, por ello, es el título de esta obligación el que determina el tipo de procedimiento a que debe sujetarse la acción de desposeimiento.

Resulta obvio que si la obligación principal o personal no es exigible, no es posible demandar el desposeimiento, toda vez que el derecho de persecución de la finca estaría sujeto a plazo, condición o modo. De igual manera, si la obligación es nula, ha prescrito o se ha extinguido por cualquier medio, no es posible hacer efectiva la hipoteca, ya que la realización del bien no cumpliría finalidad alguna, toda vez que la obligación caucionada sería inexistente.

De aquí que el tercer poseedor puede oponer las acciones que emanan del contrato de hipoteca, como ser su nulidad, su ineficacia, su inoponibilidad, etc., como también las excepciones que emanan del título de la obligación caucionada.

Lo antes expuesto está claramente ratificado por la siguiente constancia que existe en las Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de 1893 y que dio origen a la actual normativa del Código de Procedimiento Civil:

"El Sr. Valdés pregunta ¿quién podrá hacer valer las excepciones personales en contra del crédito, en conformidad a los Arts. propuestos, en ausencia del deudor? El Sr. Urrutia contesta que podrá hacerlo el tercer poseedor, sin perjuicio naturalmente del derecho del deudor personal para deducirla por su parte si no hubiera intervenido en las diligencias hechas por el acreedor para obtener el abandono, enajenación o adjudicación de la propiedad. En esta inteligencia fueron aceptados los Arts. propuestos".

Concuerda con esta opinión lo expuesto por don Fernando Alessandri en su obra *"Explicaciones de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal"*, Santiago 1934, Tomo II, Pág. 243, al señalar:

"El tercer poseedor no sólo puede oponer las excepciones que se refieran a la hipoteca misma, sino también las que dicen relación con la obligación principal (como, por ejemplo, la prescripción, la compensación, etc.) ya que de la existencia de la obligación principal depende la hipotecaria. Si la obligación principal no existe, no hay hipoteca".