

01-0245929

Tesis
B151pc
1990
c.1

LA PRELACION DE CREDITOS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE
CHILE.

PROFESOR GUIA: Sr HUGO ROSENDE ALVAREZ.

POSTULANTE : LUIS FELIPE BAHAMONDEZ PRIETO.

25121



FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.

- Santiago de Chile 1990. -

INDICE GENERAL

PRESENTACION.....Pág 5

CAPITULO I.

EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

1.-INTRODUCCION.....Pág 9
 1.1.-PLANTEAMIENTO.....Pág 9
 1.2.-DENOMINACION.....Pág 12
2.-FUNDAMENTO.....Pág 16
3.-GENESIS HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSA-
 BILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.....Pág 20
4.-ANALISIS DEL ARTICULO 2465 DEL CODIGO CIVIL.....Pág 25
5.-CARACTERISTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
 UNIVERSAL.....Pág 29
6.-CLAUSULAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD
 PATRIMONIAL UNIVERSAL.....Pág 31
7.-LIMITACIONES LEGALES AL PRINCIPIO DE LA RESPONSA-
 BILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.....Pág 36

CAPITULO II.

ELEMENTOS PARA UNA TEORIA DE LAS PREFERENCIAS.

1.-CONCEPTO.....	Pág	41
1.1.-PLANTEAMIENTO.....	Pág	41
1.2.-FUNDAMENTO.....	Pág	42
1.3.-PREFERENCIA Y PRIVILEGIO.....	Pág	45
2.-NATURALEZA JURIDICA DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	48
3.-CARACTERISTICAS DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	50
4.-CLASIFICACION DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	56
5.-EXTENSION DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	58
6.-EXTINCION DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	60

CAPITULO III.

LAS PREFERENCIAS EN PARTICULAR.

1.-CONCEPTO DE PRELACION DE CREDITOS.....	Pág	67
1.1.-PLANTEAMIENTO.....	Pág	67
1.2.-EVOLUCION HISTORICA DE LA PRELACION DE CREDITOS EN NUESTRO DERECHO.....	Pág	68
2.-DOCTRINA DE LAS SUPERPREFERENCIAS. CRITICA.....	Pág	70
3.-ESTUDIO DE LAS PREFERENCIAS EN NUESTRA LEGISLA- CION.....	Pág	76

I.-LA PRIMERA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE EN PARTICULAR ...	Pág	77
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE.....	Pág	110

II.-LA SEGUNDA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE SEGUNDA CLASE EN PARTICULAR.....	Pág	115
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE SEGUNDA CLASE.....	Pág	137

III.-LA TERCERA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE TERCERA CLASE EN PARTICULAR.....	Pág	141
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE TERCERA CLASE.....	Pág	153

IV.-LA CUARTA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE CUARTA CLASE EN PARTICULAR.....Pág 157
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE CUARTA
CLASE.....Pág 183

V.-LA QUINTA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE QUINTA CLASE EN PARTICULAR.....Pág 187
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE QUINTA
CLASE.....Pág 188

4.-LAS PREFERENCIAS MARITIMAS.....Pág 189
4.1.-ASPECTOS GENERALES.....Pág 189
4.2.-PRIVILEGIOS MARITIMOS.....Pág 190
4.3.-HIPOTECA NAVAL.....Pág 200
4.4.-PRENDA NAVAL.....Pág 203

BIBLIOGRAFIA.....Pág 206

PRESENTACION.

El patrimonio del deudor, como soporte de su responsabilidad constituye el objeto de agresión legal de los acreedores. El principio general es que todos los acreedores estén en igual condición frente a ese patrimonio, y las consecuencias de dicha igualdad se comienzan a visualizar en caso de insuficiencia de bienes para satisfacerlos a todos, puesto que los acreedores obtendrán solamente un dividendo proporcional a su crédito.

La igualdad de los acreedores sufre una importante excepción establecida por el ordenamiento jurídico, toda vez que la propia ley concede a determinados créditos la facultad de percibir las sumas debidas con anterioridad a los demás acreedores, creando preferencias jurídicas. Pero el legislador va más allá incluso, puesto que entre dichas preferencias también ha establecido un orden regulador que configura la institución de la prelación de créditos.

Cabe plantearse, como reflexión inicial, la relación que existe entre la institución de la prelación de créditos y el principio constitucional de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 No 2 de la Constitución Política del Estado. En efecto, la preferencia otorgada a ciertos créditos cae derechamente en el campo de las discriminaciones jurídicas, en circunstancia que el principio de igualdad establece el sometimiento de todas las

personas a un mismo estatuto jurídico para ejercer sus derechos y cumplir sus deberes. Lo cierto es que el precepto constitucional no prohíbe establecer diferencias, que siempre existirán, sino que apunta a impedir que ellas sean arbitrarias. La diferencia arbitraria es aquella que no se ajusta a la razón, la justicia o el bien común. El fundamento para establecer una preferencia de cobro de un crédito respecto de otro, y derogar de paso el principio de igualdad, radica en consideraciones de índole muy diverso, pero no pueden considerarse, a mi juicio, una diferencia arbitraria en los términos que lo plantea el constituyente.

Al tema de la prelación de créditos, vista como una legítima discriminación entre los acreedores, dedicamos nuestros mejores esfuerzos. Ello no quiere decir que no tengamos una visión crítica a su respecto, que dice relación con lo inorgánico de su tratamiento en múltiples textos legales y al casuismo exagerado que ha caracterizado en nuestro país a la creación de preferencias.

Por último, la posibilidad de una unificación del tema de las preferencias a partir de una visión global de la prelación de créditos que pretendemos dar, trae a colación la siempre vigente relación entre cambio social y Derecho, que no debe plantearse en términos tales que en función de la seguridad jurídica, el Derecho quede convertido en un factor de inercia social, puesto que vemos el Derecho no sólo como instrumento de seguridad sino también como forma de satisfacción de las justas pretensiones. La dinámica

económica actual hace necesario replantearse los problemas vinculados a la prelación de créditos, a la vigencia y necesidad de las preferencias existentes, lo que debe ser abordado con prudencia y equidad, más aún si se tiene presente que la prelación de créditos se vincula al sensible tema del tráfico jurídico de bienes.

CAPITULO 1.

EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

1.-INTRODUCCION.....	Pág	9
1.1.-PLANTEAMIENTO.....	Pág	9
1.2.-DENOMINACION.....	Pág	12
2.-FUNDAMENTO.....	Pág	16
3.-GENESIS HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSA- BILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.....	Pág	20
4.-ANALISIS DEL ARTICULO 2465 DEL CODIGO CIVIL.....	Pág	25
5.-CARACTERISTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.....	Pág	29
6.-CLAUSULAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.....	Pág	31
7.-LIMITACIONES LEGALES AL PRINCIPIO DE LA RESPONSA- BILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.....	Pág	36

1.- INTRODUCCION.

1.1.-Planteamiento.

La expresión responsabilidad se utiliza en el lenguaje jurídico con múltiples acepciones. Para Messineo, la responsabilidad es el efecto de la inobservancia de un deber(1). Otro autor señala que la responsabilidad es la consecuencia de un comportamiento imputable como violación de un deber y se concreta en el hecho que el deudor queda vinculado a resarcir al acreedor las consecuencias dañosas de su propio incumplimiento(2).

La noción de responsabilidad en su concepción actual difiere de la idea romana de responsabilidad(3). En efecto, para aquellos el Derecho no era visto como un sistema de normas de conducta sino como un justo equilibrio, de suerte que la sola existencia de un daño implicaba la ruptura de la relación de igualdad, haciéndose necesario restablecerla. Dicha idea de responsabilidad sufre una compleja evolución, por la cual ella deja de tener como centro el daño producido y la atención se desplaza al sujeto autor del daño, en cuanto le es imputable por dolo o culpa. Es en torno a su comportamiento malicioso que gira todo el régimen de reparación(4).

(1).-Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1954, t. 4, pg. 49.

(2).-Barbero, Sistema de Derecho Privado, Buenos Aires, t. 3, 1967, pg. 81.

(3).-d'Ors, Derecho Privado Romano, Navarra, 1977, pgs. 419 a 423.

(4).-Villey, Los orígenes de la noción de derecho subjetivo,

La responsabilidad, extremando las ideas, será personal si afecta a la persona en su dimensión física, mientras que será patrimonial si afecta sus bienes, aunque sin perder de vista que se llega a dichos bienes a través del sujeto titular de los mismos. La expresión responsabilidad patrimonial indica entonces, que estando el deudor obligado a una prestación, sus bienes están potencialmente sujetos a la satisfacción del derecho del acreedor(5).

El principio según el cual los bienes del deudor responden a sus obligaciones parece muy natural en la actualidad, sin embargo no fue la regla primitiva del Derecho Romano, donde en correlación con la obligación del deudor existía, para el acreedor, un derecho subjetivo cuyo contenido era un señorío sobre la persona misma del deudor(6).

El crédito encierra un deber para el deudor y una responsabilidad para su patrimonio. El incumplimiento de la obligación importa un ataque al orden jurídico, un verdadero acto injusto que acarrea las siguientes consecuencias en el campo jurídico: a).-La posibilidad de establecer la culpabilidad del deudor por su incumplimiento. b).-La

Valparaíso, 1976, pg 23 a 57; Soto Kloss, La responsabilidad pública, en Revista de Derecho Público No 27, Santiago, 1980, pgs. 133 a 171.

(5).-Messineo, ob. cit., pg. 49.

(6).-Georgiani, La Obligación, Barcelona, 1958, pg. 145.

posibilidad de valorar el daño ocasionado. c).-La posibilidad de dirigirse contra los bienes del obligado para alcanzar, a base de ellos o de su valor, la satisfacción del acreedor (7).

Así expuesta, la responsabilidad patrimonial universal viene a ser la consecuencia directa del incumplimiento de la obligación, que conduce a la afirmación de reproche, traducida en un derecho de agresión legal sobre los bienes propios del deudor(8). Con todo, me parece impropio ver en la responsabilidad patrimonial una situación autónoma o independiente de la relación obligacional, sin perjuicio de reconocer en ella un elemento complementario de la misma y que sobrevendría en caso de incumplimiento imputable, verdadera *condictio iuris* de la responsabilidad patrimonial universal(9).

Las normas sustantivas que consagran en Chile este principio son el artículo 2465 del Código Civil que dispone que "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1618", como también en el artículo 2469 del Código Civil,

(7).-Roca Sastre y Puig Brutau, Estudios de Derecho Privado, t. 1, Madrid, 1948, pg. 169.

(8).-Puig Peña, Compendio de Derecho Civil Español, t. 3, Madrid, 1976, pg. 185.

(9).-En sentido contrario, Roca Sastre y Puig Brutau, ob.

que es una prolongación y complemento del anterior, e indica la forma en que se persigue dicha ejecución al disponer que "los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos según la clasificación que sigue"(10). Refiriéndose al primero de estos artículos, Stichkin ha dicho que fija con precisión y exactitud uno de los principios fundamentales del sistema del derecho de las obligaciones tanto en la doctrina como en el derecho positivo(11).

1.2.-Denominación.

El principio de la responsabilidad patrimonial universal ha sido mal llamado entre nosotros como "derecho de prenda general", aunque la mayoría de los autores aclara

cit., pg. 170. Para estos autores la responsabilidad no es un elemento constitutivo de la obligación, sino únicamente una sanción al incumplimiento. En Chile adhiere a esa posición, Navarrete V., La Tercería de Prelación, Santiago, 1990, pg. 13.

(10).-Cada vez que se mencione un artículo, sea solo o seguido de las iniciales C.C., ha de entenderse referido al Código Civil chileno.

(11).-Stichkin, Curso Derecho Civil Profundizado, La Teoría General del Patrimonio, Santiago, 1974, pg. 13.

que dicha denominación es incorrecta(12). Al parecer la expresión derecho de prenda general se debe a la influencia del artículo 2093 del Código de Napoleón, que entiende dados los bienes del deudor en "prenda común"(13). Resulta manifiesta la impropiedad de dicha expresión, ya que en ese pretendido derecho de prenda no concurren las características de los derechos reales de garantía. Por igual razón resulta incorrecto hablar de "hypotheca omnium bonorum" para significar igual fenómeno(14). Como acertadamente señala Coviello, los acreedores no tienen una garantía real y específica, sino una garantía genérica y eventual, ya que tienen derecho a pagarse con los bienes de su deudor, si existen y en cuanto existan(15). La realización de la prenda no sería posible en la práctica si los bienes que constituyen su objeto permanecieran determinados sólo genéricamente por su pertenencia a la universalidad(16). Lo

(12).-Alessandri, La Prelación de Créditos, Santiago, 1940, pg. 7; Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, t. 11, Santiago, pg. 691; Barros Errázuriz, Curso de Derecho Civil, t.2, Santiago, 1932, pg.57; Somarriva, Tratado de las Caucciones, Santiago, 1981, pg.7; Meza Barros, De las Obligaciones, Santiago, 1979, pg.191.

(13).-Fueyo, Curso de Derecho Civil Profundizado y Comparado, t.2, Santiago, 1958, pg.29; Meza Barros, ob.cit., pg.192.

(14).-Brinz, Pandekten, t.3, 1873, pg.4 y 5.

(15).-Coviello, Doctrina General del Derecho Civil, Méjico, 1938, pg.284.

(16).-Rocco, Il Falimento, Turin, 1918, pg.62.

cierto es que la doctrina moderna abandona la idea de la prenda general, calificándola de una simple metáfora, una suerte de lenguaje figurado más expresivo que exacto(17).

Para significar el fenómeno de la responsabilidad patrimonial universal otros han hablado de "garantía común de los acreedores"(18), de "garantía patrimonial genérica"(19) o simplemente de "garantía general"(20). Las tres expresiones contienen la idea que la responsabilidad patrimonial del deudor por incumplimiento imputable de la obligación constituye una garantía para los acreedores. Dicha idea merece un análisis más detenido puesto que responsabilidad patrimonial y garantía no son nociones equivalentes. La garantía, en sentido propio, viene a ser un refuerzo especial del crédito, mal podría entonces hablarse de garantía respecto de algo que es común a todos los acreedores(21). Se puede agragar a esta idea, según Messineo, que la responsabilidad patrimonial se refiere a un elemento objetivo, cual es, la sujeción de los bienes del deudor a la satisfacción del acreedor, en cambio la noción de

(17).-Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, t.3, Madrid, 1922, pg.67; Llambias, Tratado de Derecho Civil, t.2, Buenos Aires, 1967, pg.209; Fueyo, La noción de obligación, en R.D.J., t.68, Dic. 1970, No 1, pg.214; Messineo, ob.cit., pg.58.

(18).-Ricci, Derecho Civil Teórico y Práctico, t.13, Madrid, pg.342.

(19).-Barbero, ob.cit., pg. 159.

(20).-Abeliuk, Las Obligaciones, Santiago, 1971, pg. 365.

(21).-Diez Picazo, Lecciones de Derecho Civil, t.2,

garantía indica un dato subjetivo que determina la medida del poder de agresión de cada acreedor, su situación en comparación con los otros acreedores(22).

Una auténtica seguridad para los acreedores está constituida, a mi juicio, por la capacidad económica del deudor, lo que nos da la medida de "las fuerzas del patrimonio"de que hablan los artículos 1060 inciso 2, 1134 y 1744 inciso 2, y da la medida también de su solvencia, entendida como la aptitud del patrimonio para cumplir sus obligaciones. Por ello los acreedores están facultados para asegurar la capacidad económica del deudor, por ser ellos titulares de una verdadera pretensión a la integridad del patrimonio. Algunos han visto esto como un verdadero derecho a la solvencia del deudor(23).

En resumen, creo que la expresión "responsabilidad patrimonial universal" refleja certeramente el fenómeno de total sanción a la violación de un deber jurídico obligacional, aunque por cierto no ha estado exenta de críticas(24). A pesar de ello, a nivel de doctrina comparada

Valencia, 1965, pg. 318.

(22).-Messineo, ob.cit., pg. 57 a 60.

(23).-Diez Picazo, ob.cit., pg. 318;Barbero, ob.cit., pg. 158.

(24).-Barbero, ob.cit., pg. 159. No se trata, según este autor, de una responsabilidad, ya que el patrimonio no es el sujeto que responde sino el objeto o medio con el cual se responde.

la expresión en comento tiene amplia acogida(25). En nuestro país, los autores postulan desde hace tiempo su definitiva adopción(26).

2.-FUNDAMENTO.

El artículo 2465 es el que fija, en nuestra legislación, el principio de la responsabilidad patrimonial universal. No puede dejar de advertirse que dicho precepto pone de relieve los dos elementos característicos del Derecho Civil moderno, el económico y personalista, ambos derivados de principios filosóficos consagrados en la Revolución Francesa. Estos principios consideran íntimamente ligados a la persona y sus bienes, de manera que no se juzga el valor de los sujetos independientemente de su poder económico(27). Sin embargo, interpretado el 2465 en forma lógica con los artículos 578, 1437, 1438, 1445, 1460 y 2284 se debe concluir que si bien ese precepto destaca el valor patrimonial, comprende también el valor humano del sujeto,

(25).- Castán, Derecho Civil Español Común y Foral, t.3, Madrid, 1954, pg. 177; Rodríguez-Arias, Derecho de Obligaciones, Madrid 1965, pg 257; Díez Picazo, ob.cit., pg 316; Roca Sastre y Puig Brutau, ob.cit., pg 167; Carbonier, Derecho Civil, t.2 vol 1, Barcelona, 1965, pg.6.

(26).- Fueyo, Curso....,ob.cit., pg.29; del mismo autor, Algunas Carecterísticas Modernas de Derecho de Obligaciones, en R.D.J, t.53, Mayo-Junio 1956, pg.62.

(27).- Rodríguez-Arias, Comentando el Artículo 1911 del Código Civil, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1951, pg.29 y siguientes.

dándole clara primacía. Esto es así, toda vez que es la persona misma la que se obliga mediante su fuerza de trabajo y sus bienes a servir el interés del acreedor(28).

Cabe preguntarse cual es la razón que sirve de fundamento al artículo 2465, y al respecto me parece que hay tres ideas que comunmente se asocian a él:

1- La noción de patrimonio: Es sabido que parte de la doctrina pone en tela de juicio la importancia de la teoría del patrimonio, llegando incluso a considerarla una abstracción inútil y equívoca(29). A pesar de ello, otros autores le asignan especial utilidad a la noción de patrimonio, en cuanto constituye la base objetiva de la responsabilidad(30). De esta suerte, se da eficacia al principio de la responsabilidad patrimonial universal, la que carecería de sentido sin el complemento de un patrimonio sobre el cual realizar su contenido útil. No debe perderse de vista que sólo a través de la persona del deudor se hace posible la relación del acreedor con los bienes de aquél, y aún más, dicha relación es mediata, toda vez que se subordina al acto injusto del incumplimiento. En síntesis, el patrimonio es el correlato objetivo de la responsabilidad.

(28).- Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, t.2, Barcelona, 1934, pg.6.

(29).- Ferrara, Trattato de Diritto Civile Italiano, Vol.1, Roma, 1921, pg.271. Igualmente crítico, Coviello, Manual de Derecho Civil, Milán, 1924, pg.255.

(30).- Demogue, Les notios Fondamentales du Droit Privé, Paris, 1911, pg.383 y 384; Planiol y Ripert, Traité Pratique du Droit Civil Francais, t.3, Paris, 1926, pg.19 y 20.

Pero no un patrimonio como entidad abstracta sino como continente de las cosas o bienes objeto de la responsabilidad(31).

2.-La noción de ejecución forzosa: Algunos autores han visto en la responsabilidad patrimonial un fenómeno procesal que vincula al deudor con el Estado, a quien corresponde la ejecución forzosa(32). La verdad es que se basan en una idea incompleta de derecho subjetivo, porque la coercibilidad es un elemento esencial del mismo y mantiene a la responsabilidad patrimonial dentro del campo del derecho sustantivo(33).

La ejecución forzosa consiste, en sentido amplio, en que el objeto debido o su equivalente, es tomado por la fuerza pública y entregado al acreedor(34). Dicho fenómeno persigue la satisfacción del crédito y puede lograrse por dos vías:

A.-Mediante la ejecución forzosa específica; que viene a ser el cumplimiento in natura judicialmente impuesto. Lo que no se logró por la fuerza vinculante de la obligación, se logra por la vía judicial.

B.-Mediante la ejecución forzosa genérica; que representa el derecho de agresión al patrimonio del deudor, cualquiera sea el objeto de la

(31).-Stichkin, ob.cit., pg. 13.

(32).-Binder, Iherings Jahrbucher, 1926, pg. 199.

(33).-Ferrara, ob.cit., pg. 321.

(34).-Barbero, ob.cit., pg. 154.

obligación, y busca obtener un subrogado de la misma que recibe el nombre de indemnización de perjuicios.

La ejecución forzosa específica no es facultativa para el acreedor, al menos en nuestro país respecto de las obligaciones de dar, donde tiene un carácter necesario(35). Pienso que, si bien la ejecución forzosa específica es un resultado de la responsabilidad patrimonial universal, no es exactamente el fenómeno que se quiere significar con dicha responsabilidad, puesto que la riqueza conceptual del artículo 2465 no está en expresar que la cosa específicamente debida debe ponerse a disposición del acreedor, sino en que justamente las cosas no debidas quedan expuestas a la agresión del acreedor. Esto último se logra plenamente mediante la ejecución forzosa genérica.

Por ello, si bien los fenómenos de la responsabilidad patrimonial universal y la ejecución forzosa operan en zonas interferentes, ambas no coinciden en su totalidad. Mientras la ejecución forzosa es la vía que el ordenamiento jurídico otorga al acreedor para la realización compulsiva de su interés, la responsabilidad patrimonial universal es la consecuencia que el ordenamiento jurídico pone a cargo del deudor derivado de la violación de un deber. Se puede decir que la responsabilidad patrimonial universal es una noción más amplia, ya que la ejecución forzosa tiende a imponer el contenido de la obligación en forma específica o genérica,

(35).-Alessandri, Teoría de las Obligaciones, Santiago, 1934, pg. 61; Meza Barros, ob.cit., pg. 255; Abeliuk, ob.cit.,pg.525.

en cambio la responsabilidad patrimonial puede además tener una proyección que no consista en el mantenimiento de la obligación sino en su resolución, lo que destruye el vínculo obligatorio(36).

3.-La noción de relación obligatoria: Si entendemos dicha relación como una unidad, donde deber de prestación y sometimiento del patrimonio del deudor al derecho del acreedor están integrados, el fenómeno de la responsabilidad patrimonial se nos muestra como una parte de la misma. En efecto, la responsabilidad patrimonial viene a ser el contenido secundario de la relación obligatoria, toda vez que el contenido primario lo constituye la prestación debida. Con todo, dicho contenido no debe ser visto como un elemento extrínseco a la relación obligatoria, sino como parte integrante de la misma(37). La doctrina sintetiza estas ideas al señalar que la responsabilidad patrimonial adquiere relevancia práctica desde el incumplimiento, pero el poder del acreedor existe desde que nace el crédito(38).

3.-GENESIS HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

La responsabilidad patrimonial, según Castán, es el resultado de una larga evolución en la que se ha sustituido la ejecución en la persona por la ejecución en los

(36).-Hernández-Gil, Derecho de Obligaciones, t.1, Madrid, 1960, pg. 67 y siguientes.

(37).-Ver nota 9 del presente capítulo.

(38).-Messineo, ob.cit., pg. 50.

bienes(39).Una ayuda importante para visualizar la génesis de este principio lo constituye la distinción actual entre deuda y responsabilidad, vistos como los dos elementos de la obligación moderna.

La distinción entre deuda y responsabilidad no aparece nítida en la antigüedad, y por otra parte la responsabilidad no siempre tuvo un contenido netamente patrimonial. La concepción primitiva de obligación, señalan Jors y Kunkel, ve predominantemente el momento de la responsabilidad. Sólo en la concepción romana más avanzada en el tiempo, que ve el ordenamiento jurídico como un sistema de derechos y deberes, se fija con preferencia en el débito o deber del deudor(40). De esta suerte, en el Derecho Romano primitivo, la noción de débito no era propiamente jurídica, pero sí lo era la noción de responsabilidad. Pero dicha responsabilidad era vista como la ligadura con que una persona se sujeta,corporalmente en los primeros tiempos y patrimonialmente después, al poder del acreedor(41).

Lo interesante es que la primera etapa de la responsabilidad es exclusivamente personal, en el sentido que afecta a la persona del deudor y no a sus bienes. De esta forma, el acreedor tenía contra el deudor incumplidor derechos extensos, que podían dar lugar a la esclavitud, (39).-Castán, ob.cit., 179.

(40).-Jors y Kunkel, Derecho Privado Romano, Madrid, pg. 87.

(41).-Arias Ramos, Derecho Romano, t.2, Madrid, 1966, pg. 550.En un sentido opuesto,Puig Peña, ob.cit., pg.27,para quien la relación de deuda es la originaria,a la cual se incorpora la de responsabilidad,hasta aparecer fundidas en la última etapa del Derecho Romano

servidumbre, venta, e incluso se sostiene que podía ser muerto y despedazado por sus acreedores, de acuerdo al llamado partes secanto de la Ley de las XII Tablas. Este rigor primitivo se va atenuando con el tiempo, de manera que el derecho sobre el cuerpo del deudor se va transformando en un derecho sobre sus bienes. Un hito decisivo en dicha evolución lo constituyó la Lex Poetelia Papiria, en virtud de la cual son los bienes del deudor y no su cuerpo los que responden del incumplimiento. Aparece entonces la idea de responsabilidad claramente separada de la noción de deuda. Es la voluntad misma la que se fortalece, toda vez que es ella el motor de la obligación. En caso de no concurrir dicha voluntad se entra a la fase de responsabilidad que recaerá en los bienes del deudor y no en su persona física(42).

A pesar de lo dicho, la responsabilidad física del deudor subsiste en un segundo plano, coexistiendo con la responsabilidad patrimonial. Es una etapa mixta de la responsabilidad, distinta de aquella exclusivamente personal del primitivo Derecho Romano que de alguna manera subsiste mediante la llamada prisión por deudas contra los deudores insolventes. Es curioso que el primitivo aprisionamiento privado del deudor sea sustituido por su prisión en una cárcel pública.

(42).-Fueyo, La noción..., ob.cit., pg. 202 y 203; Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Buenos Aires, 1935, pg. 36 y siguientes; Rosende Subiabre, Modificaciones Legales introducidas en materia de Prelación de Créditos, en Modificaciones Legales del Sexenio 1973-1979, t.1, Santiago, pgs. 9 a 12.

En la segunda mitad del pasado siglo se asiste a la supresión definitiva de todo vestigio de responsabilidad en la persona, representada por la prisión por deudas. Con todo, no falta a nivel comparado quienes reclaman su restablecimiento argumentando que sus inconvenientes derivaron más bien de sus abusos que de la institución en sí misma(43). En nuestro país, la prisión por deudas, que Aguirre Vargas califica como esclavitud de hecho(44), fue establecida por la Ley de 8 de febrero de 1837 y fue abolida por la Ley de 23 de junio de 1868, dejándola subsistente para casos muy precisos(45). Más de algún respetado autor nacional se muestra claramente partidario de restablecerla, argumentando que ella sería útil para el desarrollo de los negocios(46). Me parece importante destacar el hecho que el apremio personal subsiste entre nosotros en cuestiones netamente civiles a través de los artículos 1553 del C.C., 543 del Código de Procedimiento Civil o artículo 15 de la Ley 14908. Ciertamente son excepciones más aparentes que reales, y nos permiten concluir que en la actualidad la

(43).-Del Vecchio, Del resarcimiento del daño en relación con la pena, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1951; Salvatore Romano, Sulle arresto personale per debiti, Riv. di Diritto Processuale Civile, Padova, 1911; Rodríguez-Arias, Derecho de Obligaciones, Madrid, 1965, pg. 259 y siguientes.

(44).-Aguirre Vargas, Obras Jurídicas, Santiago, 1891, pg. 340.

(45).-Alessandri, Teoría...., ob.cit., pg. 54.

(46).-Alessandri, Teoría...., ob.cit., pg. 54.

evolución de la responsabilidad puede estimarse concluida, toda vez que ella es un fenómeno netamente patrimonial. En la actualidad el debate doctrinario en torno a la obligación apunta en una dirección distinta, toda vez que se trata de determinar si el factor relevante de la obligación radica en el deber del deudor de llevar a cabo la prestación (DEUDA) o si lo esencial radica en el sometimiento del patrimonio del deudor al derecho del acreedor (RESPONSABILIDAD). A partir de Brinz y Von Amira la distinción entre deuda y responsabilidad se ha generalizado(47). Durante años el acento se puso en la etapa de la responsabilidad del deudor, que constituiría la esencia de la obligación. En la actualidad se tiende a fórmulas unitarias, donde la obligación tendría un contenido primario que es la prestación debida, y en caso de incumplimiento el acreedor tiene la vía de la responsabilidad patrimonial universal, ante la imposibilidad de ejercer coacción física sobre la persona del deudor(48).

(47).-Brinz, Der Begriff Obligatio; Von Amira, Nordgermanische Obligationenrecht, citados por Espín Cánovas, Manual de Derecho Civil Español, t.3, Madrid, 1978, pg. 17. En nuestro país, una explicación de la teoría del débito y la responsabilidad, en Fueyo, La noción....., ob.cit.,pg. 211 a 215.

(48).-Espín Cánovas, ob.cit., pg. 21 y 22; Castán, ob.cit.,pg.35.

4.-ANALISIS DEL ARTICULO 2465 DEL CODIGO CIVIL.

Como ya se ha señalado, el principio de la responsabilidad patrimonial universal está consagrado en el artículo 2465 en armonía con el 2469. Su eficacia resulta fortalecida con la facultad de revocar los actos fraudulentos del deudor que perjudiquen a sus acreedores (artículo 2468) y el derecho a incrementar el patrimonio del deudor negligente en el cobro de sus créditos (artículo 2466), sin perjuicio de la acción de simulación (artículo 1707) y el beneficio de la caducidad del plazo (artículo 1496), (49).

La norma contenida en el artículo 2465 es de una profunda riqueza conceptual, de ahí que el análisis de su texto resulte de gran interés:

1.-"Toda obligación personal....": así parte el artículo en cuestión, destacando que su alcance es general a cualquiera fuente de las obligaciones ("Toda...."). Luego, la norma es en apariencia redundante al hablar de "obligación personal". Algunos han visto en la palabra "personal" un pleonasma innecesario y proponen su sustitución por el adverbio limitativo "sólo" (50). Más razonable parece pensar que en la mente del legislador estuvo excluir de la responsabilidad patrimonial universal aquellas hipótesis en que una persona se vea compelida a

(49).-Rosende Subiabre, ob.cit., pg. 13.

(50).-Aguirre Vargas, ob.cit., pg. 341 y 359.

cumplir una obligación únicamente con determinados bienes. Son los casos que alguna doctrina llama "obligaciones reales", para oponerlas a las obligaciones personales que se caracterizan porque el sujeto obligado compromete todo su patrimonio en caso de incumplimiento (51). Los casos de obligaciones reales, es decir, de aquellas en que se posee una cosa afecta al cumplimiento de una obligación, se darían en la situación del tercero poseedor de la cosa prendada o hipotecada (artículos 2393 y 2429) o en el caso del que hipoteca o da en prenda un bien suyo en garantía de una obligación ajena sin obligarse respecto del resto de su patrimonio (artículos 2430 y 2388). Con todo, no está demás recordar que el deudor que constituye una prenda o hipoteca en favor de su acreedor , no excluye su responsabilidad patrimonial universal (artículos 2397, 2425 y 2490).

2.-"...da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución.....": es el acreedor el que tiene un derecho legal de agresión sobre el patrimonio del deudor. Los acreedores concurren, en principio, en igualdad de condiciones. Tal como ya se vió, la responsabilidad patrimonial universal no es sinónimo de ejecución forzosa, sino que es una noción más amplia que refleja la total sanción que el ordenamiento jurídico impone al deudor y que dota de efectividad al derecho del acreedor.

(51).-Fueyo, Curso...., ob.cit., pg. 33; Alessandri, Teoría..., ob.cit., pg. 53; Claro Solar, ob.cit., t.10, No 614; Meza Barros, ob.cit., pg. 195.

3.-"...sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor...": esta parte del artículo destaca que la responsabilidad patrimonial recae, en principio, sobre todos los bienes, y por lo mismo se dice que es universal. El deudor mantiene intacta su facultad de disposición puesto que no inmoviliza el contenido de su patrimonio por el hecho de contraer una obligación. De ahí el interés de los acreedores por reforzar su crédito mediante garantías reales o personales anexas. Los bienes, eso sí, deben integrar su patrimonio y no pertenecer a patrimonios ajenos, como se desprende de los artículos 1341 y 2466.

4.-"...sean presentes o futuros...": me parece que esta es una parte especialmente importante del precepto y me gustaría destacar dos ideas. En primer término, el sometimiento de los bienes futuros a la responsabilidad patrimonial no debe vincularse exclusivamente al fenómeno de la subrogación real, puesto que existen bienes que ingresan al patrimonio con posición propia y no de reemplazo, como los adquiridos por sucesión o donación, que no subrogan a ningún otro pero quedan igualmente sujetos a la responsabilidad patrimonial universal.

En segundo lugar, creo que debe rechazarse la idea que el código, al hablar de bienes futuros, establece implícitamente la persistencia del poder de agresión contra bienes ulteriores del deudor mientras subsista la deuda (52).

(52).-Navarrete V.,ob.cit., pg.15,insinua dicha posibilidad.

A mi juicio, la posibilidad de seguir indefinidamente en el tiempo pretendiendo cobrar una deuda cuando falten bienes actuales atenta contra el valor de la certeza jurídica. Me parece que si bien por una parte, a los acreedores aprovecha el incremento del patrimonio del deudor, es decir, aquellos bienes adquiridos con posterioridad al nacimiento de la obligación, por otra parte lo justo es que esos acreedores sólo puedan reclamar el pago de sus créditos sobre el patrimonio del deudor tal como se encuentre constituido al tiempo de la ejecución, y a lo más, permitir la subsistencia de dicha pretensión de cobro por un plazo prudente. Las recientes modificaciones a la legislación procesal apuntan en este sentido, al permitir que el deudor solicite el abandono del procedimiento ejecutivo concurriendo ciertos supuestos procesales (53). Un procesalista nacional, comentando la norma citada, ha denominado a este fenómeno el blanqueo de bienes del ejecutado (54).

5.-"....exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618": en esta parte la norma recoge principios humanitarios que se orientan a no privar de lo indispensable para la subsistencia del deudor. Veremos con mayor detalle el punto al tratar las limitaciones legales al principio de la responsabilidad

(53).-Así aparece del actual artículo 153 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil según modificación introducida por las Leyes 18.705 de 24 de Mayo de 1988 y 18.882 de 20 de Diciembre de 1989.

54).- Pomés Andrade, Blanqueo de bienes y nulidad de notificaciones, El Mercurio de Santiago, 16 de Julio de 1988.

patrimonial universal, pero consignemos desde ya que algunos han visto en estos bienes excluidos una suerte de beneficio de competencia en favor del deudor (55).

5.-CARACTERISTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

1.-ES UNA EMANACION DEL DERECHO DE CREDITO. Por ello la vinculación del acreedor con el contenido del patrimonio del deudor no constituye un derecho real en su favor, y por ello no es un derecho absoluto sino relativo frente al deudor (56). Una posición distinta en esta materia ha sostenido la doctrina italiana, que ha visto una especie de doble dominio sobre el patrimonio del deudor, el del propio titular y un dominio limitado de sus acreedores (57). Para otro autor, el derecho del acreedor no nace ab initio como derecho real, pero se transforma en tal al vincular a los bienes del deudor en la etapa de ejecución forzosa (58). Roca Sastre clarifica el punto al señalar que en la responsabilidad patrimonial universal el derecho del acreedor se dirige de manera indiferenciada sobre todos los bienes del deudor y sólo en la fase ejecutiva se singulariza en un bien

(55).-Prieto Castro, Derecho Procesal Civil, t.2, Madrid, 1965, pg. 293.

(56).-De Heredia, El Cumplimiento de las Obligaciones, Madrid, 1956, pg. 37; Enneccerus, Kipp y Wolff, ob.cit., pg.2.

(57).-Pacchioni, Trattato delle obbligazioni, Turin, 1927, pg. 126.

(58).-Cicu, Obbligazione nel patrimonio del debitore, Milano, 1948, pgs. 233 y siguientes.

determinado , en cambio los derechos reales recaen desde un inicio sobre bienes determinados, de suerte que no es el solo hecho de ser parte componente del patrimonio del deudor lo que determina su condición de garantía del derecho del acreedor (59).

2.-ES UNA RESPONSABILIDAD DE CARACTER PATRIMONIAL. El hecho de que el deudor responda por cualquiera deuda frente a sus acreedores con todo su patrimonio y no con su persona física, descansa en una larga evolución del derecho de obligaciones (60).

3.-ES UNA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL. Esto es, comprende todos los bienes del deudor. Ya nos referimos al sentido en que debe tomarse la expresión " futuros " utilizada en el artículo 2465, o sea, como comprensiva de todos los bienes que formen parte de su patrimonio al momento de hacerse efectiva la responsabilidad patrimonial (61). Como resulta evidente, la responsabilidad patrimonial no se extiende a los bienes que hayan salido legítimamente del patrimonio del deudor o aquellos que carezcan de valor económico, o que incluso teniéndolo su ejercicio se vincule exclusivamente a la persona del deudor. Por último, tampoco debemos entender incluidos aquellos bienes que el legislador ha declarado inembargables.

(59).-Roca Sastre y Puig Brutau, ob.cit., pg. 171.

(60).-Larenz, Derecho de obligaciones, t.1, Madrid, 1958, pg. 33.

(61).-Rubino, La responsabilitá patrimoniale, Torino, 1956, pg.11; Stichkin, Los Bienes Extrapatrimoniales, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 1961, No 115, pg.5.

4.-ES UNA RESPONSABILIDAD IGUALITARIA PARA LOS ACREEDORES. En principio todos los acreedores están en igualdad de condiciones, sin importar la época o monto de sus acreencias. Este fenómeno se llama regla de la par condicio creditorum, cuyo ámbito excede por cierto el campo civil, extendiéndose especialmente a la legislación mercantil, como lo demuestran especialmente los artículos 66 y 67 de la ley de quiebras. Como consecuencia lógica de esta igualdad, los acreedores están expuestos a sufrir proporcionalmente la eventual insuficiencia de los bienes del deudor, aplicándose la llamada ley del dividendo (62). A pesar de lo dicho, hay casos en que el ordenamiento jurídico reconoce a ciertos créditos la posibilidad de pagarse con anterioridad a los demás, en cuyo caso estamos ante los llamados créditos preferentes (63).

6.-CLAUSULAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD UNIVERSAL.

Sin duda un asunto importante de analizar es la posibilidad de alterar convencionalmente la responsabilidad patrimonial universal que debe asumir el deudor frente a su acreedor en caso de incumplimiento imputable de la obligación.

En relación con el fenómeno del incumplimiento imputable de la obligación, resulta esencial establecer si

(62).-Diez Picazo, ob.cit., pg. 320; Meza Barros, ob.cit., pg.220.

(63).-Abeliuk, ob.cit., pg. 367; Rosende Subiabre, ob.cit., pg. 16.

el deudor es o no responsable, para lo cual hay que precisar tres asuntos:

a.- Cuando responde el deudor; lo que lleva a analizar los presupuestos de culpabilidad y antijuridicidad de dicho incumplimiento.

b.- De qué responde el deudor; lo que equivale a establecer el quantum exigible.

c.- Con qué responde el deudor; o sea, cual es el espectro de bienes contra los cuales se puede dirigir el acreedor (64).

Las cláusulas modificatorias de responsabilidad pueden presentarse en los tres aspectos recién señalados, alterando las consecuencias normales que el ordenamiento jurídico prevé para cada una de ellas (65). Resulta evidente que su análisis global excede este trabajo, por ello lo limitaremos sólo al tercer aspecto, el "con qué" responde el deudor, que es lo propiamente vinculado a la responsabilidad patrimonial universal. Esta limitación que nos hemos impuesto es indispensable que el lector la tenga en cuenta, puesto que notará que no están tratadas algunas hipótesis de agravación, limitación o exoneración de responsabilidad, pero ello se debe a que no dicen relación con el "con qué" responde el deudor, que es lo que será analizado, sino que se vinculan a presupuestos de culpabilidad y antijuridicidad

(64).-Roca Sastre y Puig Brutau, ob.cit., pg. 171.

(65).-García Amigo, Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, Madrid, 1965, pg. 125 y siguientes.

del incumplimiento o el quantum exigible. Así por ejemplo, no se verá la posibilidad de aumentar o disminuir convencionalmente los perjuicios por los cuales responde el deudor, toda vez que dichas cláusulas se vinculan al quantum exigible; así tampoco veremos la posibilidad de alterar convencionalmente el grado de culpa de que responde el deudor, entre otras, porque dichas cláusulas miran a los presupuestos de culpabilidad y antijuridicidad y no a lo que propiamente nos interesa abordar. Con todo, hay una razón de fondo para no tratar en este trabajo cláusulas modificatorias de responsabilidad como las antes descritas, y es que a mi juicio el aumentar los supuestos de responsabilidad del deudor o aumentar la cuantía de la responsabilidad, no constituyen hipótesis de agravación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, y ello porque a lo más dichas figuras refuerzan de manera efectiva la posibilidad de pagarse por parte del acreedor, sin constituir una auténtica agravación de su responsabilidad patrimonial universal, que es igualmente comprensiva de todos sus bienes.

Aclarado lo anterior, podemos decir que las cláusulas modificatorias de la responsabilidad patrimonial universal vienen a ser aquellas convenciones en virtud de las cuales acreedor y deudor estipulan alterar preventivamente y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, la responsabilidad patrimonial universal que naturalmente el ordenamiento jurídico atribuye al deudor frente al

incumplimiento imputable de sus obligaciones.

Estas cláusulas son normalmente aceptadas por la doctrina con mayor o menor reparo (66), y en términos amplios ellas pueden referirse a su agravación, limitación o eventual exoneración.

A.-CLAUSULAS DE AGRAVACION DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. Siguiendo al español Castán Tobeñas, no nos parece que en principio sea posible agravar la responsabilidad patrimonial del deudor, en el sentido de incrementar los bienes objeto de ella, puesto que la ley misma le ha dado el carácter de universal (67).

Ciertamente constituiría una agravación el hecho de que el deudor obligara su persona física frente al acreedor, pero la ilicitud de dicho pacto sería manifiesta. En efecto, la protección de la persona humana está por sobre la disposición que haga su titular, de suerte que todo acto que imponga una obligación en desmedro de la personalidad resulta atentatorio contra el orden público, y su nulidad o eventual inexistencia deriva de la falta de objeto más que de la ilicitud del mismo (68).

B.-CLAUSULAS DE LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. Nada parece oponerse a que convencionalmente se

(66).-Nicolo se muestra contrario a cualquiera de estas cláusulas y las estima nulas salvo autorización de la ley. Nicolo, De la responsabilidad patrimoniale, Bologna, 1945, t.6.,pg. 16.

(67).-Castán,ob.cit., pg. 185.

(68).-León Hurtado, El objeto en los actos jurídicos, Santiago, 1983, pg. 37 y siguientes.

excluyan ciertos bienes del deudor al derecho de agresión legal del acreedor (69). Con todo, los bienes objeto de la responsabilidad deben estar en una razonable equivalencia respecto del probable daño que cause el incumplimiento del deudor, de lo contrario dicho pacto carece de seriedad. Se podría sostener incluso la posibilidad de establecer convencionalmente un orden de preferencia particular, para que el acreedor proceda primero contra ciertos bienes y luego contra los demás.

C.-CLAUSULAS DE EXONERACION DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. A mi juicio la responsabilidad patrimonial universal forma parte integrante de la relación obligacional, por ello, mal podríamos aceptar una cláusula que escindiera dicha unidad, permitiendo una especie de insolvencia a priori del deudor. En este sentido, la responsabilidad patrimonial universal del deudor adquiere rasgos de orden público, toda vez que parece ser de la esencia de una relación obligatoria que el acreedor tenga la posibilidad de satisfacer su interés ante el incumplimiento imputable de la obligación (70).

En caso de estipularse una cláusula de este tipo, no estaríamos, en mi concepto, frente a una obligación natural, puesto que lo que caracteriza a aquéllas es la

(69).-Castán, ob.cit., pg. 184; García Amigo, ob.cit., pg., 176; Navarrete V., ob.cit., pg. 16; Larenz, ob.cit., pg. 33; Von Thur, Tratado de las obligaciones, t.1, Madrid, pg.11.

(70).-En sentido opuesto, aceptando la exoneración convencional, Enneccerus, Kipp y Wolff, ob.cit., pg. 9.

imposibilidad de exigir su cumplimiento, en cambio acá subsiste la posibilidad de exigir el cumplimiento in natura de la obligación, pero se excluye la posibilidad de llevar adelante la responsabilidad patrimonial universal si mediara incumplimiento imputable de la obligación. Creo que la cuestión se vincula más bien a la vulneración de elementos esenciales del acto jurídico, o incluso a la seriedad que debe revestir la voluntad para ser tenida como voluntad jurídica.

7.-LIMITACIONES LEGALES AL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

Como certeramente lo ha observado la doctrina, el principio de la responsabilidad patrimonial universal ha experimentado una especie de morigeración, en el sentido de limitar el derecho de agresión legal de los acreedores, ya sea sustrayendo de la zona ejecutiva ciertos bienes, o bien apuntando necesariamente dicha agresión sobre determinados bienes con exclusión del resto del patrimonio (71). La jurisprudencia nacional ha reconocido estas zonas de exclusión desde hace tiempo, fundada en principios de solidaridad social (72).

Las limitaciones legales al principio de la responsabilidad patrimonial universal se dan esencialmente

(71).-Fueyo, Algunas consideraciones..., ob.cit., pg. 62; Puig Peña, ob.cit.,pg.19.

(72).-C.Suprema, 13 de Junio 1967. R., t.64, sec. 1a, pg. 194.

por dos vías.

1.-Bienes del deudor totalmente sustraídos a la acción de los acreedores. Esto se expresa en la llamada inembargabilidad de ciertos bienes del deudor, que aparece recogida en el artículo 1618 del Código Civil y se amplía en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo son numerosas las leyes especiales que conceden el beneficio de la inembargabilidad, como los Códigos del Trabajo o Minería, entre otros. La jurisprudencia ha dado una aplicación cabal a todas las leyes que conceden el beneficio de la inembargabilidad (73).

El análisis detallado de dichas inembargabilidades corresponde a un estudio de tipo procesal, sin perjuicio de lo cual hay dos asuntos que me parece interesante abordar:

a.-El primero de ellos dice relación con la aplicación de las inembargabilidades en el proceso de quiebras. Creo que no admite dudas su aplicación, toda vez que el artículo 64 inciso 1 de la Ley 18.175 excluye expresamente a los bienes inembargables de aquellos comprendidos en el desasimio del fallido. Se disipa así cualquier duda que pudo existir en la jurisprudencia de hace algunos años (74).

b.-El segundo asunto atañe a la posibilidad de renunciar al beneficio de la inembargabilidad por parte del deudor. Se ha visto mayoritariamente en las normas sobre

(73).-C.Valparaíso, 12 de Enero 1904. R., t.1, 2a parte, p.324; C.Suprema, 18 de Abril 1959. R., t.56, sec.3, p.7.

(74).-C.Suprema, 9 de Julio 1926. R., t.24, sec.1, p.215.

inembargabilidades un asunto de orden privado al que el deudor podría renunciar en virtud del artículo 12 del Código Civil. Refuerza esa interpretación el hecho que el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil prohibió en un solo caso la renuncia a la inembargabilidad, sancionando con nulidad dicho pacto. De esta forma, no serían renunciables las inembargabilidades establecidas en los numerales 8 y 13 del mencionado artículo 445, ya que su renuncia no mira al sólo interés individual del renunciante, sino también al de su familia (75).

2.-Bienes destinados exclusivamente a la satisfacción de determinados créditos. Esta limitación se vincula a la construcción jurídica de los llamados patrimonios separados o fraccionados (76). En efecto, la existencia de una masa de bienes y deudas que encuentra coherencia en una destinación común constituye una limitación a la responsabilidad patrimonial universal del deudor, puesto que quedan marginados del patrimonio personal del deudor estos núcleos independientes que poseen capacidad para generar relaciones jurídicas propias y son responsables ante sus acreedores exclusivamente con los bienes que los componen. Algunas hipótesis de patrimonios fraccionados se darían en los casos de herencias aceptadas con beneficio de

(75).-Casarino, Manual de Derecho Procesal, t.5, Santiago, 1983, pg. 134; Espinosa, Manual de Procedimiento Civil, Santiago, 1977, pg. 153. En sentido opuesto, Juan Agustín Figueroa Y., Apuntes de sus clases, Derecho Procesal II, Santiago, 1985.

(76).-Stichkin, Curso...., ob.cit., pg. 44; Bustamante S., El patrimonio, Santiago, 1979, pg. 87.

inventario (artículo 1247) o el patrimonio reservado de la mujer casada (artículo 150). Me parece que los casos del tercero pignorante o hipotecante por deuda ajena (artículos 2388 y 2430), no caen propiamente dentro de una limitación a la responsabilidad patrimonial universal, puesto que en dichas hipótesis ella nunca se llegó a comprometer y desde su nacimiento se afectó exclusivamente al bien hipotecado o pignorado (77).

(77).-En sentido opuesto, Navarrete V., ob.cit., pg. 16.

CAPITULO II.

ELEMENTOS PARA UNA TEORIA DE LAS PREFERENCIAS.

1.-CONCEPTO.....	Pág	41
1.1.-PLANTEAMIENTO.....	Pág	41
1.2.-FUNDAMENTO.....	Pág	42
1.3.-PREFERENCIA Y PRIVILEGIO.....	Pág	45
2.-NATURALEZA JURIDICA DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	48
3.-CARACTERISTICAS DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	50
4.-CLASIFICACION DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	56
5.-EXTENSION DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	58
6.-EXTINCCION DE LAS PREFERENCIAS.....	Pág	60

1.-CONCEPTO.

1.1.-PLANTEAMIENTO.

El tema de las preferencias en el Derecho resulta particularmente complejo de abordar, de ahí que el presente capítulo pretenda proporcionar sólo algunos elementos que sirvan para elaborar una Teoría de las preferencias.

La multiplicidad de intereses tutelados, como la diversidad de fundamentos de las preferencias dificultan precisar los fundamentos básicos que inspiran esta materia. Como en muchas cuestiones, la oscuridad de la ley se debe más a una técnica defectuosa que al problema jurídico en sí (1).

Las preferencias se vinculan a la situación de los acreedores frente al patrimonio del deudor. En principio los acreedores están en situación de igualdad siempre que, conforme al artículo 2469, " no haya causas especiales para preferir ciertos créditos ". De esto resulta que hay acreedores que excepcionalmente no están obligados a someterse a la regla de la igualdad, y son justamente aquellos que gozan de una preferencia.

La preferencia viene a derogar, en alguna medida, el principio de la par condicio creditorum, puesto que frente a una colisión de intereses de múltiples acreedores se atribuye a uno de ellos prioridad sobre los demás. La doctrina define la preferencia como el derecho que tienen

(1).-Cordeiro, Tratado de los Privilegios, Buenos Aires, 1941, pg. 11.

ciertos créditos de ser pagados antes que otros con el producto de la venta de alguno o de todos los bienes (2). En la actualidad, normalmente dicha prioridad se concede en función de la naturaleza del crédito, sin atender a la persona que lo posee, puesto que se ha hecho odiosa la distinción romana entre privilegia causae y personae (3). La supresión de los privilegia personae se acentuó con la Revolución Francesa, así, Treilhard al exponer los motivos de la regulación de las preferencias del Código de Napoleón se preocupó de recalcar que ellas derivaban de la cualidad y naturaleza del crédito, no significando en modo alguno un favor personal (4).

1.3.-FUNDAMENTO.

Es importante esclarecer la razón que tiene en mente el legislador al establecer la prioridad de pago de ciertos créditos sobre otros, derogando de paso el principio de la igualdad de los acreedores. No en vano

(2).-De Buen, Notas a la traducción española de Colin y Capitant, Curso de Derecho Civil, t.5, Madrid, 1925, pg. 220.

(3).-Díez Picazo, Lecciones de Derecho Civil, t.2, Valencia, 1965, pg.320.

(4).-Treilhard, Recueil complet des discours prononcés lors de la presentation de Code Civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et de Tribunal el discussion particuliere de ces deux Corps avant la rédaction définitive de chaque project de loi, t.1, Paris, 1876;Citado por Gullón Ballesteros, La Prelación de Créditos en el Código Civil, Barcelona, 1962, pg. 17.

autores como Ripert han hablado de la necesidad de buscar las "causas de la ley" (5). Establecer el origen y proceso de creación de las normas puede no influir en su consideración normativa exterior, pero resulta relevante para su aplicación e interpretación.

Convengamos en que no existe un único y decisivo fundamento para todas las preferencias, puesto que como tantas instituciones jurídicas, ellas resultan de conflictos concretos de intereses y búsqueda constante de las soluciones más justas. Los autores, al tratar cada preferencia en particular señalan el fundamento específico de la misma. Sin pretender agotar la fundamentación de las preferencias, creo que hay tres ideas que están en la base de ellas:

a.-Razones de política social, lo que se manifiesta en la necesidad de proteger a ciertos acreedores como los trabajadores en sus remuneraciones y cotizaciones previsionales.

b.-Razones de política económica, que se manifiestan en la protección de ciertos créditos, como los hipotecarios o prendarios o los créditos del Fisco derivados del cobro de impuestos. Por su lado, la preferencia de cuarta clase otorgada a las personas que enumera el artículo 2481, no puede ahora dejar de verse como un refuerzo al derecho de propiedad de tales personas, desaparecida la idea

(5).-Ripert, Les forces créatrices du droit, Paris, 1955, pg. 307 y siguientes.

de incapacidad, a lo menos respecto de la mujer casada.

c.-Razones humanitarias y de justicia conmutativa, manifestado en la preferencia otorgada a créditos derivados de gastos de enfermedad o funerarios del deudor, o simplemente aquellos casos en que la ley establece una preferencia para ciertos acreedores que por las circunstancias de la contratación no han podido exigir una garantía real o personal expresa (6).

Siempre en relación con el fundamento de las preferencias, me parece errado pensar que las preferencias miran exclusivamente al interés de los acreedores, puesto que muchas veces benefician al propio deudor, a quien el acreedor que se sabe preferente dará crédito sin solicitar garantías anexas, que el deudor puede estar imposibilitado de prestar. Es indispensable destacar un hecho, la creación de preferencias es una cuestión excepcional, toda vez que la igualdad de los acreedores se puede romper sólo frente a situaciones de gran relevancia, puesto que todos los acreedores, en mayor o menor medida, han contribuido a formar el patrimonio del deudor, de manera que para preferir a alguno de ellos deben haber razones de gran peso.

Por último, hay que tener claro que la aplicación de las preferencias no se restringe a las quiebras, sino que también puede darse por la vía de la tercería de prelación,

(6).-Cordeiro, ob.cit., pg. 34 y siguientes; Molinario, Los Privilegios en el Derecho Civil Argentino, Buenos Aires, 1941, pg. 43 y siguientes.

como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina (7).

1.3.-PREFERENCIA Y PRIVILEGIO.

La noción de preferencia aparece en nuestra legislación en el artículo 2470 inciso 1 al señalar que "las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca". El artículo 2471 agrega que "gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase". Agreguemos que los créditos de la tercera clase son preferentes pero no privilegiados, y corresponden principalmente a los créditos hipotecarios, según se desprende del artículo 2477 inciso 1. Por último, la quinta clase de créditos corresponde a los valistas, que no gozan de preferencia alguna conforme al artículo 2489 inciso 1.

De lo que acabamos de señalar se desprende que la idea de preferencia es genérica y comprensiva de los créditos privilegiados e hipotecarios. Se acostumbra a reservar la expresión privilegio simplemente para destacar la prioridad que la ley expresamente concede a ciertos créditos (8).

Parece, a primera vista, un tanto arbitraria la división de los créditos preferentes entre privilegiados e hipotecarios, aunque probablemente se deba a la influencia del legislador francés que en el artículo 2094 del Código de

(7).-C.Santiago, 18 de Marzo 1879, G.1879, No 188. La doctrina corrobora lo anterior, Díez Picazo, ob.cit., pg. 321; Gullón Ballesteros, ob.cit., pg. 21; Navarrete V., La Tercería de Prelación, Santiago, 1990, pg. 31 y siguientes.

(8).-Ponssa, Doctrina General de los Privilegios, Buenos Aires, 1951, pg. 18.

Napoleón declara que "las causas legítimas de preferencia son los privilegios e hipotecas". Sorprende esta agrupación, porque incluye como crédito privilegiado de segunda clase a la prenda, y ciertamente ésta tiene más semejanzas con la hipoteca que con el resto de los privilegios. Más aún, históricamente la hipoteca surge con posterioridad a la prenda y muy vinculada a ella. De ahí el axioma romano que dice "inter pignus et hypothecam tantus nominis sonus differt" (la hipoteca se diferencia de la prenda sólo en el nombre) (9).

En sus orígenes, en Roma, el privilegio sólo fue derecho de preferencia entre acreedores quirografarios, los acreedores con derecho real de garantía constituían un mundo aparte (10). Es evidente que hay buenas razones para sostener que la preferencia derivada de las garantías reales merecía una categoría especial, distinta del resto de las preferencias. Algunas de dichas razones son:

a.-Ambas requieren un título constitutivo para nacer, a diferencia del resto de las preferencias que se conceden en atención a la naturaleza de los créditos.

b.-Ambas garantías reales, por ser voluntarias, se pueden constituir sobre bienes de terceros, lo que no ocurre con el resto de las preferencias.

c.-La prenda y la hipoteca son

(9).-Aguirre Vargas, Obras Jurídicas, Santiago, 1891, pg. 387.

(10).-Cordeiro, ob.cit., pg. 18.

necesariamente especiales en cuanto a los bienes sobre los cuales recaen.

d.-Ambas son derechos reales de garantía, de suerte que hay una especie de desmembración del derecho de propiedad en favor de ciertos créditos, lo que tampoco ocurre con el resto de las preferencias. Con todo, no considero que sea este carácter de derecho real de la prenda e hipoteca y su consiguiente derecho de persecución lo más relevante para diferenciarlas del resto de las preferencias; ello porque existen otras preferencias distintas de la prenda e hipoteca que también pasan contra terceros poseedores, como ocurre en el artículo 48 del D.S. 880 que fijó el texto refundido de la Ley 6.071 sobre propiedad horizontal.

Quizá una razón que explica el hecho de que el legislador haya tratado conjuntamente las garantías reales y los privilegios, es que toda preferencia tiene necesariamente un origen legal; en unos casos se concede *ipso iure* a los créditos, y en otros, como en la prenda e hipoteca, la voluntad de las partes actualiza la ley por medio de una convención. Se puede estimar que esta es una forma errada de razonar, porque se llega a la conclusión que todo es absolutamente legal y no tiene más razón que la ley (11). Sin embargo, en materia de preferencias hacemos nuestras las palabras de Coviello que señala que la voluntad del hombre por sí sola no basta para producir consecuencias

(11).-Molinario, ob.cit., pg. 31.

jurídicas, si la ley no las hace depender de ella, así también la sola ley no produce nunca por sí consecuencias jurídicas si no se realizan algunos hechos (12).

2.-NATURALEZA JURIDICA DE LAS PREFERENCIAS.

Establecer la naturaleza jurídica de las instituciones podrá parecer a algunos un asunto sin mayor relevancia. A mi entender sí la tiene, porque sólo conociendo la naturaleza de las cosas es posible deducir los principios jurídicos que les son aplicables. Debemos hacer el alcance que en pocas instituciones jurídicas es más difícil encontrar acuerdo entre los autores como en ésta. Ni siquiera la doctrina francesa, tan prolífica en soluciones, ha logrado acercarse a una postura de consenso (13).

Calificar las preferencias como derechos personales, simplemente porque ellas forman parte de los créditos, parece una conclusión simplista. El punto de partida de otros autores es el de establecer si la preferencia en cuestión goza o no del derecho de persecución, puesto que si es así se asimilaría a un derecho real. Pareciera errado juzgar a las instituciones jurídicas sólo por las consecuencias que ellas producen, sin atender a la causa misma que genera tales efectos. La cuestión entonces debe

(12).-Coviello, Doctrina general del Derecho Civil, Méjico, 1938, pg. 333.

(13).-Una síntesis de las principales opiniones de la doctrina francesa, en Molinario, ob.cit., pg. 69 y siguientes.

plantearse desde otra perspectiva, y consiste en determinar si el titular de la preferencia tiene una relación tal con las cosas objeto de ella que le permita fundar un verdadero derecho real. Para solucionar dicha cuestión se ha sostenido que si la preferencia es general, la relación del acreedor con las cosas del deudor no se da con bienes específicos, por tanto tanto ella representa sólo la responsabilidad patrimonial universal del deudor reforzada con una prioridad para el pago (14). En cambio, si la preferencia es especial, como en la prenda e hipoteca, ella revestiría el carácter de derecho real, puesto que recaen sobre bienes específicos y el acreedor tiene ciertos derechos propios sobre la cosa misma (15). Pero la verdad es que esta aparente solución sólo confunde la naturaleza de la preferencia con el contrato de garantía, del cual la preferencia forma parte, y ello debido a que en algún momento de la evolución del Derecho el contrato de garantía y la preferencia llegaron a fusionarse (16).

Pienso que la preferencia, en cuanto a su naturaleza, no confiere ningún derecho autónomo, sino que sólo representa una cualidad del crédito. La preferencia viene a calificar al crédito, dándole un derecho de prioridad frente a los

(14).-Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, Paris, 1900-1902, t.3, pg. 186.

(15).-Rodríguez-Arias, Derecho de Obligaciones, Madrid, 1965, pgs. 269 y 270.

(16).-Gullón Ballesteros, ob.cit., pgs. 149 y siguientes.

demás acreedores (17). No puede estimarse a la preferencia en sí misma como un derecho subjetivo contra el deudor, a quien no correspondería deber jurídico alguno. Sin perjuicio de lo cual esta cualidad del crédito puede ir unida a un derecho real de garantía como la prenda o la hipoteca, o simplemente ir unida a ciertos créditos personales que el legislador ha considerado relevantes. La doctrina nacional ha sostenido que la preferencia para el pago no constituye un derecho adquirido, de manera que una nueva ley puede afectar a las preferencias constituidas bajo el imperio de una ley precedente (18). Esta postura resulta en armonía con nuestra idea de que la preferencia no constituye un derecho subjetivo en sí y mal podría pensarse en un derecho adquirido a su respecto, puesto que si la preferencia constituye una simple cualidad del crédito, la nueva ley sólo modifica los efectos del crédito en el mecanismo de distribución del activo del deudor, y tiene un efecto inmediato en el tiempo.

3.-CARACTERISTICAS DE LAS PREFERENCIAS.

1.-Constituyen una garantía para los acreedores. Ello es así, toda vez que las preferencias significan un refuerzo especial para los créditos, de manera que ellos

(17).-Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, t.2, Méjico, 1945, pg. 616; Díez Picazo, ob.cit., pg. 321.

(18).-Ugarte Godoy, Créditos Refaccionarios y Créditos Hipotecarios, en Revista Chilena de Derecho, Vol 10 No 2, Mayo-Agosto 1983, pg. 470 y siguientes.

resultan más eficaces (19). Esta seguridad especial de que goza el acreedor preferente no constituye una caución en el sentido definido en el artículo 46, puesto que no son obligaciones accesorias que se contraen para garantizar un crédito, sin perjuicio de ir asociadas, en algunos casos, a cauciones reales como la prenda e hipoteca.

2.-Tienen un carácter excepcional. Ello es así puesto que la regla general es que los acreedores sean pagados en igualdad de condiciones sobre el patrimonio del deudor. El propio legislador ha derogado la regla de la par condicio creditorum al reconocer a ciertos acreedores una prioridad en el pago, que se expresa en la preferencia respectiva.

3.-Tienen un origen estrictamente legal. Sólo el legislador puede crear preferencias para el pago, como se desprende del artículo 2488. Sin perjuicio de lo cual la preferencia queda , en la prenda e hipoteca, entregada a la voluntad de las partes que actualizan la ley. Este origen estrictamente legal explica, por ejemplo, que mediando novación, la nueva obligación no esté premunida de los privilegios de la anterior, como indica el artículo 1641.

La jurisprudencia nacional ha hecho una aplicación vacilante de este carácter estrictamente legal de las preferencias, lo que ha sido criticado por nuestra doctrina (20). La buena doctrina parece señalar que el privilegio que se tenga contra un deudor no se extiende al fiador,

(19).- Somarriva, Tratado de las Cauciones, 1981, pg. 8

(20).-Somarriva, ob.cit., pg. 57 y sigts., 143 y sigts.



sencillamente porque la obligación del fiador es distinta de la contraída por deudor, y sin texto legal no se le puede hacer extensiva la preferencia. Lo mismo debe concluirse respecto del que se obligó como fiador solidario, que no por ello deja de ser deudor subsidiario, al que tampoco lo alcanza la preferencia que se tenga contra el deudor principal. La cuestión se complica si la preferencia se tiene contra un codeudor solidario, en cuyo caso se ha concluido que no se extiende a los demás codeudores cuando los vínculos que unan a los codeudores con el acreedor sean de distinta naturaleza, pero si todos son interesados en la deuda y el vínculo que los une es de igual naturaleza, la preferencia los alcanza a todos (21). Igual criterio, el de establecer si los vínculos a los deudores con el acreedor son de igual o distinta naturaleza, servirá para determinar si es posible invocar la preferencia en los bienes del que se obligó como fiador y codeudor solidario, que por ser un deudor principal se le aplican las reglas de la solidaridad.

4.-Las preferencias son renunciables por parte de los acreedores. Ello es así, toda vez que ellas miran al solo interés de los acreedores y no está prohibida su renuncia, según lo dispone el artículo 12.

5.-Las normas que conceden preferencias son de interpretación estricta y no admiten analogía. El carácter excepcional de las preferencias impide al intérprete ampliar el significado de las palabras utilizadas por el legislador,

(21).-Abeliuk, *Las Obligaciones*, Santiago, 1971, pg. 268; Somarriva, *ob.cit.*, pg. 57 y siguientes.

y tampoco podría hacerse una aplicación analógica de las preferencias (22). Doctrinariamente, sólo García de Haro se ha manifestado partidario de una interpretación extensiva de las preferencias, pero llevado al campo laboral y fundado en el principio protector de los trabajadores (23).

6.-Las preferencias tienen un carácter accesorio al derecho de crédito. Esto se explica porque ellas no constituyen un derecho subjetivo autónomo sino una cualidad del crédito. El carácter accesorio de las preferencias tiene importantes consecuencias jurídicas:

a.-La preferencia supone necesariamente un crédito. Para la generalidad de las preferencias dicho crédito debe ser actual. La discusión se plantea en el terreno de la prenda e hipoteca, donde el crédito en cuestión podría ser futuro. En el caso de la hipoteca, como se desprende de los artículos 2413 y 2427, hay consenso en que ella puede garantizar obligaciones futuras (24). En los casos de la prenda civil y mercantil se ha llegado a la conclusión contraria, es decir, ellas no pueden garantizar obligaciones futuras (25).

(22).-C.Suprema, 26 Mayo 1914, G. 1914, 1er semestre, No 138, p. 317, R., t.12, secc. 1, p. 266.

(23).-García de Haro, El salario como crédito privilegiado, Pamplona, 1960, pg. 286.

(24).-Somarriva, ob.cit., pg. 312 y siguientes; Meza Barros, De las fuentes de las obligaciones, t.2, Santiago, 1979, pg. 174.

(25).-López Santa María, Informe en Derecho sobre contrato de línea de crédito, R.D.J., t.79, Mayo-Agosto 1982, pg. 39 y siguientes. En sentido opuesto, Meza Barros, De las fuentes..., ob.cit., pg. 123 y siguientes. Agreguemos que en

b.-La preferencia sigue al crédito, puesto que al ser una cualidad inherente al mismo, pasan con ellos a las personas que los adquieran a cualquier título, tal como lo indica el artículo 2470 inciso 2. De esto resulta que no puede cederse la preferencia en forma independiente del crédito, y por otra parte la cesión del crédito importa la cesión de la preferencia. Hacen aplicación de esto último los artículos 1906 y 1612, relativos a la cesión de créditos y al pago con subrogación respectivamente. Consignemos, eso sí, que ha habido algún debate en torno al traspaso de derechos concedidos en razón de la persona del acreedor. La cuestión se ha planteado respecto de los créditos de la cuarta clase, cuya preferencia deriva en gran medida de razones de orden personal. Se ha estimado, a mi juicio con razón, que incluso aquella preferencia es inherente al crédito y se traspasaría a quienes lo adquieran por subrogación, cesión u otra causa (26).

Ahora bien, si esa es la regla para la titularidad activa de las preferencias, cabe preguntarse qué ocurre si fallece el deudor de un crédito preferente. La regla en

ciertas prendas especiales, la cláusula de garantía general prendaria está expresamente contemplada, como en el art. 5 de la Ley 4287 sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos, el art. 48 de la Ley 5687 sobre contrato de prenda industrial o el art. 4 de la Ley 18.112 sobre prenda sin desplazamiento.

(26).-Meza Barros, De las obligaciones, Santiago, 1979, pg. 410; Alessandri, Teoría de las obligaciones, Santiago, 1934, pg. 339 y sigts.; Abeliuk, ob.cit., pg. 428 y siguientes.

principio se mantiene, y el crédito sigue teniendo la calidad de preferente respecto de los herederos del deudor, pero con algunas diferencias según si el la preferencia es especial o general. En el caso de preferencia especial, el bien afecto a ella se transmite a los herederos y en dicho bien se hará efectiva la preferencia. Si la preferencia es general, ella se hará efectiva sólo en los bienes hereditarios o en todo el patrimonio del heredero, según si haya o no mediado beneficio de inventario o separación, como señala el artículo 2487.

7.-Las preferencias tienen un carácter indivisible. Debo dejar constancia que este es un punto sobre el cual pocos autores se pronuncian, y los que lo hacen no siempre lo tratan en forma unívoca. Entendemos por indivisibilidad de las preferencias el fenómeno en virtud del cual, la totalidad y cada una de las partes del objeto(s) afectado(s) responde a la satisfacción total de la preferencia y recíprocamente el crédito preferente o fracción del mismo se beneficia con la garantía (27). No me parece apropiado confundir la indivisibilidad de la preferencia con aquella que deriva de las garantías reales de prenda e hipoteca, y a partir de eso concluir que la indivisibilidad de la preferencia sólo puede darse cuando existan tales derechos reales (28), puesto que dicho

(27).-En tal sentido, Molinario, ob.cit., pg. 38 y sigts.;Ponssa, ob.cit., pg. 52 y sigts.

(28).-En tal sentido, Colin et Capitant, Cours Elémentaire de Droit Civil Francais, 3a Edición, t.2, Paris, pg. 789;Chironi, Trattato del privilegi, delle ipoteche e del

razonamiento olvida que la indivisibilidad es un elemento natural y no esencial de tales garantías (29).

4.-CLASIFICACION DE LAS PREFERENCIAS.

Ha quedado establecido que el término preferencia es comprensivo de los privilegios y la hipoteca. Ahora bien, se ha dicho que la hipoteca no es otra cosa que un derecho de preferencia que se gradúa por su fecha, en cambio el privilegio un derecho de preferencia que se gradúa por su cualidad. En efecto, en la hipoteca la ley común a los acreedores es la del tiempo, puesto que el primero que la obtiene es preferido a los demás (*qui prior est tempore, potior est jure*); en cambio en los privilegios impera la ley especial que le ha señalado su puesto a cada uno de dichos privilegios (*privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa*). Hace excepción a esto último el privilegio de cuarta clase, que por haber sido antiguamente verdaderas hipotecas legales, conservan ese modo de graduarse (30).

Las preferencias, en sentido amplio, han sido objeto de distintas clasificaciones legales y doctrinarias:

1.-ATENDIENDO AL GRADO DE LA PREFERENCIA: El legislador ha dividido los créditos en cinco clases, las cuatro primeras son créditos preferentes y la quinta son los créditos comunes o valistas. A su vez, dentro
pegno, vol. 1, Torino, 1918, pg. 380.

(29).-Somarriva, ob.cit., pg. 212 y sigts. y 382 y sigts.

(30).-Aguirre Vargas, ob.cit.,pg 382 y sigts

de los créditos preferentes, son privilegiados los de primera, segunda y cuarta clases, mientras que los de tercera clase son preferentes pero no privilegiados. El determinar cuales son los créditos que prefieren a otros es, como señala un autor, una cuestión compleja que importa un juicio de valor por parte del legislador (31).

2.-ATENDIENDO A LOS BIENES SOBRE LOS CUALES RECAE: La preferencia puede ser especial o general. Como agudamente señala De Buen, la preferencia es siempre un derecho ad valorem, en el sentido que a fin de cuentas recae en una cantidad de dinero proveniente de la ejecución forzosa (32).

a.-Se llama preferencia general a aquella que se hace efectiva sobre todos los bienes del deudor. Esta preferencia no tiene por objeto ningún bien en particular, sino tan solo aquellos que estén en el patrimonio del deudor al momento de la ejecución forzosa, de suerte que los bienes que hayan salido antes de ese momento del patrimonio del deudor quedan sustraídos a la preferencia general, salvo que prosperen las acciones revocatorias que hayan intentado los acreedores. En nuestra legislación son preferencias generales las de la primera y cuarta clases. A nivel comparado se ha dicho que las preferencias generales sólo se pueden hacer efectivas si media quiebra del deudor (33), pero en nuestro Derecho no se

(31).-Mourlon, Examen Critique...,t.2,Paris,1875,pg.576.

(32).-De Buen, ob.cit.,pg.221.

(33).-Ponssa, ob.cit., pg. 77; Molinario, ob.cit., pg.112.

inconveniente alguno para que ellas se hagan valer también por la vía de la tercería de prelación, como lo ha aceptado implícitamente la jurisprudencia nacional al pronunciarse sobre el onus probandi entre un acreedor hipotecario y un tercerista que invocaba un crédito de la primera clase (34).

b.-Se llama preferencia especial a aquella que afecta determinados bienes del deudor. Son preferencias de esta clase las de segunda y tercera clases. A diferencia de las preferencias generales, el acreedor sabe antes de la ejecución cual es el bien que dará satisfacción al crédito, e incluso más, en la prenda e hipoteca el acreedor goza del derecho de persecución propio de la garantía real. Con todo, si los bienes afectos a la preferencia especial son insuficientes para satisfacer el crédito, el saldo insoluto carece de preferencia, como lo indica el artículo 2490.

5.-EXTENSION DE LAS PREFERENCIAS.

Al tratar este punto nos interesa establecer cual es el alcance exacto de las preferencias. En consecuencia veremos si la preferencia se hace extensiva a los intereses que devengue el crédito, y si por otra parte es factible hacer extensiva la preferencia sobre los subrogados de los bienes en que ella recaía originariamente.

A.-La preferencia se hace extensiva a los

(34).-C.Santiago, 3 Noviembre 1932, Rev.,t.36 ,2a parte, secc. 1a, pg.330; C.Suprema,25 Marzo 1942,Rev.,t.39,2a parte,secc. 1a,pg. 510.

intereses que genere el crédito, lo que parece una lógica consecuencia del principio de la accesoriedad (35). De esta forma el artículo 2491 señala que " los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales ". En concordancia con lo anterior, el artículo 68 de la ley de quiebras hace extensiva la preferencia a los intereses e incluso a los reajustes que generan los créditos respectivos. Agreguemos que a diferencia de lo dicho para los intereses, no hay texto legal que resuelva la extensión de la preferencia a las costas judiciales causadas en el cobro de un crédito preferente, y extenderla sin más significa caer en el campo de la analogía o a lo menos la interpretación extensiva, que como vimos queda excluida en materia de preferencias (36).

B.-La preferencia se puede hacer efectiva sobre los subrogados de los bienes originarios. En el fondo, las preferencias siempre se harán efectivas sobre el precio de la cosa obtenido mediante ejecución forzosa. Si antes de llegar a la ejecución forzosa los bienes sujetos a una preferencia han desaparecido del patrimonio del deudor, resultarán vinculados los bienes que los hayan subrogado

(35).-Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, Buenos Aires, 1927-1934, t.2, pg. 742.

(36).-En contra, Vassallo R., Créditos privilegiados de la segunda clase, Tesis, Santiago, 1934, pg. 13 y 57; Musalem S., La primera clase de créditos privilegiados, Tesis, Santiago, 1983, pg. 64; Abeliuk, ob.cit., pg. 644.

en forma real (37). Ciertamente el asunto reviste mayor trascendencia en las llamadas preferencias especiales, puesto que en las preferencias generales el acreedor puede dirigirse indistintamente contra todos los bienes del deudor, incluyendo los que hayan entrado por subrogación real (38). De esta forma, el acreedor puede ejercitar su preferencia sobre el monto de la indemnización en caso de expropiación (artículos 23 y siguientes del D.L. 2186) o sobre el monto del seguro (artículo 555 del Código de Comercio). Parece además de toda justicia que que la preferencia se extienda además a las indemnizaciones que deban pagar los terceros por daños y perjuicios sufridos por la cosa prendada o hipotecada (39). Por último, Somarriva extiende la preferencia de la prenda civil incluso a los gastos necesarios de conservación que ocasione la tenencia de la cosa, como también a los perjuicios que la tenencia de la prenda haya ocasionado al acreedor (40).

6.-EXTINCIÓN DE LAS PREFERENCIAS.

Resulta interesante preguntarse acerca de los

(37).-Gaetano, *I Privilegi*, Torino, 1949, pg. 66 y sigts.

(38).-En igual sentido, Gullón Ballesteros, *ob.cit.*, pg. 27; Ponssa, *ob.cit.*, pg. 60.

(39).-Así se consagra en algunas prendas especiales, como la prenda agraria (art. 10), prenda industrial (art. 31), prenda de objetos muebles que se vendan a plazo (art. 7) e incluso en la prenda sin desplazamiento (art. 13). Para el caso de la hipoteca, en contra, Fernando Alessandri, *La hipoteca en la legislación chilena*, Santiago, 1919, pg. 186.

(40).-Somarriva, *ob.cit.*, pg. 287 y siguientes.

hechos y actos jurídicos que acarrearán la desaparición de la preferencia concedida por la ley. El legislador francés reguló expresamente esta materia en el artículo 2180, en cambio entre nosotros es necesario hacer aplicación de los principios generales que regulan los derechos patrimoniales, de lo que podemos concluir que las causas de extinción de las preferencias pueden ser indirectas o directas.

Son causas indirectas las que extinguen el crédito y consecuentemente la preferencia, que no es sino una cualidad del mismo. Todo lo cual resulta del artículo 1567, al que agregamos el término extintivo, la muerte del acreedor en los contratos *intuitu personae* y la dación en pago, que omiten señalar la disposición citada.

Son causas directas aquellas que atacan a la preferencia misma, extinguiéndola con independencia del crédito al cual accede, el que pasa a ser valista. De estas causales directas de extinción de las preferencias hay dos que me interesa abordar:

A.-La renuncia a la preferencia por parte del acreedor. Tal como ya expresamos, la preferencia cae dentro de la hipótesis general de renunciabilidad establecida por el artículo 12, puesto que son ventajas patrimoniales que miran al solo interés privado del renunciante. La renuncia a la preferencia no está revestida de formalidad alguna. Esta facultad debe entenderse sin perjuicio del derecho que asiste a los acreedores del renunciante para revocar la renuncia, si se dan los presupuestos generales de la acción pauliana.

B.-La absorción del valor de la cosa especialmente afecta a la preferencia por otros créditos preferentes de mayor rango. Puede darse el caso que el precio de la cosa afecta a la preferencia especial sea absorbido por un crédito de mayor graduación. La preferencia de los créditos de primera clase sobre los de segunda clase está consagrada en el artículo 2476, y por otra parte, el artículo 2478 consagra la preferencia de los créditos de la primera clase sobre los de tercera clase. Vinculado a esta materia se da un problema que ha dividido a la doctrina nacional, y que dice relación con el déficit de los créditos de la primera clase que no alcanzan a pagarse con los bienes del deudor que no estén hipotecados o afectos a un crédito de la segunda clase. La cuestión en concreto es saber cómo se distribuye el déficit de los créditos de la primera clase si existe bienes afectos a un crédito de la segunda clase y bienes hipotecados. La verdad es que la ley no resuelve el punto y los autores mayoritariamente han estimado que la enumeración dada por el legislador a los créditos indica en sí misma la prioridad de unos sobre otros, de suerte que el déficit de los créditos de primera clase se pagará primero con los bienes hipotecados que por estar en la tercera clase tienen menor prioridad que los de segunda clase, y sólo en caso de insuficiencia de ellos se pagarán en los bienes afectos a un crédito de la segunda clase (41). Otra parte de

(41).-Alessandri, *La Prelación de Créditos*, Santiago, 1940, pg. 33; Somarriva, *ob.cit.*, pg. 465.

la doctrina da una solución diversa, que en lo personal estimo más equitativa, puesto que propone que el déficit de los créditos de la primera clase se prorratee entre todas las preferencias especiales, de acuerdo a sus respectivos valores (42). Como certeramente apunta un comercialista nacional, la razón que fundamenta la tesis tradicional radica en el orden de la numeración dada por el legislador a los distintos créditos, en circunstancia que la lógica y equidad aconsejan que para cubrir el déficit de los créditos de la primera clase se debe recurrir a la regla de la proporcionalidad, que conforme al artículo 2469 constituye el principio general en materia de prelación. Dicho criterio informo la Ley 18598 que modificó, entre otros, el artículo 114 de la Ley de quiebras. En fin, al aceptar el criterio tradicional, aplicando el orden de la numeración de los créditos, resultan vulneradas las propias disposiciones del Código Civil relativas al pago del déficit de los créditos de primera clase, puesto que quedarían libres las especies pignoradas de la obligación de concurrir al pago de los créditos con privilegio de primera clase, porque al exigirsele al acreedor hipotecario el mencionado déficit, éste no sólo estaría pagando los créditos de la primera clase sino también los de la segunda clase, que no sufrirán menoscabo alguno, en circunstancia que el artículo 2478 le señala esa obligación sólo respecto de los créditos de la

(42).-Abeliuk, ob.cit., pg. 657. En igual sentido, Rafael Gómez Palmaceda, Apuntes de sus clases, Curso de Derecho de Quiebras, Santiago, 1987.

primera clase. Por otro lado, se incumple el artículo 2476, puesto que al concurrir sólo el acreedor hipotecario a pagar el mencionado déficit de los créditos de la primera clase, el acreedor prendario se exonera injustamente de una obligación que le ha impuesto la ley (43).

(43).-Gómez Balmaceda, Conflicto de los acreedores hipotecarios y prendarios con los créditos de la primera clase en la quiebra, Boletín informativo No 29, Fiscalía Nacional de Quiebras, Santiago, pg. 9 a 16.

CAPITULO III.

LAS PREFERENCIAS EN PARTICULAR.

1.-CONCEPTO DE PRELACION DE CREDITOS.....Pág 67
1.1.-PLANTEAMIENTO.....Pág 67
1.2.-EVOLUCION HISTORICA DE LA PRELACION DE
CREDITOS EN NUESTRO DERECHO.....Pág 68
2.-DOCTRINA DE LAS SUPERPREFERENCIAS. CRITICA.....Pág 70
3.-ESTUDIO DE LAS PREFERENCIAS EN NUESTRA LEGISLA-
CION.....Pág 76

I.-LA PRIMERA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE EN PARTICULAR ...Pág 77
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE PRIMERA
CLASE.....Pág 110

II.-LA SEGUNDA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE SEGUNDA CLASE EN PARTICULAR.....Pág 115
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE SEGUNDA
CLASE.....Pág 137

III.-LA TERCERA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE TERCERA CLASE EN PARTICULAR.....Pág 141
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE TERCERA
CLASE.....Pág 153

IV.-LA CUARTA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE CUARTA CLASE EN PARTICULAR.....Pág 157
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE CUARTA
CLASE.....Pág 183

V.-LA QUINTA CLASE DE CREDITOS.

A.-LOS CREDITOS DE QUINTA CLASE EN PARTICULAR.....Pág 187
B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE QUINTA
CLASE.....Pág 188

4.-LAS PREFERENCIAS MARITIMAS.....Pág 189
4.1.-ASPECTOS GENERALES.....Pág 189
4.2.-PRIVILEGIOS MARITIMOS.....Pág 190
4.3.-HIPOTECA NAVAL.....Pág 200
4.4.-PRENDA NAVAL.....Pág 203

1.-CONCEPTO DE PRELACION DE CREDITOS.

1.1.-PLANTEAMIENTO.

Toda la regulación de la prelación de créditos se vincula al problema de la colisión de derechos subjetivos, que tiene lugar cuando el ejercicio total o parcial de uno impide el ejercicio total o parcial de otro. Ante este fenómeno, o bien el legislador coordina el ejercicio de los distintos derechos en conflicto, o bien opta por dar preferencia a uno sobre otro. La COORDINACION de los distintos derechos subjetivos se basa en la igualdad de eficacia de todos ellos, en cambio la PREFERENCIA se basa en la idea de distinto rango de unos sobre otros, lo que motiva que el derecho subjetivo preferente tenga mayor eficacia que el de rango inferior.

En el caso de la prelación de créditos, hay coincidencia de varios derechos de crédito sobre el patrimonio del común del deudor, que por ser insuficiente para satisfacerlos a todos, origina una colisión que se soluciona según las reglas de coordinación o subordinación. La coordinación de los distintos derechos de crédito se basa en la igualdad de rango de los créditos en conflicto, de suerte que hay una satisfacción proporcional de todos, que resultarán igualmente perjudicados; la subordinación en cambio, está basada en la desigualdad de rango de los distintos créditos, lo que da lugar a un orden de cobro sobre el patrimonio del deudor (1).

(1).-Espín Cánovas, Manual de Derecho Civil Español., t. 1, Madrid, 1951, pg. 267; López Berenguer, La colisión de

De esta suerte, la prelación de créditos viene a ser el conjunto de normas que regulan la forma y orden en que deben concurrir los acreedores a pagarse en el patrimonio del deudor. La doctrina nacional ha dicho que la prelación de créditos es el conjunto de reglas que determinan las causales de preferencia de ciertos créditos respecto de otros y la concurrencia de dichos créditos entre sí, en caso que los bienes del deudor no sean suficientes para hacer pago de todas las deudas (2). Este concepto doctrinario es especialmente valioso puesto que conjuga las ideas de subordinación y coordinación que están en la base dogmática de la prelación de créditos.

1.2.-EVOLUCION HISTORICA DE LA PRELACION DE CREDITOS EN NUESTRO DERECHO.

Hay dos leyes nacionales de prelación de créditos que rigieron antes del Código Civil. Se trata de la Ley de 31 de Octubre de 1845 y la Ley de 25 de Octubre de 1854. La primera de ellas dividía las causas de preferencia distinguiendo entre el privilegio, la hipoteca y la escritura pública. Definía el privilegio señalando que éste depende únicamente de la naturaleza del crédito, sin relación a su fecha, y que prefiere a todas las hipotecas y escrituras, aún a las a las que sean anteriores a la causa del privilegio. A los pocos años, el comercio de Valparaíso derechos, Murcia, 1955.

(2).-De la Maza, Contratos, t. 2, Santiago, 1951, pg. 207.

solicitó al Gobierno la modificación de la Ley de 1845, proponiendo reformas concretas. Fue don Andrés Bello el encargado de informar sobre dicha propuesta, y producto del debate se envía un proyecto de ley sobre la materia, redactado por el propio Bello, que buscaba fijar con más sencillez las causas de prelación, suprimiendo la preferencia del acreedor escriturario y reduciendo las causas de prelación al privilegio y la hipoteca (3).

Ambas leyes, de 1845 y 1854, fueron la base sobre la cual Bello redactó las normas de prelación de créditos contenidas en el Código Civil. Como señala el propio autor, " se ha simplificado notablemente el arreglo de la prelación de créditos: el fomento del crédito ha sido en él la consideración dominante. Se dividen en cinco clases los acreedores concurrentes: los que gozan de privilegio general, los que gozan de privilegio sobre especies muebles, los hipotecarios, los de menores, mujeres casadas y otras personas cuyos bienes son administrados por representantes legales, y los quirografarios. Se han abolido varios de los privilegios generales y especiales y entre los últimos, todos los que recaían sobre inmuebles. Apenas es necesario decir que no reviven en este proyecto como créditos preferentes, ni los de hipoteca general convencional, ni los escriturarios. La obra principiada por las leyes de de 1845 y 1854, se ha llevado a cabo " (4).

(3).-Bello, Obras Completas, t. 9, Santiago, pg. 308.

(4).-Bello, Mensaje con que se envió al Congreso el Proyecto de Código Civil, ob. cit., t. 12, pg. 468.

2.-DOCTRINA DE LAS SUPERPREFERENCIAS.CRITICA.

Antes de entrar a analizar la doctrina de las superpreferencias debo señalar que los autores hacen un diagnóstico poco alentador en lo relativo a la regulación legal de las preferencias (5). En los últimos años ha prosperado un casuismo exagerado en la creación de preferencias, lo que dificulta su integración a las reglas generales de prelación, a la vez que crea conflictos que el legislador no previó. Un botón de muestra para ilustrar estas ideas lo constituye el hecho que la preferencia de primera y cuarta clases, en el sistema del Código Civil, son siempre preferencias personales y generales, pero en la actualidad hay algunas que pasan contra terceros poseedores y son especiales, como el caso del artículo 182 de la Ley de Alcoholes o el artículo 48 del D.S. 880 que fijó el texto refundido de la Ley de propiedad horizontal (6).

Lo concreto es que nos encontramos en medio de una especie de anarquía en materia de prelación de créditos y se hace indispensable acotar su campo de acción. Dentro de ese panorama se inserta la doctrina de las superpreferencias, que viene a ser un reflejo de la situación antes descrita.

La doctrina de las superpreferencias sostiene la existencia de ciertos créditos que se pagarían con una

(5).-Rosende Subiabre, Modificaciones legales introducidas en materia de prelación de créditos, en Modificaciones legales del sexenio 1973-1979, t. 1, Santiago, pg. 36 y siguientes; Meza Barros, De las obligaciones, Santiago, 1979, pg. 223 y siguientes.

(6).-Un análisis de las causas sociológicas que llevaron a esta proliferación de leyes especiales y sus consecuencias

preferencia superior a los créditos de primera clase que contempla el Código Civil (7). La razón jurídica que sirve de base a la doctrina de las superpreferencias radica en la ambigüedad de los textos que consagran las mencionadas superpreferencias, de los cuales parece desprenderse que el legislador las ha colocado en una situación de preeminencia, como por ejemplo cuando habla que el acreedor "goza de preferencia a cualquier otra obligación" u otra expresión semejante. Pero la verdad es que esas normas especiales deben relacionarse en forma armónica con los artículos 2470, 2471, 2476 y 2478 del Código Civil. En los dos primeros artículos citados se señala que sólo son causa de preferencia el privilegio y la hipoteca, y dichas preferencias se agrupan en cinco clases de créditos sin que se considere la existencia de créditos que los sobrepasen. Por su parte, en los artículos 2476 y 2478 se consagra que los créditos de primera clase no se extienden a los bienes pignoralados o hipotecados, siempre que los bienes del deudor sean suficientes para cubrir los créditos de primera clase, lo que tampoco se puede entender derogado por las supuestas superpreferencias.

Si analizamos en particular algunos de los créditos a los que se les atribuye la calidad de

jurídicas, en Gómez Reyes, *Modificaciones introducidas por la legislación comercial al régimen de prelación de créditos del Código Civil*, Tesis, Santiago, 1987, pg. 60 a 90.

(7).-Cienfuegos, *La prelación especial de ciertos créditos*, Tesis, Santiago, 1946, pg. 30 y sigts; Gómez Reyes, *ob.cit.*, pg.90 a 145.

superpreferencia, podremos aclarar estas ideas:

A.-CREDITO DEL CARGADOR Y DEL PORTEADOR EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE MERCANTIL. El cargador tiene, conforme al artículo 190 del Código de Comercio, una preferencia para ser pagado "sobre todos los acreedores del porteador" por las indemnizaciones que se le deban en razón de retardo, pérdidas, faltas o averías; preferencia que se hace efectiva sobre el valor de los instrumentos de transporte. Por su lado el porteador tiene, conforme al artículo 212 del Código de Comercio, un privilegio a pagarse "con preferencia a todos los demás acreedores que el propietario tenga" del porte y gastos que hubiere hecho; privilegio que se ejerce sobre los efectos que conduzca.

La doctrina comercial, a pesar de las expresiones usadas por el legislador, está conteste en señalar que ambos créditos tienen sólo una preferencia de segunda clase, por lo que se disipa la cuestión de si estamos ante una superpreferencia (8). Parece oportuno decir, eso sí, que la preferencia del cargador (art. 190 del Código de Comercio) es una creación del legislador mercantil. En cambio la preferencia del porteador (art. 212 del Código de Comercio) tiene un antecedente en el artículo 2474 No 4 del Código Civil, que se refiere al acarreador o

(8).-Palma Rogers, Derecho Comercial, t. 1, Santiago, 1940, pg.455; Eyzaguirre E., El contrato de transporte y nociones de derecho marítimo y aéreo, Santiago, 1980, pg. 30 y 36.

empresario de transporte terrestre civil. Con todo, hay interesantes diferencias entre la preferencia del acreedor civil y del porteador comercial. Así por ejemplo, el legislador comercial no ha exigido que los objetos sobre los cuales recae la preferencia sean de propiedad del deudor, bastando que los objetos conducidos sean de una determinada persona que puede ser el cargador u otra; y por otra parte, el porteador comercial mantiene su preferencia incluso después de entregadas las mercaderías, con las limitaciones previstas en el artículo 213 del Código de Comercio, lo que no ocurre en el caso del acarreador civil.

E.-CREDITO DEL ACREEDOR PRENDARIO MERCANTIL. El artículo 814 del Código de Comercio le confiere a dicho acreedor el derecho a pagarse con el valor de la cosa empeñada "con preferencia a los demás acreedores del deudor". Pareciera que tampoco estamos ante una superpreferencia, a pesar que una primera lectura da esa impresión. El que la norma diga que el acreedor se pagará con preferencia a los demás acreedores no puede llevarnos a pensar que se paga aún con preferencia a los acreedores de primera clase. El artículo en cuestión se está refiriendo únicamente a "los demás acreedores del deudor", que son aquellos que no gozan de preferencia alguna y que concurren a prorrata en los bienes del deudor. No se está refiriendo a los que gocen de preferencia, cualquiera sea su fuente, porque para entender comprendidos a estos últimos, el legislador debió haber agregado "preferentes" después de la

frase "a los demás acreedores" (9). Por otra parte, una razón de buen sentido señala que no se justifica el que la prenda mercantil goce de una preferencia distinta de la civil, en circunstancias que ambas son cauciones similares que garantizan obligaciones civiles o mercantiles según sea el caso.

C.-CREDITO DEL ACREEDOR PRENDARIO MERCANTIL. Es el artículo 25 de la Ley 5687 el que dispone que el contrato de prenda industrial garantiza al acreedor el derecho de pagarse "con preferencia a cualquiera otra obligación". En virtud de los términos usados, algunos autores han estimado que nos encontramos ante una superpreferencia (10). Desde hace años la mayor parte de la doctrina escribe una especie de misa fúnebre a la pretendida superpreferencia de la prenda industrial, la que por desgracia no ha podido completarse debido a los esporádicos fallos jurisprudenciales en sentido opuesto (11). Las razones que se esgrimen para asimilar esta preferencia a la de segunda clase son bastante interesantes y merecen un nuevo análisis. En primer lugar, el artículo 25 de la Ley 5687 contempla el derecho del acreedor prendario a pagarse con una preferencia especial que excluye a los otros

(9).-Illanes Edwards, La primera clase de créditos privilegiados, Tesis, Santiago, 1944, pg. 49 y 50.

(10).-Zuloaga Villalón, Derecho Industrial y Agrícola, Santiago, 1937, pg. 309; Palacios González, La prelación de créditos en la legislación chilena, Tesis, Santiago, 1939, pg. 63; Cienfuegos, ob.cit., pg. 45 y siguientes.

(11).-Somarriva, Tratado de las Cauciones, Santiago, 1981, pg. 283; Gómez Balmaceda, Alcance del privilegio de los

acreedores que concurren, pero sólo respecto del bien empeñado, con lo que no se deroga el artículo 2476, en el sentido que si los demás bienes del deudor son insuficientes para cubrir los créditos de la primera clase, ellos tendrán preferencia para pagarse del déficit con el producto de la cosa pignorada. Por otra parte, la propia Ley 5687 da la pauta de la jerarquía de la preferencia, puesto que en el artículo 26 resuelve el conflicto entre el acreedor prendario y el arrendador que goza de derecho legal de retención, y lo hace en favor de éste último cuando el respectivo contrato conste por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador de Bienes Raíces antes de la inscripción prendaria, y sabemos que la preferencia del arrendador retencionario es sin duda de la segunda clase. Por último, el uso del artículo 43 de la Ley 5687 como argumento para sostener la superpreferencia se desvanece ante la evidencia que entrega la misma ley. El señalado artículo 43 prescribe que "no se admitirán tercerías de ninguna clase en los juicios ejecutivos que tengan por objeto la enajenación de los bienes afectos al contrato de prenda industrial", pero la propia ley ha conferido derechos a terceros, como en los artículos 26, 30 o 45, cuyo legítimo ejercicio trae consigo su intervención en el juicio si son perjudicados, y lo harán justamente por la vía que el mencionado artículo 43 prohíbe. De tal suerte que también sería admisible la tercería de prelación invocada por un

créditos, garantizados con prenda industrial, R.D.J., t. 81, pgs.97 y sigts.;Rosende Subiabre,ob.cit.,pg.27 y sigts.

acreedor de la primera clase que no disponga de otros bienes del deudor en los cuales pagarse, mediante una interpretación armónica de los artículos 2474 No 3 y 2476 del Código Civil en relación con el artículo 43 de la Ley 5687.

Por último, respecto de las superpreferencias en general, debemos aceptar que existen en nuestra legislación normas de excepción que las consagran. Son verdaderos regimenes especiales de prelación de créditos, como ocurre en el D.L. 1286 sobre hipoteca y créditos privilegiados sobre aeronaves o en la Ley 18.690 sobre almacenes generales de depósito. No debe asombrarnos que existan estas excepciones, muy por el contrario, ellas no hacen sino confirmar la regla de la inexistencia de las superpreferencias. Como dice d'Ors, las reglas del Derecho, para ser reales y brillar mejor como principios, necesitan la sombra de las excepciones (12).

3.-ESTUDIO DE LAS PREFERENCIAS EN NUESTRA LEGISLACION.

Nuestro Código Civil distingue cinco clases de créditos; las cuatro primeras son preferentes (artículos 2472, 2474, 2477 y 2481) y la última clase son los créditos valistas o comunes (artículo 2489).

La base de la clasificación es el orden de prelación con que ellos deben ser cubiertos.

(12).-d'Ors, La pérdida del concepto de excepción a la ley, en Escritos varios sobre Derecho en crisis, 1973, pg. 147 y siguientes.

El legislador ha señalado, en el artículo 2470, que las causas de preferencia son el privilegio y la hipoteca. Armonizando estas causa de preferencia con la anterior clasificación de cuatro clases de créditos preferentes, tenemos que conforme al artículo 2471, aquellas que forman la primera, segunda y cuarta clases son privilegiados, mientras que los de tercera clase son simplemente preferentes. La última clase de créditos son los valistas o comunes, que no gozan de preferencia alguna.

Veremos cada una de estas clases de créditos, incluyendo las leyes especiales que hayan asimilado créditos a alguna de estas clases, siguiendo para estos efectos, el orden que nos proporciona el legislador.

I.-LA PRIMERA CLASE DE CREDITOS.

Son créditos de primera clase aquellos que nacen de alguna de las causas que enumera el artículo 2472 del Código Civil. Su texto actual se debe a las modificaciones introducidas por el artículo 261 de la Ley 18.175, que fijó su contenido preciso.

A.-LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE EN PARTICULAR.

1.-Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores (No 1 del artículo 2472).

Sus antecedentes históricos se remontan al Derecho Romano, donde a juicio de algunos se reconocía la existencia de una prefrenca en favor de los gastos de justicia (13).

(13).-En contra, Gullón Ballesteros, La prelación de créditos en el código civil, Barcelona, 1962, pg. 102.

En el Antiguo Derecho Francés este crédito adquiere un perfil propio, recibiendo definitiva consagración en el Código de Napoleón, fuente de inspiración de Bello, haciéndolo recaer sobre la totalidad de las cosas muebles e inmuebles del deudor.

Respecto de esta preferencia hay tres cuestiones que me parece importante abordar:

a).-Cuál es el fundamento de la preferencia? El enriquecimiento injusto parece ser, a primera vista, el sustrato de la preferencia; ello porque no resulta equitativo que sólo uno deba soportar los gastos ocasionados en interés general de los acreedores. Pero dicho fundamento no sirve para explicar la preferencia de que goza el propio acreedor que hizo el gasto, puesto que él no se ha enriquecido pero igualmente goza de la prioridad de pago. El enriquecimiento injusto tampoco sirve para justificar las relaciones entre el que pagó y los restantes acreedores, puesto que de ser así, la medida del crédito está en el beneficio recibido, creándose una relación jurídica con el beneficiado. Esto último no ocurre en la preferencia en estudio, ya que puede darse que todo el patrimonio del fallido sea absorbido por gastos de justicia sin que los otros acreedores cobren nada, y por otro lado, el acreedor que realizó los gastos no tiene relación de derecho alguna con los acreedores beneficiados.

Estimo que el legislador ha procedido simplemente con un criterio de justicia, protegiendo a aquellos que han

actuado en beneficio común de los acreedores en la mira a la realización del patrimonio del deudor (14).

b).-Qué se entiende por costas judiciales? Se trata de una expresión delimitada en su alcance por el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil. Las costas son los gastos que se originan durante la tramitación judicial y que son una consecuencia directa de ella (15). Ellas pueden ser procesales y personales. Las primeras son las causadas en la formación del proceso y corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales. Son personales aquellas que provienen de los honorarios de abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio y de los defensores públicos, en su caso.

Es evidente que el No 1 del artículo 2472, al no delimitar su alcance, se extiende a ambas clases de costas. Como limitación genérica, los gastos que no estén determinados por la exigencia inmediata de la tramitación, no entran en el concepto de costas (16). Dicho criterio de racionalidad en los gastos judiciales fue utilizado por el propio legislador en el artículo 908 inciso final, en cuanto exige que las expensas que no dejan un resultado material permanente, se hubiesen ejecutado con mediana inteligencia y

(14).-En igual sentido, Illanes Edwards, ob.cit., pg. 57; Gullón Ballesteros, ob.cit., pg. 102.

(15).-Stoehrel, De las disposiciones comunes a todo procedimiento, Santiago, 1980, pg. 71 y siguientes.

(16).-Alsina, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. 2, Buenos Aires, pg. 745.

economía.

c).-En qué casos las costas judiciales gozarán de preferencia? La limitación que salta a la vista es que ellas deben haber sido causadas en interés general de los acreedores. Así por ejemplo, se ha sostenido que no cumple con esta exigencia las costas ocasionadas por el acreedor que intenta la acción pauliana, puesto que ella sólo aprovecha de sus resultados al que la intentó (17). Pareciera que la solución debe ser distinta tratándose de la acción pauliana concursal, puesto que sus resultados favorecen siempre a la masa, como se desprende del artículo 81 de la ley de quiebras.

Una cuestión más compleja de precisar es si tienen la preferencia que tratamos aquellos gastos judiciales en que haya incurrido directamente el deudor al solicitar su propia quiebra. La solución pareciera ser negativa, puesto que no resulta lógico que los acreedores deban soportar los gastos de la apertura de la quiebra, porque en principio cada litigante debe soportar los gastos del juicio en que interviene, y para que otra persona deba soportarlos es necesario que exista condenación en costas. Ahora bien, en la quiebra solicitada por el deudor no resulta posible que sus acreedores sean condenados en costas, porque son precisamente ellos los que han obtenido en juicio al recibir del deudor vencido el pago de las prestaciones deducidas.

(17).-Musalem, La primera clase de créditos privilegiados, Santiago, 1983, pg. 88.

Por otro lado, resulta dudoso que el deudor, al proceder a pedir su propia quiebra, haya actuado en interés general de los acreedores, puesto que si el deudor ha consignado su actividad al ejercicio de un comercio, la industria, minería o agricultura, el artículo 41 de la ley de quiebras le impone el deber de solicitar su propia quiebra bajo enérgicas sanciones en caso de omisión. Pero aún no tratándose de esa clase de deudores, al presentar directamente su propia quiebra al tribunal, el deudor obra en gran medida en interés propio, puesto que puede reglamentar con más facilidad el pago de sus obligaciones, ya que fuera de la quiebra requiere la unanimidad de los acreedores, mientras que dentro de la quiebra le basta la mayoría legal. Con todo, se puede considerar beneficioso para los acreedores que el deudor no siga administrando sus negocios y se proceda a reemplazarlo por un síndico (18). Como consecuencia de lo recién expuesto, se debe negar también la preferencia a quienes hayan actuado en nombre y representación del fallido, como sus abogados, los que deben deducir sus créditos como cualquier otro acreedor de los que forman el pasivo del deudor.

Por último, agreguemos que si las costas judiciales han sido causadas en interés general de los acreedores, resulta del todo indiferente que el crédito al que se ha pretendido amparar sea preferente o no, porque la prioridad que se da a las costas judiciales no se da

(18).-Musalem, ob.cit., pg. 83. En igual sentido y con una extensa fundamentación, Gómez Balmaceda, Las costas

en razón de provenir del cobro de créditos preferentes sino por la protección dada por la ley a quien hizo gastos en beneficio de todos los acreedores. Por lo mismo estimo errada la posición de quienes sustentan que gozan de preferencia las costas causadas en interés de algunos acreedores, ya no en interés general, siempre que los créditos que se cobran y generan las costas judiciales gocen de una preferencia (19).

Como se desprende del artículo 148 inciso segundo de la ley de quiebras, los créditos comprendidos en esta preferencia no necesitan verificación en el proceso de quiebra.

2.-Las expensas funerales necesarias del deudor difunto (No 2 del artículo 2472).

Al igual que la preferencia anterior, ésta tiene una raigambre histórica importante. En efecto, sus orígenes se remontan claramente al Derecho Romano, donde el jurista Paulo le consagra una absoluta prevalencia. Tampoco su fundamento se ha prestado para debates, puesto que hay casi unanimidad en invocar razones de decencia, salubridad y humanidad (20). Molinario ha expresado una opinión diversa, judiciales, Boletín informativo No 4, Fiscalía Nacional de Quiebras, pg. 66 a 70.

(19).-Ver supra, Capítulo II, No 5.

(20).-En tal sentido, Josserand, Cours de Droit Civil Positif Français, 1938-1939, t. 2, Paris, pg. 944; Gullón Ballesteros, ob.cit., ob.cit., pg. 104.

algo pintoresca , aunque no carente de todo sentido. Según él, el fundamento inmediato de la preferencia es el interés del Estado para que se desarrolle la actividad de pompas fúnebres, que por la premura del tiempo con que se solicitan sus servicios no pueden pedir seguridades especiales para sus créditos (21).

Respecto de este crédito preferente, hay dos cuestiones importantes que resolver:

a).-Qué gastos comprende la preferencia? Parece razonable incluir dentro de ella todos aquellos gastos que rodean la muerte de una persona, es decir, las expensas del nicho, los avisos de su defunción como asimismo el costo de las exequias religiosas según la religión del difunto. No estoy de acuerdo con limitar los gastos de culto ocasionados con motivo de la muerte de la persona sólo si ella profesaba la religión católica, puesto que una interpretación dinámica de las normas apunta en sentido contrario (22). No quedarán comprendidos en la preferencia los gastos provenientes de la ropa de luto de los deudos como tampoco los monumentos u honores especiales que se le rindan al difunto.

b).-Cuáles son las limitaciones de la preferencia? Las limitaciones se desprenden del propio texto de la ley. En

(21).-Molinario, Los Privilegios en el Derecho Civil Argentino, Buenos Aires, 1941, pg. 477.

(22).-Illanes Edwards, ob.cit., pg. 67 y 68. Sobre la interpretación dinámica, Gesche Muller, Jurisprudencia Dinámica, Santiago, 1971.

primer lugar, las expensas funerales deben ser las necesarias, lo que queda entregado al recto criterio del juez, el cual también debe usar el criterio de la posición social del difunto para ponderar la necesidad de tales gastos. Este criterio de la posición social no es totalmente ajeno al Código Civil, como lo demuestran claramente los artículos 323 y 1625 de dicho cuerpo legal (23).

Una segunda limitación lo constituye el hecho que los gastos deben haber sido causados por el deudor difunto, con lo que se excluye a las expensas funerales de los demás miembros de la familia del deudor, las que no gozan de preferencia alguna. De lege ferenda, sería deseable que una futura revisión del texto incluyera dentro de este crédito preferente a las expensas funerales del cónyuge e hijos del deudor sometidos a su patria potestad, si no tienen bienes propios.

3.-Los gastos de enfermedad del deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extiende la preferencia (No 3 del artículo 2472).

Esta es una preferencia de origen más reciente, aunque ya aparece recogida por Pothier en el Antiquo Derecho Francés (24). Hay una razón de buen sentido que fundamenta la preferencia, puesto que por una parte, al propender a la

(23).-En igual sentido, Gaetano, I Privilegi, Torino, 1952, pg. 33. En contra, Musalem, ob.cit., pg. 95.

(24).-Pothier, Tratado de Procedto. Civil, 1821, t.14, pg.237.

recuperación de la salud del deudor se benefician de su capacidad de trabajo todos los acreedores; por otra parte resultaría poco ético que un profesional de la salud deba indagar la situación económica del enfermo antes de prestar sus servicios por carecer de toda preferencia para su pago. Con todo, la preferencia en cuestión no ha estado exenta de debate, puesto que hasta hace pocos años ella se reservaba a los gastos de enfermedad de que hubiere fallecido el deudor, lo que era inconsecuente, puesto que el haber salvado al enfermo era recompensado con el no reconocimiento de la preferencia. Fue el D.L. 1773 de 14 de Mayo de 1977 el que introdujo la reforma que luego sería recogida en el artículo 261 de la ley de quiebras que fijó el texto de los créditos de la primera clase. Ahí se amplía la norma en el sentido de amparar a los acreedores por gastos de enfermedad, tanto si fallece como si recupera la salud. Ciertamente hubiese sido deseable que la reforma fuese un paso más lejos, reconociendo la preferencia también para los gastos ocasionados por la enfermedad del cónyuge e hijos del deudor sometidos a su patria potestad, en caso que ellos carezcan de bienes propios.

Al tenor de la disposición, surgen las siguientes cuestiones:

a).-Cuáles son los créditos comprendidos en la preferencia? Son aquellos que provengan de "gastos de enfermedad del deudor". La palabra "enfermedad" debe tomarse, creo, en un

sentido amplio, comprensiva de toda alteración de la salud, sea física o psíquica. Los conceptos que utiliza la Ciencia del Derecho pueden ser extrajurídicos, como es el caso de la palabra "enfermedad", que en la norma está tomada como referencia al mundo exterior. En la clasificación de Engisch, la palabra "enfermedad" sería un concepto descriptivo, en oposición a los normativos, puesto que se limita a operar una enunciación de un fenómeno posible (25). De esta forma, se comprenden en la preferencia, entre otros, los honorarios de médicos, enfermeras, psiquiatras y en general de todo profesional de la salud, como también los gastos de hospitalización, tratamiento y medicinas.

b).-Cuáles son las limitaciones que ha establecido el legislador para esta preferencia? Desde luego destaca la circunstancia que el precepto no habla de gastos de enfermedad "necesarios". Se ha sostenido que dicha expresión podría resultar peligrosa, puesto que no es sensato suponer que los gastos por asistencia médica puedan ser realizados con propósitos de lujo u ostentación (26). Por otro lado, pareciera que el juez no puede abdicar de su función de intérprete de las normas, usando si es preciso un criterio restrictivo que se acepta en materia de preferencias por tratarse de normas de excepción. En la actualidad esto parece muy necesario, puesto que la ciencia médica ha

(25).-Engisch, Einfubrung in das Juristische Denken, Stuttgart, 1959, pg. 106 y siguientes.

(26).-En tal sentido, Molinario , ob.cit., pg. 508 y sigts.; Illanes Edwards, ob.cit., pg. 77.

evolucionado a gran velocidad, desarrollando todo tipo de tratamientos de alto costo, cuya eficacia y necesidad debe apreciar el juez con todos los antecedentes necesarios, como informe de peritos médicos. Por lo demás, en el procedimiento de quiebras está abierta la posibilidad de apreciación judicial mediante la impugnación de créditos y preferencias.

Ahora bien, una limitación expresa a esta preferencia lo constituye la duración de la enfermedad, puesto que si ella hubiese durado más de seis meses, el juez puede fijar la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Es evidente que en cualquier evento el juez sólo puede intervenir limitando la preferencia a solicitud de parte interesada, que serán el resto de los acreedores. El juez sopesará la necesidad de tales gastos, limitando la preferencia en todo aquello que su prudencia le indique que va en claro desmedro del resto de los acreedores.

4.-Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados (No 4 del artículo 2472).

Esta preferencia es una novedad de la actual redacción del artículo 2472 del Código Civil. Hizo bien el legislador en separar estos gastos de la quiebra de las costas judiciales tratadas en el No 1 del mencionado artículo,

porque si bien en ambas situaciones hay créditos emanados de gastos incurridos en un juicio y en interés de los acreedores, la preferencia del No 1 envuelve la idea de un gasto que es objeto de acción de reembolso para repetir contra otros, en cambio el No 4 constituye un simple gasto que no es materia de acción de tal naturaleza, porque lo pagan directamente los acreedores que han solicitado las diligencias que los han ocasionado y que el síndico realiza en su nombre y representación.

Se recoge en este No 4 del artículo 2472 una distinción que tenía una base doctrinaria clara. En efecto, los autores distinguen entre acreedores en la masa y acreedores de la masa (27). Los primeros son los acreedores que existían antes de la quiebra, mientras que se reserva el nombre de acreedores de la masa a aquellos que han originado sus créditos con posterioridad a la declaratoria de quiebra y producto del funcionamiento mismo del concurso. Serían deudas de la masa, en general, aquellas que contrae el síndico en interés general de los acreedores y que consisten en gastos del proceso y conservación de los bienes objeto de la quiebra, como también los honorarios del síndico (art. 33 de la Ley 18.175), gastos de informes periciales (art. 227 de la Ley 18.175) o los previstos en los artículos 100, 132

(27).-Puelma Accorsi, Curso de derecho de quiebras, Santiago, 1985, pg. 69 y 70. En igual sentido, Rafael Gómez Balmaceda, Apuntes de sus clases, Curso de derecho de quiebras, Santiago, 1987, quien prefiere distinguir entre acreedores anteriores y posteriores a la quiebra, debido a que la masa no tiene personalidad jurídica.

inciso 2 o 44 inciso 2, todos ellos de la misma ley de quiebras.

Antes de este precepto había casi unanimidad para señalar que estos créditos se pagaban con anterioridad al pago del pasivo, puesto que no eran propiamente deudas del fallido sino expensas necesarias para proveer al pago de sus deudas. En la actualidad se les ha dado a estos créditos una ubicación clara, aunque desde un punto de vista lógico su prioridad de pago nos merece dudas, puesto que los acreedores de la masa tienen como deudor precisamente a esa entidad abstracta llamada "masa", mientras que los acreedores en la masa tienen como deudor al fallido, y parece razonable que estos últimos no puedan cobrar sin antes haber pagado a los acreedores de la entidad ideal de la cual forman parte. Con todo, los créditos provenientes de la continuación efectiva del giro del fallido son siempre preferidos sobre todos los acreedores del fallido, con las limitaciones que establece el artículo 114 de la ley de quiebras, esto es, sólo pueden hacerse efectivos en los bienes comprendidos en la continuación efectiva del giro y además no alcanzarán a los bienes hipotecados, pignorados o retenidos en favor de los acreedores que no hubieran consentido en la continuación efectiva del giro; y aún si estos últimos prestaron su aprobación sólo son alcanzados por los acreedores del giro en aquella parte en que los bienes no gravados comprendidos en la continuación efectiva del giro fueren insuficientes para satisfacerlos.

Por último, los créditos comprendidos en esta

preferencia, conforme al artículo 148 inciso 2 de la ley de quiebras, no necesitan ser verificados en el proceso concursal.

5.-Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares (No 5 del artículo 2472).

Esta es una preferencia desconocida en Roma, la que sólo aparece revocada con alguna claridad a partir del Código de Napoleón. La razón es clara, puesto que la aparición del llamado Derecho del Trabajo es un fenómeno moderno, y lo mismo puede decirse respecto de la protección que el Estado brinda a los trabajadores. Es evidente el carácter tutelar y evolutivo de las normas laborales, ya que tienden a proteger a la parte débil de la relación de trabajo, otorgando una superioridad jurídica que compense su inferioridad económica.

Justamente esas son las ideas que inspiran la preferencia que comentamos, la protección de las remuneraciones y asignaciones familiares en cuanto ellas constituyen la base de la vida humana y social del trabajador (28).

De esta preferencia parece importante tratar los siguientes puntos:

a).-Qué debe entenderse por remuneración de los trabajadores? Ese es justamente uno de los contenidos de la

(28).-En igual sentido, Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. 12, Paris, 1927, pg. 39.

preferencia. La doctrina laboral ha señalado que la remuneración sería la contraprestación del empresario no sólo por los servicios prestados sino porque, en general, el trabajador se pone a su disposición y se somete a su plan de trabajo. Se habla también de "justa remuneración", que es una noción conceptualmente más rica, aunque sin un perfil jurídico definido. De tal suerte, la justa remuneración debe tener un carácter suficiente para satisfacer las necesidades básicas del trabajador y su familia, tomando en cuenta la contribución real del trabajador a la empresa, la situación económica de esta última y fundamentalmente las necesidades del bien común (29).

El concepto legal de remuneración lo proporciona el artículo 40 y 41 del Código del Trabajo. El artículo 40 inciso 1 nos indica que "se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo", y en su inciso 2 señala una serie de prestaciones que no constituyen remuneración, que tienen un carácter indemnizatorio o compensatorio, tales como asignación de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas, de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual, o las devoluciones de gastos en que se incurra (29).-Patricio Novoa Fuenzalida, Apuntes de sus clases, Curso de contrato de trabajo, Santiago, 1985.

por causas del trabajo.

Ahora bien, el artículo 41 del Código de Trabajo trata los distintos elementos constitutivos de la remuneración, a los que nos referiremos brevemente destacando sus características fundamentales:

1.-SUELDO: es el estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinado en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios. Esta norma destaca del sueldo su carácter pecuniario, periódico, contractual y fijo, ya sea que se haya establecido con precisión su monto o al menos su base.

2.-SOBRESUELDO: consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo. De acuerdo al artículo 31 inciso 3 del Código de Trabajo, las horas extraordinarias se pagan con un recargo del 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberá liquidarse con las remuneraciones ordinarias del respectivo período.

3.-COMISION: es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador. Es claro que esta norma diluye un poco el llamado "riesgo de empresa" propio de la relación laboral, el que en principio es soportado sólo por el empleador. Se diferencia de la "participación" en que la comisión atiende únicamente al número de operaciones que el empleador realiza con el trabajador, sin que importe que

haya o no utilidades.

4.-PARTICIPACION: es la proporción de las utilidades de un negocio determinado o de una empresa, o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma. De este concepto parece interesante destacar:

a.-presupone la existencia de utilidades, que pueden ser tanto totales como parciales. Algunos hablan de socialización del contrato de trabajo.

b.-presupone el acuerdo contractual, puesto que sólo el acuerdo de las partes la regula y determina. En esto se diferencia de las gratificaciones.

5.-GRATIFICACIONES:

corresponden a la parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador. La gratificación fue establecida en la legislación del ramo en el año 1924 y representa un sistema de participación del sector laboral en las utilidades de las empresas. Aparece reglada en sus aspectos sustanciales en los artículos 45 a 51 del Código del Trabajo.

b).-Cuáles son las garantías del pago de las remuneraciones de los trabajadores? Es evidente que la preferencia otorgada para su cobro reviste el carácter de garantía para el trabajador. Pero las garantías del pago de las remuneraciones constituyen un cuadro más general dentro de la legislación del trabajo, a las cuales nos referiremos. Desde luego digamos que las garantías de pago de las

remuneraciones pueden ser tanto sustantivas como adjetivas.

1.-GARANTIA SUSTANTIVA: se la contempla en el artículo 43 del Código del Trabajo, y se refiere al quantum o mínimo de la remuneración. Esta garantía es una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, y a la vez constituye una base mínima de partida para la negociación individual o colectiva.

2.-GARANTIAS ADJETIVAS: se las contempla en los artículos 53 y siguientes del Código del Trabajo, y constituyen un conjunto de normas cuyo objetivo es asegurar el pago real y oportuno de las remuneraciones. Estas garantías adjetivas pueden ser de varias clases;

2.1.-Garantías adjetivas en cuanto al pago en sí mismo. Se refiere a que la remuneración sea pagada en dinero efectivo salvo excepciones legales (art. 53 del C.T.), con la periodicidad estipulada que no podrá exceder de un mes (art. 54 del C.T.) y en el lugar de trabajo, entre lunes y viernes (art. 55 del C.T.).

2.2.-Garantías adjetivas frente al empresario. Se refieren a la irretenibilidad de las remuneraciones, en cuanto el empleador sólo puede descontar de las remuneraciones aquellos emolumentos que la ley lo autoriza a descontar (art. 57 del C.T.), comprende también la reajustabilidad de las remuneraciones insolutas, consagrando el valorismo jurídico en materia laboral (art. 62 del C.T.) y por último la garantía adjetiva frente al empleador comprende la publicidad en el pago de las remuneraciones (art. 61 del C.T.) y la responsabilidad subsidiaria del

dueño de la obra, empresa o faena de las obligaciones que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos (art. 63 del C.T.).

2.3.-Garantía adjetiva frente a los acreedores del trabajador. Consiste esencialmente en la inembargabilidad de las remuneraciones hasta un tope de 65 Unidades de Fomento, con las excepciones legales (art. 55 del C.T.).

2.4.-Garantía adjetiva en beneficio de la familia. Consiste en la excepción a la inembargabilidad hasta por un 50% de las remuneraciones en favor de las personas con derecho de alimentos (art. 56 inciso 2 del C.T.), comprende también la excepción a la irretenibilidad de la remuneración respecto de la cantidad que el trabajador asigne para la mantención de su familia (art. 58 del C.T.), y por último esta garantía adjetiva comprende las prestaciones en caso de fallecimiento del trabajador, bastando acreditar el estado civil respectivo, de sumas no superiores a 5 Unidades Tributarias Anuales (art. 59 del C.T.).

2.5.-Garantía adjetiva frente a los acreedores del empleador. Esto se refiere propiamente a la preferencia de que goza el trabajador para el pago de sus remuneraciones. Se refiere a esta garantía adjetiva el artículo 60 del C.T., y aunque no lo dice, los créditos en cuestión gozan de preferencia cuando emanan de un contrato de trabajo. El inciso 1 del artículo 60 hace una

enumeración extensa de créditos de origen laboral que gozan de la calidad de créditos de la primera clase, entre las cuales menciona las remuneraciones de los trabajadores. Su inciso 2 extiende la preferencia a los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito. El inciso 3 del mencionado artículo 60 no agraga nada nuevo, puesto que sólo señala a qué se extiende la expresión "remuneración", cuestión que ya se había resuelto en los artículos 40 y 41 del mismo código. Por último, los dos incisos finales del artículo 60 del C.T. se refieren a que los créditos gozan de la preferencia sólo cuando estén devengados, o sea, exigibles a la fecha en que se hagan valer, y agraga que los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda respecto de estos créditos preferentes.

c).-Qué se entiende por asignaciones familiares? Parece importante aclararlo, toda vez que gozan de la misma preferencia que las remuneraciones de los trabajadores. El propio artículo 40 del C.T. en su inciso 2 se encarga de diferenciarlas de las remuneraciones, al señalar que no constituyen remuneración, entre otras, "las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley".

Las asignaciones familiares vienen a ser la bonificación establecida por ley en beneficio de ciertas personas por cada una de las cargas familiares que ellos tengan viviendo a sus expensas y que no gocen de rentas propias.

El sistema de prestaciones familiares tiene antece-

dentes históricos que se remontan a Francia, donde la idea de un sobresalario para los jefes de hogar en función de sus cargas de familia fue introducido a fines del siglo pasado. Así y todo, fue Nueva Zelandia el país que dictó la primera ley sobre asignaciones familiares en el año 1927, sin precedentes históricos que la justifiquen. En nuestro país la institución tiene también una larga evolución que ha cristalizado en el D.F.L. 150 de 27 de Agosto de 1981. Esta norma fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre sistema único de prestaciones familiares y sistema de subsidio de cesantía para los trabajadores de los sectores públicos y privados.

Las asignaciones familiares gozan de igual preferencia que las remuneraciones de los trabajadores. Así se estimó conveniente establecerlo por primera vez en el D.L. 1773, lo que fue acogido en el texto que fija los actuales créditos de la primera clase. Su preferencia cubre los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito, el que debe estar devengado a la fecha en que se haga valer.

Por último agreguemos que, de acuerdo al artículo 148 inciso 3 de la ley de quiebras, los créditos comprendidos en la preferencia del No 5 del artículo 2472 del Código Civil, son pagados con cargo a los primeros fondos del fallido de que se pueda disponer, administrativamente, siempre que existan antecedentes documentarios que los justifiquen y aún antes de su

verificación. Al hacer estos pagos, el síndico cuidará que el monto del saldo del activo sea suficiente para asegurar el pago de los créditos de mejor derecho.

6.-Las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo los créditos del Fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del D.L. 3500, de 1980 (No 6 del artículo 2472).

Esta es una preferencia que se enmarca claramente dentro del campo del Derecho de la Seguridad Social, vale decir, de aquel conjunto de normas y principios que regulan las relaciones jurídicas entre los trabajadores y el ente gestor de la Seguridad Social. Dichas relaciones jurídicas pueden referirse principalmente a :

_ los efectos de la afiliación y prestaciones del sistema.

_ las relaciones jurídicas entre el empleador y el ente gestor de la Seguridad Social, referido al pago íntegro de las cotizaciones que retiene el primero.

_ el funcionamiento institucional de los entes gestores de la Seguridad Social (30).

Las preferencias que contempla el numeral 6 del (30).-Patricio Novoa Fuenzalida, Apuntes de sus clases, Curso de Derecho de la Seguridad Social, Santiago, 1986.

artículo 2472 están vinculadas a las dos últimas relaciones jurídicas reguladas por el Derecho de la Seguridad Social, aunque una de las preferencias contenidas en este número 6 es más amplia que la otra, porque se refiere, en general, a cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social cualquiera sea la naturaleza de ellas; mientras que la otra hipótesis se refiere a un caso específico de aporte del Estado en contra de las administradoras de fondos de pensiones. En ambos casos, de acuerdo al artículo 60 inciso 2 del C.T., la preferencia se extiende a los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito.

En relación con esta preferencia surgen dos cuestiones:

a).-A qué se refiere el legislador cuando habla de las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin? El asunto se vincula a los llamados Seguros Sociales, que son una rama de la Seguridad Social, que tienen por misión cumplir los objetivos de la Seguridad Social en lo relativo a la protección de la salud y mantención de los niveles de ingresos en relación a sus afiliados o cotizantes.

Los Seguros Sociales son esencialmente contributivos, en cuanto suponen un aporte llamado cotización, que efectúa el afiliado, sin perjuicio de los aportes del empleador o del Estado. Es a esas cotizaciones adeudadas a las que se refiere la preferencia en estudio.

El empleador es responsable de ese pago, aún si ellos son de cargo del trabajador, puesto que en ese caso el empleador es el recaudador de los mismos. Si el afiliado es un trabajador independiente, ahí la relación jurídica se da entre él y el asegurador, tanto para efectos de la afiliación como la cotización.

Por último, en cuanto a la naturaleza jurídica de la obligación de cotizar, me parece que la tesis publicista es la más acertada, puesto que ve en ella una especie de tributo especial con un estatuto jurídico propio, salvo en caso de la cotización por pensión de vejez, que se inscribe más bien en la tesis privatista que mira la obligación de cotizar como una especie de salario o remuneración diferida.

b).-En qué hipótesis el Fisco tiene un crédito en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por aportes que hubiese efectuado de acuerdo con el inciso 3 del artículo 42 del D.L. 3500? Es evidente que me estoy refiriendo a la segunda parte del numeral 6 del artículo 2472, donde se contempla esta preferencia. Destaca de ella su referencia clara al D.L. 3500, que es el cuerpo normativo que estableció en Chile el nuevo sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia. La preferencia apunta a un crédito muy específico que puede nacer en favor del Fisco en una circunstancia muy concreta. Para entender mejor la forma en que puede nacer esta preferencia en favor del Fisco me referiré a tres bases jurídicas que inspiran el nuevo

sistema de pensiones:

--adopta como sistema financiero el régimen de capitalización individual. El régimen de capitalización, sea individual o colectivo, se caracteriza porque los entes gestores de la Seguridad Social deben recaudar las cotizaciones y otros aportes, e invertirlas para que con dicho capital y su rentabilidad puedan pagarse las prestaciones una vez cumplidos los requisitos legales. El pago de las prestaciones futuras está asegurado por lo que se ha ido capitalizando a título de cotizaciones, aportes y sus rentabilidades.

--destaca como entes gestores del sistema de pensiones a las administradoras de fondos de pensiones (AFP), que se organizan como sociedades anónimas.

--el Estado asume diversas funciones y responsabilidades dentro del nuevo sistema de pensiones, lo que resulta plenamente justificado si se toma en cuenta el carácter privado y lucrativo de las AFP. Estas funciones y responsabilidades se refieren a:

1.-función fiscalizadora, que se lleva a cabo a través de la Superintendencia de AFP, Superintendencia de Valores y Seguros y del Banco Central.

2.-responsabilidad fiscal ante distintas situaciones puntuales. Destaca su responsabilidad para garantizar el pago de pensiones mínimas, su responsabilidad en caso de quiebra de una compañía de seguros o su responsabilidad en caso que una AFP



no forje, en el fondo de pensiones que administra, la rentabilidad mínima que la ley le exige otorgar.

Justamente asociada a esta última responsabilidad del Estado, en caso que la AFP no forje la rentabilidad mínima, surge la preferencia del Fisco que nos interesa. Ocorre que toda AFP debe tener una rentabilidad mínima, señalada en el artículo 37 del D.L. 3500, de manera que ninguna AFP puede abonarle a sus afiliados menos de dicha rentabilidad. Si la AFP no logra generar dicha rentabilidad mínima, puede completar la diferencia producida con cargo a la llamada Reserva de Fluctuaciones de Rentabilidad, constituida con los excesos de rentabilidad del respectivo fondo cuando ella fue alta; o bien puede recurrir al llamado Encaje, constituido por un porcentaje del total de su activo. Si aplicados estos mecanismos no logra enterar la rentabilidad mínima, será el Estado el que completará la diferencia, gozando en dicho crédito de una preferencia de primera clase.

7.-Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses (No 7 del artículo 2472).

Esta es una preferencia desconocida para el Derecho Romano, y sólo aparece claramente consagrada a partir del Código de Napoleón. Resulta claro que en la base de la preferencia está la necesidad de proporcionar al deudor lo indispensable para su subsistencia, conjuntamente con proteger a aquellas personas que proporcionan los

artículos de subsistencia, dándoles una preferencia (31).

Respecto de este numeral, surgen dos cuestiones:

a).-Qué se entiende por artículos de subsistencia? Los artículos de subsistencia son todos aquellos que resultan indispensables para mantener la vida del deudor y su familia y que comprenden su alimentación, vestuario y habitación. Respecto de los gastos de habitación, se produjo cierta discusión respecto de si la preferencia se extendía o no a ellos, y ello debido a que la Ley de prelación de 1845 los incluía expresamente, lo que no fue recogido en el Código Civil. Sin desconocer el interés del argumento, no me parece definitivo, puesto que no puede dejar de concluirse que la habitación es una necesidad de subsistencia para el deudor y su familia, tanto como lo son su alimentación y vestuario (32).

b).-Cuáles son las limitaciones que afectan a esta preferencia? Es evidente que el crédito debe provenir del suministro de artículos de subsistencia, siempre que ellos le sean necesarios. Para llegar a determinar la necesidad de los mismos, me parecen pertinentes criterios como la posición social, el número de personas que conforman la

(31).-Planiol et Ripert, ob. cit., pg. 47, para quienes la preferencia se fundamenta sobretodo en la protección al deudor y su familia; Molinario en cambio la explica como una protección a quienes proporcionan los elementos indispensables de subsistencia, ob. cit., pg. 544.

(32).-En contra, Lira y Risueño, La prelación de créditos, Santiago, 1935, pg. 19; Larrain Ríos, La cuarta clase de créditos privilegiados ante nuestra legislación, Tesis, 1940, pg. 34.

familia e incluso el lugar geográfico en que viven, entre otros. Una segunda limitación se refiere a que el suministro debe haberse efectuado en favor del deudor y su familia. Respecto del alcance de la expresión "familia", difiero de quienes hacen aplicación del artículo 815 del Código Civil, puesto que dicho precepto define la familia para efectos del derecho de uso y habitación, pero no podemos hacerla extensiva a los demás campos. La evolución social ha hecho que hoy en día la familia sea comprensiva sólo de los cónyuges, hijos y excepcionalmente otra persona unida por vínculos de parentesco. Por lo demás la doctrina ha utilizado, en distintas instituciones, nociones más restringidas de familia que la contemplada en el artículo 815 del Código Civil, como por ejemplo en el artículo 1740 No 5, a propósito del pasivo de la sociedad conyugal. En fin, no debe olvidarse que toda preferencia constituye una excepción a la regla de la igualdad de los acreedores, y extender demasiado el concepto de familia atentaría contra dicho carácter excepcional (33).

La última limitación a la preferencia, es que sólo gozan de ella los artículos de subsistencia suministrados durante los últimos tres meses, plazo muy breve que busca no perjudicar a los demás acreedores, y que se contará normalmente, hacia atrás, desde la fecha de la declatoria de quiebra.

(33).-En contra, Illanes Edwards, ob.cit., pg. 119; Musalem, ob.cit., pg. 144. En igual sentido al nuestro, Larraín Ríos, ob.cit., pg. 34.

8.-Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite del equivalente a 15 ingresos mínimos mensuales por trabajador. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas (No 8 del artículo 2472).

La preferencia en cuestión se vincula al fenómeno de la terminación del contrato de trabajo. Este es un problema de gran relevancia debido al contenido personal, además del patrimonial, que lleva envuelto el contrato de trabajo.

La discusión en torno a la terminación de la relación laboral se ha centrado principalmente en una causal de despido, la facultad del empleador para poner término al contrato de trabajo. Fue en el año 1872 que la Corte de Casación francesa, haciendo aplicación de la teoría del abuso del derecho, señaló que el empleador podía despedir al trabajador, pero que si tal facultad constituía un abuso, debía indemnizar. Las legislaciones de Latinoamérica comenzaron a recoger estas ideas, siendo Méjico el primer país que las acoge, dándoles incluso rango constitucional. La O.I.T., por su parte, aprobó el año 1963 la Recomendación 119 sobre terminación del contrato de trabajo por la sola voluntad del empleador, señalando que no debía procederse a la terminación del contrato de trabajo sino por razones fundadas atribuibles al trabajador o a las necesidades de la empresa.

Hay tres nociones doctrinarias que debemos tener muy presentes en materia de terminación del contrato de trabajo:

a.-LIBRE DESPIDO. Implica la facultad del empleador para despedir al trabajador aún cuando no medie causa justa de despido. Este libre despido puede ser:

--con o sin
plazo de preaviso.

--con o sin
indemnización.

b.-ESTABILIDAD LABORAL. Es el derecho del trabajador a permanecer en el empleo, vinculado por el contrato de trabajo, mientras no se configure una causa justa de despido, ya sea atribuible a su persona o ya sea objetiva. La estabilidad laboral no es sinónimo de inamovilidad laboral, y constituye simplemente la aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo laboral.

c.-INAMOVILIDAD. Es el derecho a permanecer en el empleo, salvo que se incurra en una causal de caducidad imputable a su persona y ello sea declarado por sentencia judicial. A diferencia de la estabilidad laboral, el trabajador no puede ser despedido por causas objetivas sino sólo por razones subjetivas voluntarias atribuibles a su conducta. Gozan de inamovilidad ciertos trabajadores, como los dirigentes sindicales, el delegado del personal o la mujer embarazada, entre otros.

La preferencia de este No 8 del artículo 2472 es históricamente muy reciente, como lo es el propio Derecho del Trabajo. Su fundamento apunta a compensar al trabajador por los años en que se sometió al plan de trabajo de su empleador, sin perjuicio de constituir una ayuda económica mientras el trabajador se reinserta en otro empleo.

La preferencia cubre las indemnizaciones laborales, sean convencionales o legales, con lo que se deja abierta la posibilidad de pactar colectiva o individualmente una indemnización superior a la legal, la que igualmente goza de la preferencia. Tal como ocurre con las remuneraciones, los créditos por este concepto deben estar devengados a la fecha en que se hagan valer y cubren, conforme al artículo 60 inciso 2 del C.T., los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito. Con todo, el límite de la preferencia alcanza a los 15 ingresos mínimos mensuales por trabajador, y en el exceso se considerarán valistas. El monto máximo es parco, sobretudo en relación a los trabajadores antiguos, y habría sido deseable que se tomase en cuenta, para estos efectos, los años de servicio del trabajador.

Por último, conforme al artículo 148 inciso 4 de la ley de quiebras, los créditos de este numeral se pagan sin necesidad de verificación previa, y con cargo a los primeros fondos del fallido de que se pueda disponer, administrativamente, siempre que existan antecedentes documentarios que los justifiquen, con el sólo mérito de la sentencia judicial ejecutoriada que así lo ordene.

9.-Los créditos del Fisco por los impuestos de retención y de recargo (No 9 del artículo 2472).

La preferencia del Fisco para el pago de los impuestos tiene una tradición histórica que se remonta al Derecho Romano. La razón es evidente, porque los impuestos constituyen una de las principales fuentes de ingreso para que el Estado desarrolle sus fines propios, en especial la promoción del bien común.

Llama la atención en esta preferencia el hecho que el Estado haya sufrido una especie de capitis diminutio respecto de su prioridad en el cobro de impuestos, sin perjuicio de mantener intacta la preferencia de la cuarta clase acordada en el artículo 2481 No 1 para los créditos del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales. En efecto, antes de la nueva redacción del artículo 2472, el Fisco tenía dos preferencias de primera clase por créditos derivados de impuestos, e incluso compartía un numeral con las Municipalidades por los créditos derivados de impuestos municipales.

Surgen dos cuestiones respecto de esta preferencia:

a).-Qué se entiende por impuestos de retención y recargo ? En primer término debe quedar claro que el legislador habla de impuestos, que es una noción más específica que la de tributos. La doctrina define con precisión lo que debe entenderse por impuesto, o sea, la prestación pecuniaria que un ente público tiene derecho a exigir en virtud de su

potestad de imperio, originaria o derivada, en los casos, en la medida y según los modos establecidos en la ley, con el fin de conseguir un ingreso (34). Esa noción se diferencia de lo que son contribuciones y tasas, distinción que nuestra jurisprudencia ha recogido sólo desde hace pocos años, pero que resulta indispensable tener presente (35). Pero además la preferencia sólo alcanza a los impuestos que sean de retención y recargo. Se ha entendido que los primeros son aquellos comprendidos en la Ley de Impuesto a la Renta, en que ciertas personas naturales o jurídicas que pagan por cuenta propia o ajena determinadas rentas mobiliarias, deben retener y deducir el monto del impuesto al tiempo de hacer el pago de tales rentas, como el tributo único a la renta que grava a los trabajadores o el que grava a los profesionales independientes. Se ha entendido que impuestos de recargo son, especialmente, aquellos señalados en la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios. La preferencia se justifica toda vez que quien realiza la retención o el recargo actúa como recaudador del tributo. Con todo, ambas situaciones no son exactamente iguales, puesto que en los impuestos de retención el sujeto del impuesto es el que recibe la renta y no el que la retiene,

(34).-Giannini, Instituciones de Derecho Tributario, Madrid, 1957, pg. 46.

(35).-Para ver la evolución jurisprudencial respecto a la distinción entre las nociones de impuesto, contribución y tasa, ver Figueroa Valdés, Las Garantías Constitucionales de los Contribuyentes en la Constitución de 1980, Santiago, 1985, pg. 34 y siguientes.

sin perjuicio de su responsabilidad. En cambio en los impuestos a las ventas y servicios se considera normalmente sujeto del impuesto al que los efectúa, jugando además un mecanismo compensatorio de crédito y débito fiscal.

b). A qué se extiende la preferencia ? Ya hemos establecido que la preferencia se refiere a créditos del Fisco por impuestos de retención y recargo. La preferencia se extiende a los intereses, reajustes y multas. La extensión de la preferencia a las multas se ha prestado a dudas, puesto que se ha sostenido que tales sanciones no forman parte del crédito mismo (36). Por mi parte creo que la preferencia se hace extensiva a las multas, que en materia de impuestos son de gran relevancia, puesto que ellas quedan comprendidas en el crédito mismo del cual emanaron, y por otro lado el texto del artículo 60 inciso 2 del C.T. no deja lugar a dudas, porque refiriéndose a los créditos que enumera en dicho artículo, entre los cuales contempla a los impuestos fiscales de retención y recargo, hace extensiva la preferencia a los reajustes, intereses y también las multas que correspondan al respectivo crédito.

B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE PRIMERA CLASE.

1.-Constituyen una preferencia general. Esto significa que recae sobre la totalidad de los bienes del deudor. Así se desprende del artículo 2473 inciso 1, ya que señala que

(36).-Alessandri, La prelación de créditos, Santiago, 1940, pg. 26; Larrain Ríos, ob.cit., pg. 35.

"los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor....". Sus herederos responden de igual manera, salvo que haya mediado beneficio de inventario o separación, como se desprende del artículo 2487 al decir que "las preferencias de la primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados". Las reglas generales en materia sucesoria hacían aparentemente innecesario consagrar esta disposición, sin embargo, etendido el carácter excepcional de las preferencias, el legislador consideró prudente establecerla. Una excepción a este carácter general de la preferencia de primera clase lo constituye la responsabilidad pecuniaria que impone el artículo 182 de la Ley de Alcoholes, que recae sobre "los establecimientos y sus anexos, y sobre las mercaderías existentes".

2.-En caso de quiebra los créditos de primera clase se pagan tan pronto como haya fondos para ello. Así se desprende del artículo 148 inciso 1 de la ley de quiebras, ya que señala que "el síndico hará el pago de los créditos privilegiados de la primera clase que no hubieren sido objetados, en el orden de preferencia que les corresponda, tan pronto como haya fondos para ello; reservará lo necesario para el pago de los créditos de la misma clase, cuyo monto o privilegio

esté en litigio, y para la atención de los gastos subsiguientes de la quiebra". Aunque no lo señala la disposición, es necesario además que los créditos estén en la lista de créditos reconocidos.

3.-Constituyen una preferencia personal. Esto significa que los bienes del deudor están afectos a la preferencia mientras permanezcan en su patrimonio, ya que como indica el artículo 2473 inciso 2, "los créditos enumerados en el artículo precedente no pasarán en caso alguno contra terceros poseedores". Una excepción a este carácter personal de los créditos de la primera clase lo constituye nuevamente el señalado en el artículo 182 de la Ley de Alcoholes, que pasa contra terceros poseedores.

4.-Los créditos de primera clase prefieren entre sí en el orden en que están enumerados. Esta característica reviste real importancia en el caso que no haya suficiente para pagarlos a todos. Para estos efectos no importa la fecha del respectivo crédito, ya que como señala el artículo 2473 inciso 1 segunda parte, "no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata".

5.-Los créditos de primera clase prefieren a todos los demás créditos comprendidos en otras clases. Es decir, ellos se pagan con preferencia a cualquier otra categoría de créditos. La cuestión reviste particular interés tratándose

de los créditos especiales de segunda y tercera clase, puesto que la regla en verdad significa que los créditos de primera clase sólo prefieren a ellos si los bienes restantes son insuficientes. Dicho de otra manera, los acreedores prendarios y demás de su clase, y los acreedores hipotecarios y demás de la suya, tienen derecho a pagarse con preferencia en los bienes especialmente afectos, aún respecto de créditos de primera clase, si el deudor tiene bienes suficientes. Así se desprende del artículo 2476 para los créditos de segunda clase, y lo propio cabe para los créditos de tercera clase según lo prescribe el artículo 2478 inciso 1. Los problemas jurídicos que plantean estas normas son variados. A uno de ellos, la distribución del déficit de los créditos de primera clase si hay bienes afectos a créditos de segunda y tercera clase, ya nos referimos anteriormente (37). Pero aún quedan otras cuestiones que resolver:

a.-Cómo se reparte el déficit de los créditos de primera clase entre los créditos de segunda clase? La cuestión se plantea si los bienes del deudor son insuficientes para cubrir todos los créditos de primera clase y es necesario recurrir a bienes afectos a créditos de segunda clase. Me parece que el déficit debe ser soportado por los acreedores de segunda clase en proporción a sus respectivos créditos. Si el déficit se hiciera valer solamente sobre uno de los bienes afectados a un crédito de

(37).-Ver supra, Capítulo II, No 6.

segunda clase, y no a prorrrta sobre todos ellos, se estaría estableciendo una nueva preferencia y vulnerando el carácter estrictamente legal de las mismas, consagrado en el artículo 2488. Por lo demás, el propio legislador señaló esa solución para similar situación pero tratándose de créditos de la tercera clase, como aparece del artículo 2478 inciso 2.

b.-Quién debe soportar el peso de la prueba de que los bienes generales del deudor son insuficientes para pagar los créditos de la primera clase y debe recurrirse a los de segunda o tercera clase, si los hubiere? En una primera época la jurisprudencia se inclinó por señalar que dicho peso incumbía al acreedor con preferencia especial. Somarriva avala esta postura señalando que el acreedor de primera clase tendría dificultades en producir esta prueba, pues tendría que acreditar un hecho negativo, que el deudor carece de bienes. Por otro lado, la pretensión del acreedor de primera clase se hará valer muchas veces por la vía de la tercería de prelación, entonces el acreedor con preferencia especial se excepcionará alegando que el deudor tiene otros bienes en los cuales el tercerista puede hacer valer su derecho, y el que opone una excepción debe probar los hechos en que la funda (38). Lo cierto es que en la actualidad la jurisprudencia se inclina por la solución opuesta, es decir, el onus probandi racae sobre el acreedor de primera clase,

(38).-Somarriva, ob.cit., pg. 464.

ya que se ha estimado que la no existencia de otros bienes es un requisito constitutivo de la acción del acreedor de primera clase (39).

II.-LA SEGUNDA CLASE DE CREDITOS.

A esta clase de créditos pertenecen los de las personas enumeradas en el artículo 2474, al que agregaremos los créditos de ciertos acreedores en las llamadas prendas especiales y el crédito del acreedor retencionario sobre bienes muebles y cuyo derecho ha sido declarado judicialmente.

A.-LOS CREDITOS DE SEGUNDA CLASE EN PARTICULAR.

1.-Crédito del posadero (No 1 del artículo 2474).

Esta es una preferencia de origen reciente, puesto que se remonta al artículo 175 de la Costumbre de Paris, la que concedía al hotelero incluso el derecho de retención sobre las caballerías y efectos del viajero hasta que se le pagasen los gastos causados por el hospedaje. Lo recoge después el artículo 2102 del Código de Napoleón, desde donde ejerce su influencia a todos los códigos, entre ellos el chileno (40).

Respecto del fundamento de la preferencia, la doctrina francesa en su mayoría estima que el sustrato de la

(39).-Para ver la evolución jurisprudencial, Somarriva, Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia, Santiago, 1984, pg. 338.

(40).-En tal sentido, Gullón Ballesteros, ob.cit., pg. 56; Cordeiro, Tratado de los Privilegios, Buenos Aires, 1941, pg. 177.

institución está en la prenda tácita, es decir, por el hecho de introducir el cliente sus efectos en la posada, celebra un contrato con el posadero por el cual constituye prenda sobre ellos, a fin de asegurar el pago de las expensas en que incurra (41). Sin desconocer el interés del argumento, no me parece el más apropiado puesto que se recurre a una modalidad excepcional de una institución distinta como es la prenda y además asimila la preferencia a un derecho real, en circunstancias que a nuestro juicio la preferencia representa sólo una cualidad del crédito que le da prioridad frente a los demás acreedores. Por último, no debe olvidarse que el artículo 2241 asimila al depósito necesario el que hace el pasajero de sus efectos en poder del posadero o sus dependientes, por lo que hablar de una prenda tácita puede mover a confusiones innecesarias. Por ello estimo que la razón que fundamenta la preferencia es más bien de carácter práctico, y dice relación con el tipo de negocio que desarrolla el acreedor, puesto que presta una cierta utilidad general y donde el posadero se ve en la necesidad de dar crédito a gente cuya solvencia desconoce. Por ello parece razonable concederle una preferencia en el pago de los gastos del giro en que haya incurrido el deudor.

(41).-Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Traité theorique et pratique de droit civil, des privilèges et hypothèques*, t. 1, Paris, 1906, pg. 503; Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. 1, Paris, 1854, pg. 259. En Chile, Vassallo, *Créditos privilegiados de segunda clase*, Tesis, Santiago, 1934, pg. 38 y siguientes.

Respecto de esta preferencia, surgen dos cuestiones que resolver:

a).-Sobre qué objetos recae la preferencia ? Ella recae sobre todos los objetos del deudor introducidos por éste en la posada. Tales serían, el equipaje, mercaderías e incluso animales. Las cosas introducidas después de la llegada del viajero también quedarían comprendidas, puesto que el legislador no distingue al respecto.

La ley ha presumido que son de propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, como lo indica el inciso final del No 2 del artículo 2474. La regla se justifica plenamente, puesto que sería casi imposible que el posadero comprobase la propiedad de los objetos introducidos. Con todo, es una presunción simplemente legal que se desvanece si se rinde prueba en contrario, y a mi juicio tampoco juega la presunción si se le ha hecho saber al posadero que no le pertenecen o éste lo sabe por cualquier medio (42).

b).-Cuáles son las limitaciones que afectan a la preferencia que nos ocupa ? En primer lugar el crédito debe provenir de gastos de hospedaje, pero no de un alojamiento anterior, puesto que como se verá, la preferencia dura mientras permanezcan los efectos en la posada. Igualmente, si el posadero ha efectuado préstamos en dinero al viajero, dicho crédito parece ajeno a la órbita de la preferencia. Una

(42).-En igual sentido, Bianchi, Dei privilegi, Napoli-Torino, 1924, pg. 574; Molinario, ob.cit., pg. 655.

segunda limitación lo constituye el hecho que sólo puede invocar la preferencia el posadero, o sea, aquellos que se dediquen al hospedaje, con lo cual se excluye a los restaurantes o establecimientos que sólo suministran bebidas. Una última limitación se refiere a que la preferencia sólo afecta a los bienes del deudor mientras permanezcan en la posada. Así, se sostiene que se pierde la preferencia desde el momento en que los efectos salen de la posada, ya que sería difícil en caso contrario constatar su identidad y probar que han sido introducidos en aquel lugar (43). La preferencia se pierde si se entregaron las cosas o el viajero las saca, puesto que en este último caso, si bien hay una suerte de fraude del viajero, también hay negligencia del posadero. A pesar de ello, si la sustracción es obra de un tercero, el posadero en su calidad de depositario y dando aplicación a los artículos 2242 y 2243, podría recuperar las cosas que han salido de su posada (44).

2.-Crédito del acarreador o empresario de transporte (No 2 del artículo 2474).

Esta es una preferencia de antigua data. En efecto, un comentario del jurista Ulpiano permite afirmar que esta preferencia era conocida en el Derecho Romano. También la acogió el Código de Napoleón en el artículo 2102 al disponer

(43).-Troplong, ob.cit., pg. 263.

(44).-Luzzati, Dei privilegi e delle ipoteche, t. 1, Torino, pg. 681; Vassallo, ob.cit., pg. 43.

que son privilegiados sobre ciertos muebles "los gastos de transporte e impensas accesorias, sobre la cosa transportada".

Sobre el fundamento de la preferencia, la situación es similar al crédito del posadero. Es decir, me parece impropia la idea de que la preferencia se funda en una prenda tácita, en que los efectos transportados son la prenda del precio del transporte (45). Creo más acertada la idea de Martou, quien ve el fundamento de la preferencia en los servicios que el transporte presta a la sociedad, facilitando las relaciones de negocios y por la necesidad en que coloca al acarreador de ponerse a disposición de personas cuya solvencia ignora (46).

La preferencia del acarreador o empresario de transporte terrestre mercantil ya fue vista con anterioridad (47). Por ello nos referiremos a las dudas que nos plantea la preferencia tratada en el Código Civil:

a).-Sobre qué objetos recae la preferencia ? La preferencia recae sobre los efectos acarreados con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. El No 2 del artículo 2474 contempla también una presunción simplemente legal respecto de la propiedad de los efectos transportados, en el sentido que se presume que son de propiedad del deudor

(45).-Baudry-Lacantinerie et De Loynes, ob.cit., pg. 511 y 512; Vassallo, ob.cit., pg. 46.

(46).-Martou, Des privilèges et hypothèques, Bruselas-Paris, 1855-57, t. 2, pg. 161.

(47).-Ver supra, Capítulo III, No 2.

los efectos acarreados por su cuenta. La presunción no corre si el deudor le hace saber al acreedor su calidad de mero tenedor de las mismas o dicha circunstancia llega a conocimiento suyo por cualquier vía, como también si se rinde prueba al efecto.

b).-Cuales son las limitaciones de la preferencia ? En primer lugar la preferencia favorece al acreedor que es acarreador o empresario de transporte. De la lectura del artículo 2013 se desprende que para nuestro legislador el que se encarga de transportar se llama generalmente acarreador, mientras que habla de empresario de transporte para referirse al que ejerce la industria de ejecutar transporte de personas o cargas. La preferencia en estudio los comprende a ambos. Una segunda limitación se refiere a que el crédito debe provenir de deudas de transporte, o como dice el legislador, de gastos de acarreo, expensas y daños. Así por ejemplo, si el acarreador debió descargar las mercaderías para ponerlas bajo techo porque comenzó una tormenta, dicho gasto queda incluido en la preferencia. Por otra parte, la preferencia no se extiende a los créditos por viajes anteriores, salvo si se ha convenido un solo contrato y el precio comprende todas las mercaderías transportadas, aunque se realicen varios viajes al efecto. Por último, al igual que la preferencia del posadero, ella subsiste en tanto los efectos transportados estén en poder del acarreador o en el de sus agentes o dependientes, ya que una vez entregados su crédito es simplemente valista. Cabe

consignar que Bello, en su proyecto de Código Civil del año 1853, previó un plazo de 30 días después de la entrega, durante el cual el acarreador podía reclamar la preferencia, norma que no tuvo consagración definitiva (48).

3.-Crédito del acreedor prendario (No 3 del artículo 2474).

La preferencia que otorga la prenda reviste ciertas notas de interés particular. Desde luego destaca el hecho que, si bien es la ley la que concede la preferencia, son las partes mediante la convención respectiva las que actualizan dicho mandato. Además, al ser una garantía voluntaria, puede ser constituida sobre bienes de terceros, lo que no ocurre con otras preferencias salvo la hipoteca.

El código se ha referido en este numeral a la prenda clásica o con desplazamiento, aquella regulada en los artículos 2384 y siguientes, que por lo demás era la única conocida a la época de su dictación.

El origen de esta preferencia se remonta al Derecho Romano, donde surge asociada a la institución del crédito, instrumento indispensable dentro de la vida social, puesto que la garantía no se busca en la integridad del patrimonio, sino en el bien afecto al cumplimiento de la obligación que queda en poder del acreedor prendario.

El fundamento es atribuido por algunos a la calidad del crédito garantido con la prenda, como en los

(48).-Bello, ob.cit., t. 7, pg. 630.

otros casos de preferencias (49). Para otros autores la preferencia que genera el derecho de prenda nace exclusivamente del derecho real, puesto que no está ligada a la cualidad del crédito (50). A mi entender, la preferencia no puede asimilarse a un derecho subjetivo real, sin perjuicio de ir asociada a él. Al conceder la preferencia, el legislador otorga una prioridad de pago que en el caso de la prenda se justifica por la necesidad de obtener crédito a quien, por no tener normalmente un patrimonio suficiente, no lo obtendrá mediante crédito personal.

La preferencia que nos ocupa cuenta con tres limitaciones claras:

a.-El acreedor prendario, para aprovechar la preferencia, debe ejercitar precisamente la acción prendaria y no la acción personal emanada de la obligación a la cual la prenda cauciona. La posibilidad de llevar a cabo lo que llamamos responsabilidad patrimonial universal se desprende claramente del artículo 2397, puesto que advierte que la facultad del acreedor de realizar la prenda para pagarse con el producto de la realización es "sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios". Si demanda su acción personal y embarga otros bienes del deudor, carece de preferencia en el pago.

b.-El saldo insoluto carece de

(49).-martou, ob.cit., t. 7, pg. 630.

(50).-Domat, Lois Civiles, Libro III, Título I, Sección V, preámbulo, citado por Gullón Ballesteros, ob.cit., pg. 47.

preferencia. Esto es, al tener la preferencia del acreedor prendario un carácter especial, si parte del crédito queda sin pagarse con el producto de la realización de la prenda, el saldo insoluto es un crédito valista, todo ello conforme al artículo 2490.

c.-El acreedor prendario debe tener la cosa objeto de la prenda bajo su poder. Sabemos que el acreedor prendario es un mero tenedor de la cosa pignorada y la ley lo equipara a un depositario en el artículo 2395. Esto sin perjuicio que el acreedor prendario es dueño y poseedor del derecho real de prenda.

En Francia, la preferencia funciona respecto del acreedor prendario que tiene la tenencia de la cosa (51). En nuestra legislación, el artículo 2474 No 3 nada ha dicho acerca de si el acreedor prendario debe detentar la cosa prendada para efectos de ejercer la preferencia, pero una interpretación apropiada de los artículos 2397 y 2393 nos permite llegar a similar conclusión, puesto que el primero de ellos confiere al acreedor prendario el derecho de venta referido a la cosa empeñada, la que tácitamente está suponiendo en poder del acreedor. Por su lado, el artículo 2393 da derecho a reivindicar la cosa contra toda persona en caso de perder su tenencia. El legislador mercantil se refirió al punto expresamente en el artículo 817 al señalar que "el privilegio nace, subsiste y se extingue con la

(51).-Huc, Traité théorique et pratique du Code Civil, 1893, t. 13, pg. 100.

posesión de la prenda, bien la tenga el acreedor prendario o un tercero elegido por las partes". Aunque los términos son amplios, debemos entender que la preferencia se extingue cuando el acreedor prendario pierse voluntariamente la tenencia de la cosa, pero no cuando la pérdida es involuntaria. Algún fallo jurisprudencial ha declarado que estos principios deben aplicarse a toda prenda, sea de naturaleza mercantil o civil (52).

4.-Crédito de los acreedores prendarios en las llamadas prendas especiales.

En nuestra legislación, además de la prenda regida por el Código Civil, existen otras prendas a las que se acostumbra a llamar especiales, en oposición a la civil que es la de derecho común. La importancia de estas prendas especiales es creciente, sobretodo porque en ellas normalmente el deudor conserva la tenencia de la cosa, eliminando así el mayor inconveniente que tiene la institución clásica. Estas prendas especiales conceden también una preferencia al acreedor respectivo, y de ese punto nos ocuparemos:

A.-Crédito del acreedor prendario en la prenda mercantil. La prenda será mercantil si la naturaleza de la obligación a que accede tiene dicho carácter. Si no es posible precisar la naturaleza civil o mercantil de la obligación principal, se puede recurrir a la teoría de lo accesorio, según interpretación a contrario sensu del

(52).-C.S.,13 Dic. 1919, R.D.J.,1921,t.18,Sección 1a,pg.259.

artículo 3 No 1 inciso 2 del Código de Comercio (53).

Respecto de la preferencia que concede la prenda mercantil, ella aparece tratada en el artículo 814 de dicho código, del cual se desprende que tiene igual categoría que la prenda civil, esto es, un crédito de segunda clase que debe soportar la prioridad de los créditos de primera clase por el déficit de los mismos cuando no alcancen a pagarse con los demás bienes del deudor. Ya hemos descartado el presunto carácter de superpreferencia que alguna doctrina ha querido darle a la prenda mercantil fundado en la expresión "con preferencia a los demás acreedores del deudor" que utiliza el artículo 814 antes citado (54).

Agreguemos que para gozar de la preferencia antes indicada, no basta con la entrega de la cosa sino que además se requiere el llamado "conste" a que hace mención el artículo 815 del Código de Comercio. Como el hecho de que la prenda civil se perfeccione tanto entre las partes como respecto de terceros por la simple entrega de la cosa, y ello se puede prestar a fraudes tales como alterar el objeto pignorado o el monto del crédito, es que el legislador comercial quiso precaver esas situaciones. Por ello, para invocar la preferencia que otorga la prenda mercantil frente a terceros, debe estar determinado tanto el crédito que se asegura como la prenda misma mediante escritura pública o

(53).-Palma Rogers, Derecho Comercial, Santiago, 1941, pg. 544; Olavarría, Manual de Derecho Comercial, 1970, pg. 125.

(54).-Ver supra, Capítulo III, No 2.

documento privado protocolizado.

Por último, agreguemos que el artículo 817 contiene dos notas de interés. En primer lugar posibilita que la entrega de la cosa no sólo se haga al acreedor, sino también a un tercero elegido de común acuerdo por los contratantes. En segundo lugar, dicho artículo 817 comete la falta de hablar de posesión de la prenda cuando el acreedor es mero tenedor de ella, pero sí destaca con ello la importancia que tiene la entrega material de la cosa y su conservación en manos del acreedor.

B.-Crédito del acreedor prendario en la prenda agraria (Ley 4097). Esta es una de las llamadas prendas especiales, y ella tiene por objeto constituir una garantía sobre una cosa mueble para caucionar obligaciones contraídas en el giro de los negocios relacionados con la agricultura, ganadería y demás industrias anexas, conservando el deudor la tenencia y uso de la prenda.

El legislador no señaló la preferencia de que goza el acreedor en la prenda agraria, por lo que recibe aplicación lo señalado en el No 3 del artículo 2474 del Código Civil, o sea, un crédito de segunda clase por tratarse de una prenda.

El artículo 17 de la ley sobre prenda agraria permite constituir una nueva prenda sobre el objeto pignorado, previo consentimiento del acreedor. Se puede plantear el problema de determinar la forma en que se pagan sobre el bien prendado estos acreedores concurrentes. La doctrina ha dado soluciones distintas al problema. Para

algunos debe seguirse igual camino que cuando hay varias hipotecas sobre un bien raíz, o sea, se prefiere al que constituyó primero el gravamen, que además fue el criterio seguido para solucionar un problema similar en la prenda industrial (55). Parece más acertada la solución dada por otros autores, en el sentido que los acreedores prendarios concurren en igualdad de condiciones porque ese perjuicio al primer acreedor explica la necesidad de pedir su consentimiento para volver a dar la cosa en prenda, exigencia que no da en la hipoteca ni en la prenda industrial. Además, aplicar una solución distinta a la concurrencia en pie de igualdad, aplicando las reglas de otras instituciones, significa dar una solución analógica al problema, que como sabemos queda excluido en materia de preferencias (56). Me parece interesante la observación de un autor, que concordando con la tesis que aceptamos para solucionar el problema, hace presente que si la concurrencia es igualitaria, la posibilidad de constituir una nueva prenda es más bien teórica, puesto que no es lógico que el primer acreedor desee prestar su consentimiento sabiendo que con ello disminuye su garantía al concurrir en iguales condiciones con los demás acreedores prendarios (57)

(55).-Palacios González, ob.cit., pg. 62.

(56).-En igual sentido, Zuloaga Villalón, ob.cit., pg. 180; Somarriva, Tratado..., ob.cit.,pg. 281; Bulnes Sanfuentes, Diversas formas del contrato de prenda en nuestra legislación, Tesis, Santiago, 1939, pg. 179

(57).-Gómez Reyes, ob.cit., pg. 193.

C.-Crédito del acreedor prendario en la prenda industrial (Ley 5687). La prenda industrial tiene por objeto constituir una garantía sobre cosas muebles, para caucionar obligaciones contridas en el giro de los negocios que se relacionan con cualquier clase de trabajos o de explotación industrial, conservando el deudor la tenencia y el uso de la prenda.

Ya me he referido a la preferencia que concede el artículo 25 de la ley sobre contrato de prenda industrial, que a mi entender es una preferencia de segunda clase, descartando los argumentos de quienes la ven como una superpreferencia (58).

Digamos también que la ley permite que la misma cosa sea dada en prenda a dos o más acreedores distintos, sin pedir el consentimiento a los acreedores anteriores. Pero en este caso la propia ley, en el artículo 42, reguló la concurrencia de los varios acreedores prendarios, remitiéndose a los principios que rigen la hipoteca, es decir, prefieren por el orden de las fechas de las distintas inscripciones prendarias.

D.-Crédito del acreedor prendario en la prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos (Ley 4287). La prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos tiene por objeto constituir una garantía sobre ciertos valores mobiliarios en garantía de operaciones o contratos que se celebren o hayan de celebrarse más adelante con una empresa bancaria.

(58).-Ver supra, Capítulo III, No 2.

Respecto de la preferencia que concede al acreedor prendario, el artículo 4 de la misma ley se remite a la preferencia establecida para la prenda mercantil en el artículo 814 del Código de Comercio, que hemos calificado como una preferencia de segunda clase.

No parece probable la concurrencia de acreedores prendarios sobre el mismo bien, puesto que aparte de las formalidades que indica la ley según se trate de títulos a la orden o de acciones nominativas de una sociedad en comandita o anónima, lo razonable es pedir la entrega de los títulos al acreedor (59). Tratándose de títulos al portador, no cabe duda que ellos quedan en poder del acreedor, porque el contrato de prenda se perfeccionará por su entrega.

E.-Crédito del acreedor prendario en la prenda de cosas muebles que se vendan a plazo (Ley 4742). Esta prenda es la que tiene por objeto garantizar el saldo de precio de una compraventa a plazo de una cosa mueble singularizable y no fungible, conservando el deudor la tenencia de ella.

Respecto de la preferencia que concede esta prenda, la ley no ha dado regla especial, por lo cual reciben plena aplicación las normas sobre preferencias establecida en el No 3 del artículo 2474. Es decir, conceden una preferencia de segunda clase sobre los bienes afectos a ella.

En cuanto a la posibilidad de dar el mismo bien

(59).-Bulnes Sanfuentes, ob.cit., pg. 86.

nuevamente en prenda, el artículo 10 de la ley impide la constitución de cualquier clase de prenda, salvo consentimiento del primitivo acreedor. A falta de regulación sobre como concurren se ha estimado que deben hacerlo en un plano de igualdad, dando aplicación al principio general recogido en el artículo 2469. De no ser así, se estaría otorgando, sin texto legal alguno, una preferencia al primer acreedor prendario con respecto a los acreedores prendarios posteriores, vulnerando el origen estrictamente legal de las preferencias.

F.-Crédito del acreedor prendario en la prenda sin desplazamiento (Ley 18112). El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía sobre una cosa mueble, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso de la prenda.

Para efectos de la preferencia que concede esta prenda, el artículo 12 de esta ley reconoce al acreedor prendario una preferencia similar a la establecida en el artículo 2474 del Código Civil, vale decir, de segunda clase.

Digamos además que la posibilidad de constituir nuevas prendas sobre el mismo bien está limitada a la exigencia del consentimiento escrito del acreedor, salvo que se convenga lo contrario, según el artículo 18 inciso 1 de la ley respectiva. Respecto a la concurrencia de estos posibles acreedores prendarios sobre el producto de a reali-

zación de la cosa pignorada, debemos optar, a falta de solución expresa, por la concurrencia igualitaria de todos ellos, a prorrata de sus respectivos créditos.

G.-Crédito del acreedor prendario en la prenda minera (art. 220 del Código de Minería). La prenda minera es una garantía real sobre una cosa mueble, que otorga al acreedor el derecho de hacerla valer para efectos de pagarse preferentemente con su precio si el deudor no cumple con su obligación. Los bienes susceptibles de prenda minera aparecen señalados en la norma citada, y pueden ser también los bienes que contempla el artículo 3 del Código de Minería, los demás bienes muebles destinados a la explotación o exploración de la concesión y las substancias minerales extraídas del yacimiento. Sobre estos bienes antes señalados se puede pactar tanto una prenda industrial o una prenda sin desplazamiento, y por tanto la preferencia del acreedor prendario será la acordada en las respectivas leyes. Con todo, no se ve inconveniente para constituir otras prendas, como una prenda clásica o incluso la contemplada en la Ley 18690 sobre almacenes generales de depósito.

H.-Crédito del acreedor prendario en la prenda de la letra de cambio, pagaré o cualesquiera otros títulos de crédito de dinero emitidos a la orden (Leyes 18092 y 18552). El legislador de la Ley 18092 posibilitó en sus artículos 17, 30 y 107 el llamado endoso en prenda o garantía de la letra de cambio y pagaré. El endoso que

contiene la cláusula "valor en prenda", "valor en garantía" u otra equivalente, importa constitución en prenda del documento, conforme al artículo 21 de la Ley 18092.

En cuanto a lo que nos interesa, su preferencia, parece razonable pensar que el endosatario goza de una preferencia de segunda clase, como acreedor prendario que es.

Agreguemos que la Ley 18552 extendió las normas sobre endoso tratadas en la Ley 18092 sobre letras de cambio y pagarés, a cualesquiera otros títulos de crédito de dinero emitidos con la cláusula "a la orden", "en favor de", "a disposición de" u otra equivalente, cualesquiera fuera la denominación con que se designare a dichos instrumentos.

I.-Crédito del acreedor prendario en la prenda warrants (Ley 18690). La prenda warrants es aquella que se efectúa mediante el endoso del vale de prenda representativo de las mercaderías almacenadas en un almacén general de depósito, con la finalidad de garantizar una o más créditos contraídos con un mismo acreedor.

Lo interesante respecto de la preferencia que concede la prenda warrants es que nos encontramos ante una superpreferencia, que se paga incluso antes que los acreedores de la primera clase. En efecto, el artículo 16 de la ley respectiva establece una suerte de prelación especial al señalar que "el acreedor prendario será pagado con el producto de la subasta con preferencia a cualquier otro acreedor, sin necesidad de acción judicial alguna, deduciéndose previamente lo que se adeudare por impuestos

que graven el contrato de almacenaje y los gastos de la subasta, como asimismo los valores adeudados al almacenista por los servicios prestados. El excedente del producto de la subasta será entregado al tenedor del certificado de depósito".

5.-Crédito del acreedor que goza de derecho legal de retención declarado judicialmente, sobre bienes muebles (art. 546 del Código de Procedimiento Civil).

Se ha visto al llamado derecho legal de retención como la facultad que tiene el deudor de una obligación de restituir una cosa, para negarse a cumplir mientras no se le pague o asegure el pago de lo que se le debe en razón de esta misma cosa (60). Esta noción nos permite señalar que el derecho de retención es distinto de la preferencia, toda vez que funciona como medio para asegurar el cumplimiento, pero no con el fin preciso de hacerlo efectivo sobre el bien retenido.

En nuestra legislación aparece consagrado el derecho legal de retención, entre otras normas, en los artículos 800, 914, 1937, 1942, 2162, 2193, 2255 del Código Civil.

Como institución de excepción, su fuente es necesariamente la ley, como se desprende de los artículos 2392 o 2466 cuando habla "del derecho de retención que concedan las leyes".

Conforme a la norma del artículo 545 del Código de (60).-Abeliuk, Las Obligaciones, Santiago, 1971, pg. 616.

Procedimiento Civil, para que sea eficaz el derecho legal de retención, debe ser declarado judicialmente a petición del que puede hacerlo valer. A consecuencia de ello, el artículo 546 inciso 1 del mismo código indica que "los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan ". Apuntemos, desde luego, una diferencia entre el derecho legal de retención y la prenda o hipoteca, toda vez que estas últimas son cauciones reales voluntarias aplicables a toda clase de obligaciones, mientras que el primero es un derecho de origen necesariamente legal y restringido a los casos que ha previsto el legislador. Pero ocurre que, una vez declarado judicialmente el derecho legal de retención, los bienes sobre los cuales recae se consideran hipotecados o pignorados para los efectos de la preferencia a favor de los créditos que garantizan.

Por último, digamos que se pueden presentar hipótesis de colisión de acreedores de segunda clase, cuando hay conflicto entre acreedores retencionarios sobre bienes muebles y ciertos acreedores prendarios especiales:

5.1.-Derecho legal de retención y prenda agraria. Puede suceder que sobre un bien sujeto a prenda agraria se conceda un derecho legal de retención en favor del arrendador del inmueble en el cual están las especies. Es decir, el otorgante de la prenda

agraria es arrendatario del inmueble cuyas rentas no se han pagado, y en virtud del artículo 1942 se declaró el derecho legal de retención sobre los bienes del arrendatario, incluso el dado en prenda agraria. Si bien ambos gozan de una preferencia de segundo grado, el legislador se inclina en favor del acreedor prendario, quedando a salvo el derecho del arrendador para ejercer su preferencia en los bienes que resten pagada aquélla, como se desprende del artículo 23 de la Ley 4097 sobre contrato de prenda agraria. Somarriva agrega que esta prioridad del acreedor prendario sólo existe cuando la prenda agraria se haya constituido antes que se haya declarado el derecho legal de retención (61).

5.2.-Derecho legal de retención y prenda industrial. Se puede presentar un conflicto similar al recién analizado, o sea, que el arrendador del inmueble ejercite el derecho legal de retención sobre los bienes gravados con prenda industrial. La solución dada por el legislador es distinta, toda vez que el artículo 26 de la Ley 5687 sobre contrato de prenda industrial da preferencia al arrendador cuando el contrato de arrendamiento conste por escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces antes de la inscripción prendaria.

5.3.-Derecho legal de retención y prenda de cosas muebles que se vendan a plazo. Para el caso de conflicto, el artículo 9 de la Ley 4702

(61).-Somarriva, Tratado..., ob.cit., pg. 282.

sobre compraventa de cosas muebles a plazo se inclina a favor del acreedor prendario siempre que la prenda se haya constituido con anterioridad al ejercicio del derecho legal de retención, pudiendo el arrendador ejercer su derecho en el remanente, si lo hubiere.

5.4.-Derecho legal de retención y prenda sin desplazamiento. El posible conflicto entre el acreedor prendario y el arrendador que invoca su derecho legal de retención fue resuelto en el artículo 17 de la Ley 18112 sobre prenda sin desplazamiento en favor del arrendador retencionario, pero sólo cuando el contrato de arrendamiento conste en escritura pública otorgada con anterioridad a la constitución de la prenda. Destaca el hecho que la norma no exige la inscripción de la escritura pública de arrendamiento antes de inscripción de la prenda, y ello se debe a que la prenda sin desplazamiento no requiere inscripción alguna, sino que se publica un extracto de su escritura pública de otorgamiento. Parece interesante la observación de un autor, en el sentido que el requisito de la inscripción de la escritura pública de arrendamiento debió mantenerse, por cuanto así se precave a los acreedores prendarios de un acreedor eventualmente preferente. Así, se podría haber exigido la inscripción de la escritura pública de arrendamiento antes de la publicación del extracto de la escritura de prenda, para poder invocar la prioridad que otorga el artículo 17 al acreedor retencionario (62).

(62).-Gómez Reyes, ob.cit, pg. 153.

B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE SEGUNDA CLASE.

1.-Constituyen una preferencia especial. Ello es así toda vez que recaen necesariamente sobre determinadas bienes muebles del deudor, sean ellos los introducidos en la posada, los efectos acarreados, la cosa pignorada o la retenida judicialmente.

2.-El déficit de los créditos de segunda clase carece de preferencia. Es decir, si los bienes afectos a la preferencia son insuficientes para cubrirla en su totalidad, el saldo insoluto pasa a ser un crédito valista. Ello es así puesto que las preferencias especiales mantienen esa calidad en la medida que puedan pagarse con la cosa afectada, según se desprenda del artículo 2490 al decir que "los créditos preferentes que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirán a prorrata".

Pareciera haber una contradicción entre la norma recién citada y el artículo 2486, que se refiere a los créditos de cuarta clase, porque a primera vista pareciera que dicha norma indica que el déficit de los créditos de segunda clase prefiere a los créditos de la cuarta clase, los que sólo se pagarían una vez cubiertos los créditos de las tres primeras clases. Pero es una contradicción aparente, porque los créditos de la segunda clase tienen una preferencia especial sobre un bien preciso y mal puede

aspirar a tener una preferencia sobre los demás bienes no afectos a la preferencia. Lo que realmente quiere decir esa norma es que en los bienes afectos a preferencia especial sólo pueden pagarse los créditos de cuarta clase una vez que aquéllos estuviesen cubiertos, y sólo en la medida de su remanente (63).

3.-Los créditos de segunda clase son pagados con preferencia a los demás créditos, a excepción de los créditos de primera clase. Así se desprende del artículo 2476. Se ha planteado por algunos que el crecimiento excesivo de los créditos de la primera clase ha fomentado el auge de la doctrina de las superpreferencias, para así proteger a ciertos créditos, los que se pagarían incluso con anterioridad a los de primera clase. A mi juicio, dentro de los créditos de segunda clase sólo tiene carácter de superpreferencia la llamada prenda warrants. Con todo, creo que el legislador debe ser prudente en la creación de créditos de primera clase, porque de otra manera se perjudica al resto de los acreedores que tienen el legítimo derecho a ser pagados.

4.-Por regla general no hay concurrencia entre acreedores de segunda clase. Entre los créditos originalmente comprendidos en la segunda clase no había posibilidad de conflicto, toda vez que la cosa quedaba en poder del acreedor respectivo.

(63).-En igual sentido, Palacios González, ob.cit., pg. 178 y siguientes; Abeliuk, ob.cit., pg. 654.

Pero el conflicto puede surgir, como vimos, entre el acreedor retencionario sobre bienes muebles y el acreedor prendario especial. Por otro lado, también pueden surgir conflictos entre los varios acreedores prendarios especiales, toda vez que las leyes que las regulan posibilitan la constitución, en general, de más de una prenda sobre el bien pignorado. A dicha cuestión también nos referimos, sin embargo me quiero detener en una hipótesis no tratada en esa oportunidad. Se trata de la concurrencia, en el mismo bien, de un acreedor de prenda agraria con uno de prenda industrial, lo cual es posible porque ciertos bienes son susceptibles de ambas prendas. Si bien ambas leyes prevén la concurrencia de varios acreedores prendarios, recordemos que lo hacen dando soluciones distintas, porque mientras en la prenda industrial se prefieren por el orden de la respectiva inscripción, en la prenda agraria concluimos que lo hacían en forma igualitaria. De ahí que parece razonable postular una concurrencia conforme al artículo 2469, o sea, en forma igualitaria sobre la cosa prendada, a prorrata de sus respectivos créditos.

5.-Los créditos de la segunda clase se pagan sin esperar las resultas de la quiebra. Así se desprende del artículo 149 inciso 1 de la ley de quiebras.

En cuanto a la realización de los bienes afectos a la garantía, los acreedores tienen las posibilidades que señala el inciso 2 de la norma recién citada, o sea, iniciarlos en el tribunal de la quiebra o continuar en él

los ya iniciados ante otros juzgados.

Por último, el inciso 3 del mismo artículo 149 da al síndico una facultad importante, toda vez que él podrá, si lo considera conveniente para la masa, exigir la entrega de la cosa dada en prenda o retenida, siempre que pague la deuda o deposite su valor estimativo en dinero, sobre el cual se hará efectiva la preferencia (64).

6.-El nuevo Código de Aguas, contenido en el D.F.L. 1122 del año 1981 señala una preferencia que reviste una clara particularidad. El artículo 6 de dicho cuerpo legal expresa que el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. Ahora bien, el artículo 214 señala que los derechos de aprovechamiento están gravados de pleno derecho, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijen las Juntas de Comuneros de las Comunidades de Agua, y las que fijen los directorios de las Comunidades de Aguas. La regla del artículo 214 se hace extensiva, en virtud del artículo 258, a las Asociaciones de Canalistas, y en virtud de los artículos 267 y 271 se extiende también a las Juntas de Vigilancia.

Redondeando las ideas, el derecho real de aprovechamiento de aguas está gravado de pleno derecho, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen, en

(64).-Puelma Accorssi, ob.cit., pg 178 y siguientes.

beneficio de Comunidades de Aguas, Asociaciones de Canalistas o Juntas de Vigilancia, en lo referido a las cuotas de contribución para sus gastos.

III.-LA TERCERA CLASE DE CREDITOS.

A esta clase de créditos pertenecen los créditos de los acreedores hipotecarios señalados en el artículo 2477 inciso 1, el crédito del acreedor censualista respecto del censo debidamente inscrito conforme al artículo 2480, el derecho legal de retención sobre inmuebles declarado judicialmente e inscrito en el Registro de Hipotecas según el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil y el crédito del aviador en el contrato de avío minero que trata el Código de Minería en los artículos 206 y siguientes.

A.-LOS CREDITOS DE TERCERA CLASE EN PARTICULAR.

1.-Crédito del acreedor hipotecario (artículo 2477).

El origen de la preferencia concedida a la hipoteca tiene una larga tradición. En sus inicios la hipoteca fue una especie de modalidad del pignus, en la que el desplazamiento queda diferido al momento en que la obligación garantizada pueda considerarse incumplida. Con el tiempo ambas instituciones se van diferenciando hasta convertir a la hipoteca en la caución real más importante.

En cuanto al fundamento, algunos autores la ven como la consecuencia del derecho real concedido al acreedor para seguridad de su crédito (65). Pero no parece adecuado

(65).-Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos

resolver el problema acudiendo a la naturaleza del derecho subjetivo al cual la preferencia acompaña para darle prioridad de pago. La cuestión se presenta similar a lo dicho para la prenda, es decir, el fundamento de la preferencia se vincula a la necesidad de fomentar el crédito. En concreto, se trata de aquél crédito que se otorga teniendo en vista no el patrimonio en su integridad, sino un bien determinado. Digamos además que si bien es la ley la que concede la preferencia hipotecaria, son las partes las que lo actualizan otorgándolo a cualquier relación crediticia que ellos estimen pertinente.

La hipoteca minera, en cuanto a su preferencia, se rige por las mismas normas aplicables a la hipoteca sobre los demás bienes raíces, como se desprende del artículo 217 del Código de Minería, toda vez que dicho cuerpo legal no dió regla distinta en lo tocante a la preferencia de que goza el acreedor.

Respecto de la preferencia hipotecaria, surgen a lo menos dos cuestiones que resolver:

a).-Sobre qué recae la preferencia ? Por tratarse de una preferencia especial, ella recae sobre el precio de la subasta del bien hipotecado y sobre sus subrogados, como el monto de la indemnización del seguro en caso de siniestro o sobre el valor de la indemnización en caso de expropiación. Además de lo dicho, por aplicación de las normas

Reales, t. 2, Buenos Aires, 1927-34, No 2196.

contempladas en los artículos 2420 a 2422, la preferencia también recae sobre los inmuebles por destinación o adherencia, frutos, aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada.

Justamente debido a la extensión de la preferencia a bienes que en sí mismos son muebles, se puede generar algún conflicto si esos bienes muebles están afectos a un crédito de segunda clase, como si fueron dados en prenda especial. En algunas leyes que regulan las llamadas prendas especiales se previó la situación, dando soluciones legislativas concretas:

1.-Hipoteca y prenda agraria. El conflicto puede surgir cuando los bienes muebles dados en prenda son a la vez inmuebles por adherencia o destinación del bien raíz hipotecado. El artículo 4 de la Ley 4097 sobre contrato de prenda agraria indica que los inmuebles por adherencia o destinación pueden ser dados en prenda libremente y respecto de ellos el derecho del acreedor prendario prefiere al hipotecario.

2.-Hipoteca y prenda industrial. La Ley 5687 sobre contrato de prenda industrial no ha solucionado el conflicto que puede presentarse entre el acreedor hipotecario que pretende hacer efectiva la preferencia sobre bienes muebles por adherencia o destinación dados en prenda industrial. Para Somarriva tendría preferencia el acreedor prendario, aplicando por analogía lo dispuesto en la ley sobre contrato de prenda

agraria y además porque al constituirse la prenda industrial los inmuebles por destinación o adherencia dejarían de serlo y pasan a ser muebles por anticipación, susceptibles de darse en prenda (66). No me parece adecuado utilizar el criterio analógico, que excluimos de las preferencias; por ello, más consecuente es dar aplicación al artículo 2469 y aceptar la concurrencia igualitaria a prorrata de sus respectivos créditos (67).

3.-Hipoteca y prenda de objetos muebles que se venden a plazo. El artículo 8 de la Ley 4702 sobre compraventa de cosas muebles a plazo señala que si la cosa dada en prenda adquiere la calidad de inmueble por destinación, no le afectará ninguna hipoteca o gravamen sobre el inmueble sin previo consentimiento del acreedor prendario. En caso que la concurrencia se llegue a producir, deben hacerlo en igualdad de condiciones a prorrata de sus respectivos créditos.

4.-Hipoteca minera y prenda minera. El artículo 220 del Código de Minería indica que salvo estipulación en contrario, la hipoteca sobre una concesión afecta también a los bienes a que se refiere el artículo 3 del mismo código, sin perjuicio del derecho de prenda que pueda haberse constituido sobre ellos. Con todo, la historia fidedigna del establecimiento de dicha norma nos lleva a señalar que el legislador entendió que los bienes que quedan

(66).-Somarriva, Tratado..., ob.cit., pg. 239.

(67).-En igual sentido, Gómez Reyes, ob.cit., pg. 161 a 163.

afectos a la hipoteca sobre concesión en virtud de dicho inciso, no podrán darse luego en prenda sin el consentimiento del acreedor hipotecario.

b).-Cómo se hace valer la preferencia hipotecaria ? La preferencia del acreedor hipotecario puede ser alegada de distintas formas procesales, lo que constituye un refuerzo importante a su calidad de caución real:

1.-Puede ser alegada en el juicio ejecutivo que él inicie contra el deudor o el tercero poseedor. El acreedor hipotecario puede además hacer valer su preferencia en el juicio ejecutivo iniciado por otro, en que se embargue o pretenda sacar a remate la finca hipotecada;

1.1.-Preferencia del acreedor hipotecario hecha valer en la ejecución iniciada por un acreedor común. Si desea cobrar en dicho juicio, debe interponer una tercería de prelación, a la que no se le aplica lo dispuesto en el artículo 513 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil, o sea, el acreedor hipotecario no necesita esperar que su preferencia sea declarada por sentencia judicial (68). Con todo, si el acreedor hipotecario no es citado, conserva su hipoteca de acuerdo al artículo 2428.

1.2.-Preferencia del acreedor hipotecario hecha valer en la ejecución iniciada por otro acreedor hipotecario de grado posterior. Para que (68).-C.Temuco, 1 de Abril 1936.G.1936, 1er Semestre, pg. 482.

el acreedor hipotecario de mejor grado pueda hacer valer su preferencia no necesita iniciar otra ejecución, sino que puede pagarse inmediatamente dentro del juicio en que se ha provocado la subasta (69). La jurisprudencia ha señalado además que para hacer valer la preferencia debe interponer una tercería de prelación (70). Con todo, si la ejecución la inició el acreedor de grado posterior, los de rango preferente deben ser citados conforme al artículo 2428 y tienen las opciones que señala el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil;

--exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate según sus grados.

--conservar sus hipotecas sobre la finca subastada, siempre que sus créditos no estén devengados.

--si nada dicen en el término de emplazamiento, se entiende que optan por ser pagados sobre el precio de la subasta.

1.3.-Preferencia del acreedor hipotecario hecha valer en la ejecución iniciada por otro acreedor hipotecario de grado preferente. Para hacer valer su preferencia, siguiendo el criterio jurisprudencial, el acreedor hipotecario debe interponer una tercería de prelación. Agreguemos que en este caso no

(69).-C.Santiago,22 de Octubre 1908,G.1908,t.2,pg.207.

(70).-C.Concepción,29 Julio 1910, G. 1910, t.2,No 785, pg. 207; en igual sentido, Mery Berisso, Derecho Hipotecario, Santiago, 1958, pg. 390 y 391. En contra de la necesidad de deducir tercería de prelación, Abeliuk,ob.cit.,pg. 659.

reciben aplicación las opciones a que se refiere el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, pero igualmente si el acreedor hipotecario no es citado en conformidad al artículo 2428, dicho acreedor hipotecario de grado posterior conservará su hipoteca.

2.-Puede ser alegada en el concurso particular de acreedores hipotecarios previsto en el artículo 2477. El inciso 2 de dicha norma nos señala que "a cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas", y en su inciso 4 agrega que "en este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él". La finalidad del concurso particular de hipotecarios es la de facilitar a los acreedores hipotecarios el ejercicio de sus derechos, y puede abrirse independiente de si el deudor está o no declarado en quiebra, puesto que el artículo 150 inciso final de la ley de quiebras prescribe que a "los concursos especiales de hipotecarios que se formen sin declaración de quiebra se regirán por las disposiciones del Código Civil y del de Procedimiento Civil", lo cual tiene importancia para la aplicación o no de las acciones revocatorias concursales. Además la formación de un concurso particular de hipotecarios, respecto de una finca gravada, suspende el derecho individual de los acreedores hipotecarios para perseguir la cosa separadamente, como lo indica el artículo

71 inciso 3 de la ley de quiebras, debiendo hacerlo en el concurso particular de hipotecarios. La Corte Suprema ha declarado nula la adjudicación hecha a un acreedor hipotecario en un juicio seguido separadamente del concurso (71). Por último, respecto del concurso particular de acreedores hipotecarios, digamos que el legislador se ha puesto siempre en la hipótesis de pluralidad de acreedores, por lo que no procede si hay varias hipotecas pertenecientes a un mismo acreedor y tampoco si hay una hipoteca con un único titular (72).

3.-Puede ser alegada en la quiebra del deudor hipotecario. Una vez declarado el deudor en quiebra excepcionalmente no cesa el derecho de los acreedores hipotecarios para llevar adelante la ejecución, según se desprende del artículo 71 inciso 1 de la ley de quiebras, sea que lo haga en forma individual o formando un concurso particular de acreedores hipotecarios. En este último evento, se suspende el derecho de cada uno para perseguir la finca separadamente. Ahora bien, dentro de la quiebra los acreedores hipotecarios no están obligados a aguardar los resultados del concurso, según señala el artículo 2479, bastando que consignen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la primera clase en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones.

(71).-C.Suprema,17 Junio 1922,G.1922,1er Semestre, pg. 392.

(72).-C.Suprema,27 Julio 1927,G.1927,2 Semestre, No 13, pg. 51; C.Suprema, 14 Enero 1862, G.1862, pg. 74.

Sobre la actuación de los acreedores hipotecarios en el juicio de quiebra, parece importante hacer las siguientes precisiones:

-- La posibilidad del acreedor hipotecario de iniciar o llevar adelante su acción ejecutiva, en circunstancias que la declaración de quiebra suspende como regla general las ejecuciones contra el fallido, resulta plenamente justificada atendido el carácter real de dicha acción.

--Si bien el acreedor hipotecario puede iniciar o llevar adelante su acción en los bienes afectos a ella, no se debe colegir que la masa de acreedores representada por el síndico carece de tal derecho, toda vez que la quiebra trae consigo la posibilidad de disponer de los bienes del fallido y sus frutos, hasta pagarse de sus créditos. Si la masa intenta la acción colectiva, la realización se sujetará a las normas indicadas en los artículos 120 y siguientes de la ley de quiebras.

--Si la ejecución es promovida por el acreedor hipotecario, se sujeta a las reglas generales del Código Civil y de Procedimiento Civil, pero con ciertas modificaciones por encontrarse el dueño de la cosa hipotecada en quiebra. Así, el juicio debe iniciarse o continuarse con el síndico como representante (art. 27 No 1 de la ley de quiebras), el síndico servirá de depositario (art. 71 inciso 2 de la ley de quiebras), etc.

--En cuanto a la caución que deben

rendir los acreedores hipotecarios para responder al pago de los créditos de primera clase, ella debe ser de un monto prudencial, o sea, suficiente para absorber el déficit de los créditos de primera clase, si lo hubiere. El señalado monto prudencial se determinará conjugando el valor probable de liquidación del resto de los bienes del fallido con el valor estimativo del total de los créditos de primera clase que se hayan deducido oportunamente en la quiebra.

--Por último, aunque bajo la antigua ley de quiebras se prestó a dudas, los acreedores hipotecarios están obligados a verificar su crédito y preferencia en la quiebra. Así se desprende de los artículos 131, 132 o 150 de la ley de quiebras, que no los eximen de hacerlo (73).

2.-Crédito del censalista (artículo 2480).

Conforme al artículo 2480 inciso 1," para efectos de la prelación los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas ". Esto está en estrecha relación con el artículo 2027 que nos indica que " la constitución de un censo deberá siempre constar por escritura pública inscrita en el competente Registro; y sin este requisito no valdrá como constitución de censo; pero el obligado a pagar la pensión lo estará en los términos del testamento o contrato, y la obligación será personal ". De esta forma, en lo referido a la prelación del censo debidamente inscrito, se lo ha equiparado a la hipoteca, y (73).-En tal sentido, Puelma Accorsi, ob.cit., pg 162.

como agrega el inciso 2 del artículo 2480, "concurrirán pues indistintamente entre sí y con las hipotecas según las fechas de las respectivas inscripciones". Si bien el legislador equiparó al censo debidamente inscrito a la hipoteca, lo hizo en lo referido a la prelación de créditos, pero no otras materias distintas. Este asunto ha cobrado renovada importancia al tratar de determinar si se extingue el censo o el censo vitalicio por los modos de extinguir la hipoteca, en especial la llamada "purga" de la hipoteca.

Por su parte, la Corte Suprema ha declarado inaplicable el artículo 2480 en lo relativo a cuestiones sobre vigencia o caducidad de un censo entre censualista y censuarios (74).

3.-Crédito del acreedor que goza de derecho legal de retención declarado judicialmente, e inscrito en el Registro de Hipotecas (artículo 546 del Código de Procedimiento Civil).

Ya nos referimos a los aspectos generales del derecho legal de retención al tratar los créditos de segunda clase. Recordemos simplemente que se trata de la facultad concedida por la ley al detentador de una cosa que debe restituirse o entregarse, para rehusarse legítimamente a hacerlo, conservando la cosa mientras no sea satisfecho el crédito que se tiene en relación con la cosa. Si el bien retenido por resolución ejecutoriada es inmueble, se debe

(74).-C. Suprema, 22 Septiembre 1906, R., t. 4, Sec. 1a, pg. 65.

proceder a su inscripción en el Registro de Hipotecas respectivo, considerándolo hipotecado para efectos de su realización y preferencia.

Agreguemos que respecto de los acreedores retencionarios, en la quiebra, rige la excepción a la suspensión del derecho para ejecutar individualmente al fallido. De igual manera ocurre con los acreedores prendarios e hipotecarios, a los cuales la retención se asimilará según recaiga sobre muebles o inmuebles. De esta suerte, el artículo 71 inciso 4 de la ley de quiebras dispone que si a algún acreedor le corresponde el derecho legal de retención, no puede ser privado de la cosa retenida sin que previamente se le pague o se le asegure el pago de su crédito. La procedencia del derecho legal de retención puede ser declarada aún después de la sentencia de quiebra.

4.-Crédito del aviador en el contrato de avío minero (artículo 206 y siguientes del Código de Minería).

El avío está definido en el artículo 206 del Código de Minería como un contrato en virtud del cual una persona se obliga a dar o hacer algo en beneficio de la explotación de una pertenencia para pagarse sólo con sus productos o con una cuota de ella.

El avío es un contrato típicamente minero y se caracteriza por ser bilateral, principal, nominado, oneroso, aleatorio y solemne. Pero lo realmente interesante del contrato de avío, desde nuestra óptica, es que el legislador ha dotado a una de sus partes, al aviador, de una

preferencia de pago, aunque no dijo en términos expresos cual es el grado de dicha preferencia. En efecto, el artículo 2475 del Código Civil se remite al Código de Minería, el cual guarda silencio sobre la materia. Sin embargo, interpretando los artículos 214, 219 y 230 del Código de Minería, se puede concluir que estamos ante un crédito de la tercera clase. Ello es así, porque del artículo 219 se desprende que la hipoteca sobre una pertenencia ya afecta a un avío inscrito es válida, pero no produce efectos contra el aviador mientras éste no se posponga en sus derechos al acreedor hipotecario y se tome nota de la posposición en el Registro correspondiente. Por su lado, del artículo 230 inciso 3 se desprende otra nota de interés, toda vez que entre los varios aviadores, prefiere el más nuevo sobre el más antiguo, según la fecha de sus inscripciones. Por último, si bien normalmente el aviador se paga sólo con los productos de la pertenencia, y el precio de la subasta no lo es, el aviador puede pagarse con cargo a dicho precio, como se desprende de la historia fidedigna del artículo 214 del Código de Minería.

B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE TERCERA CLASE.

1.-Constituyen una preferencia especial. Esto quiere decir que recae únicamente en las fincas hipotecadas, acensuadas, aviadas o a cuyo respecto se declaró el derecho legal de retención. Como consecuencia de ser una preferencia especial, el artículo 2425 nos indica que la

preferencia de la acción hipotecaria no se comunica a la acción personal. En otras palabras, el acreedor hipotecario sólo goza de la preferencia si ejercita la acción hipotecaria, puesto que la acción personal carece de preferencia (75).

2.-El déficit impago de los créditos de la tercera clase carece de toda preferencia. Conforme al artículo 2490 dicho déficit debe ser tenido como crédito valista (76). Nuevamente se debe desechar la idea que estos créditos se pagan antes que los créditos de cuarta clase, como se desprendería de una lectura rápida del artículo 2486, puesto que el verdadero sentido de dicha norma es que en los bienes afectos a preferencia especial sólo pueden pagarse los créditos de cuarta clase una vez satisfecha la preferencia especial.

3.-Los créditos de tercera clase son pagados con preferencia a los demás créditos, salvo los de primera clase. En efecto, los créditos de tercera clase sólo deben soportar el déficit de los créditos de primera clase que no se hubiesen alcanzado a pagar con los demás bienes del deudor, tal como lo indica el artículo 2478 inciso 1. En caso que el deudor tuviese varias fincas, el inciso 2 de dicha norma nos señala que el déficit de los créditos de primera clase afecta a todos los inmuebles gravados en

(75).-C.Temuco, 1 Abril 1965,R.,t.62,Sec. 1a,pg. 159.

(76).-C.La Serena,4 Julio 1921.R.,t.25,Sec. 1a,pg. 555.

proporción a los valores de éstas, no siendo posible perseguir el pago sólo sobre una de ellas.

4.-Los créditos de tercera clase prefieren entre sí por el orden de las fechas de inscripción. Puede darse el caso que sobre el mismo bien concurren dos o más preferencias de a tercera clase, en cuyo caso no se prorratan sino que se excluyen por el orden de sus fechas de inscripción, tal como indica el inciso 2 del artículo 2477. Si tuvieran la misma fecha, el inciso 3 de dicha norma prescribe que ellas preferirán en el orden en que materialmente se ha practicado la inscripción.

A la concurrencia de censos e hipotecas se ha referido el artículo 2480 inciso 2, señalando que lo harán según las fechas de sus respectivas inscripciones.

5.-La hipoteca sobre aeronaves constituye una superpreferencia. Las disposiciones del D.L. 1286 sobre hipoteca y créditos privilegiados sobre aeronaves otorgan una verdadera superpreferencia, toda vez que establecen un verdadero sistema especial de prelación de créditos. Digamos, desde luego, que la mencionada hipoteca sobre aeronaves es claramente distinta de la tratada en el Código Civil, puesto que se constituye sobre un bien mueble y además puede constituirse no sólo mediante escritura pública sino también por instrumento privado autorizado ante notario o ante un cónsul chileno facultado para ejercer funciones notariales, inscribiéndose en el Registro en que esté matriculada la aeronave.

En cuanto a la preferencia que otorga la hipoteca sobre aeronaves, el artículo 9 y siguientes del D.L. 1286 establecen un sistema especial de prelación de créditos, distinto al que hemos estudiado. En síntesis, dichas normas señalan que la hipoteca sobre aeronaves confiere preferencia sobre todo crédito, salvo tres excepciones concretas. Estas excepciones son los créditos provenientes de las costas judiciales de la acción ejecutiva dirigida contra la aeronave; gastos y remuneraciones por el salvamento de la aeronave y los gastos extraordinarios indispensables para la conservación de la misma. Estos son los únicos créditos que prefieren, en el orden mencionado, al crédito hipotecario. Ello se justifica porque tales créditos dicen relación con trámites que benefician al acreedor hipotecario sobre aeronaves y parece lógico que se paguen antes que él.

Los créditos hipotecarios sobre aeronaves prefieren unos a otros según el orden de la fecha de su inscripción; y los de una misma fecha, según su orden de inscripción (77).

IV.-LA CUARTA CLASE DE CREDITOS.

A esta clase de créditos pertenecen todos los enumerados en el artículo 2481. De ellos se ha dicho que, en general, son los que se tienen contra ciertos administradores de bienes ajenos. A estos créditos enumerados en el Código Civil agregaremos el tratado en el

(77).-Rosende Subiabre, ob.cit., pg. 26 y 27; Gómez Reyes, ob.cit., pg. 184 y sigts., 243 y sigts.

D.S. 880 que fijó el texto refundido sobre propiedad horizontal.

A.-LOS CREDITOS DE CUARTA CLASE EN PARTICULAR.

1.-Los créditos del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales (No 1 del artículo 2481).

La preferencia concedida al Fisco por este concepto tiene un origen remoto. El Código de Napoleón consagra en el artículo 2121 una hipoteca legal en favor del Estado por créditos que tenga contra perceptores de contribuciones y administradores de bienes fiscales. En Chile, las leyes de prelación de créditos de los años 1845 y 1854 concedían también hipotecas legales en favor del Estado por créditos de esta naturaleza, pero en el Código Civil se optó por conceder derechamente una preferencia de cuarta clase.

El fundamento de la preferencia reside en la naturaleza de la función pública administrativa que desarrollan tales funcionarios. Sin perjuicio de ello, el Estado no puede verse menoscabado ante la concurrencia de múltiples acreedores, atendidas las funciones de bien común que les son propias.

Respecto de esta preferencia, parece oportuno plantearse dos cuestiones:

a).-Quiénes son los sujetos que intervienen en ella? Desde luego el sujeto activo de la preferencia es el Fisco, mientras que los sujetos pasivos son los recaudadores y administradores de bienes fiscales.

Respecto del Fisco, digamos que el legislador

civil se refirió a él en el artículo 547 para excluirlo de la regulación dada ahí para las personas jurídicas de derecho privado que no persiguen fines de lucro. En la actualidad el Derecho Administrativo caracteriza muy claramente al Fisco como una persona jurídica de derecho público bajo cuyo amparo actúan, además de los poderes del Estado, los llamados servicios dependientes o centralizados. Estos últimos se distinguen, entre otras cosas, por carecer de personalidad jurídica propia y actuar amparados en la personalidad del Fisco (78). De tal suerte, son órganos fiscales de este tipo, el Consejo de Defensa del Estado, el Servicio Médico Legal, el Servicio de Registro Civil e Identificación, entre muchos otros que reúnan las características de servicios centralizados o dependientes.

Por su lado, los sujetos pasivos de la preferencia son los recaudadores y administradores de bienes fiscales. A su respecto se ha dicho que son aquellos funcionarios, independiente de su denominación, que están encargados en forma directa de la gestión de dineros públicos, como sería un tesorero o cajero. Por lo mismo, no alcanza a quienes supervigilan la gestión de dichos agentes, como inspectores o revisores (79). La jurisprudencia ha dicho que al crédito del Fisco contra un recaudador no se le puede reconocer privilegio sobre los bienes del fiador

(78).-Daniel Argandoña, La Organización Administrativa en Chile, Santiago, 1985, pg. 243 y siguientes.

(79).-Larraín Ríos, ob.cit., pg. 50 y 51.

codeudor solidario, puesto que además de no haber texto legal que lo autorice, se estaría creando una preferencia en perjuicio de los acreedores de dicho fiador, que son terceros en el negocio de la fianza (80).

b).-Cuáles son los presupuestos de la preferencia ? En primer término, el Fisco debe tener un crédito contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales, el que debe derivar del desempeño de sus funciones y no de un origen diverso (81). Ahora bien, dentro de los créditos derivados de la gestión no hay limitación legal, cualquiera sea su fuente, incluso si actuó como agente oficioso tomando bajo su responsabilidad la gestión de negocios fiscales.

Un segundo presupuesto de la preferencia dice relación con la necesidad del Fisco de probar el crédito, utilizando al efecto todos los medios de prueba legales sin limitación alguna.

Por último, como en toda preferencia, ella debe ser alegada en tiempo oportuno, que será simplemente al momento de exigir la obligación correspondiente, sin que sea necesario proceder al despido del recaudador o administrador de bienes fiscales (82).

2.-Los créditos de los establecimientos nacionales de caridad o educación, y los de las municipalidades, iglesias

(80).-C.Suprema, 26 Mayo 1914.G.1914, 1er Semestre, No 138,R.,t.12,Sec. 1a, pg. 266.

(81).-En igual sentido, Lira y Risueño,ob.cit., pg. 38.

(82).-Larraín Ríos, ob.cit., pg. 59.

y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos (No 2 del artículo 2481).

La preferencia en cuestión aparece recogida expresamente en el Código de Napoleón en su artículo 2121, pero por la vía de la hipoteca legal en beneficio del Estado, las comunas y establecimientos públicos sobre los bienes de sus perceptores de contribuciones y administradores de bienes. En nuestro país, las leyes de prelación de créditos de los años 1845 y 1854 también recepcionaron la preferencia, pero por la vía de la hipoteca legal. El Código Civil optó por reconocer derechamente una preferencia de cuarta clase.

En cuanto al fundamento de la preferencia, creo que obedece a razones variadas. En primer lugar se trata de personas jurídicas que requieren, para su desenvolvimiento normal, de personas que recauden y administren sus fondos. Pero ese solo hecho no bastaría para justificar la preferencia; por ello creo que se ha tenido en cuenta también la labor que desarrollan los sujetos activos de la preferencia, normalmente de beneficio general para la comunidad, por lo que resulta prudente ampararlas con una preferencia.

Como la preferencia en estudio se presenta como muy similar a la tratada en el No 1 del artículo 2481, sólo me referiré a los sujetos activos de ella, puesto que ahí estriba la diferencia esencial con lo dicho para la preferencia anterior. De esta forma, son titulares activos

de la preferencia contra los recaudadores y administradores de sus fondos:

A.-Los establecimientos nacionales de caridad o educación. Nuevamente estamos frente a una persona jurídica de derecho público, pero distinta del Fisco. Son las llamadas instituciones autónomas, es decir, personas jurídicas de derecho público cuyo objeto es la satisfacción de una necesidad pública por medio de un servicio público, sean ellas fiscales o semifiscales (83). En el caso concreto de la preferencia en estudio, se trata de instituciones fiscales autónomas, personificadas y dotadas de autonomía y patrimonio propios. Reunirían la calidad de establecimiento nacional de caridad, o sea, de auxilio a los más necesitados, la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas o la Junta Nacional de Jardines Infantiles. En cuanto a los establecimientos nacionales de educación, existen en la actualidad varias universidades insertas en la estructura administrativa del Estado, que constituyen desde un punto de vista administrativo verdaderas instituciones autónomas (84). Así, gozarían de la preferencia desde un punto de vista activo, ya no sólo la Universidad de Chile, sino también otras que forman parte de la administración del Estado, como la Universidad de Santiago, Universidad de

(83).-Soto Kloss, La organización de la Administración del Estado, un complejo de personas jurídicas, Central de apuntes, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pg. 6 y 7.

(84).-Daniel Argandoña, ob.cit., pg. 62.

Tarapacá, Universidad de Antofagasta, Universidad de Atacama, Universidad de La Serena, Universidad de Valparaíso, Universidad de Talca, Universidad del Bío-Bío, Universidad de la Frontera y Universidad de Magallanes.

B.-Las municipalidades. El concepto legal lo proporciona la propia Constitución Política, que en su artículo 107 inciso 2 nos señala que "las municipalidades son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna". Las municipalidades, reguladas además por su respectiva ley orgánica, constituyen personas jurídicas de derecho público distintas de las que hemos tratado, el Fisco y las instituciones autónomas, e igualmente gozan de la preferencia en estudio.

C.-Las iglesias y comunidades religiosas. Respecto de ellas surgió la duda razonable de determinar si sólo se amparaba a la Iglesia Católica o también a las demás iglesias y comunidades religiosas distintas a la Católica. La duda surgió en razón de que el artículo 547 y 2481 No 1 hablan de "iglesias", en plural, sin limitar su alcance. Un análisis puramente histórico avala la postura restrictiva, puesto que a la época de dictación del código la religión del Estado chileno era la Católica, según prescribía el artículo 5 de la Constitución de 1833, por lo tanto el legislador civil sólo pudo referirse a ella. Además la Iglesia Católica era la única a la que se

le reconocía personalidad jurídica de derecho público. Por último, se argumentaba diciendo que el legislador habló en plural sólo para referirse a las diferentes subdivisiones de la Iglesia Católica, como arzobispados, obispados, etc.(85).

En la actualidad la solución al problema parece ser diferente, toda vez que ya a partir de la Constitución de 1925 se estableció la separación entre el Estado y la Iglesia Católica, consagrándose en forma amplia la libertad de conciencia y la manifestación de todas las creencias, como también la libertad de cultos que no se opongan a la moral, buenas costumbres y al orden público. Por otro lado, la doctrina extiende la calidad de persona de derecho público a otras iglesias distintas de la Católica, lo que está en armonía con la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 No 6 de la Constitución Política que nos rige, toda vez que una interpretación distinta atentaría contra el principio de igualdad ante la ley y contra el mismo precepto que consagra la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (86).

En síntesis, me parece que en la actualidad no puede sino concluirse que gozan de la preferencia que comentamos las iglesias en general, sin atención al culto

(85).-En tal sentido, Larrain Ríos, ob.cit., pg. 72 y 73.

(86).-Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Santiago, 1986, t. 1, pg. 203 y siguientes.

que ellas profesen, y lo propio cabe para las comunidades religiosas.

3.-Los créditos de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administre el marido, sobre los bienes de éste (No 3 del artículo 2481).

Esta es una preferencia que se remonta al Derecho Romano, donde ya aparece la idea de proteger a la mujer casada, dándole una preferencia sobre los acreedores valistas, y que hacia efectiva en los bienes del marido. Evidentemente la preferencia fue recogida por el legislador francés, en el artículo 2121 mediante una hipoteca legal que garantiza todo tipo de créditos en favor de la mujer casada. En Chile, las leyes de prelación de los años 1845 y 1854 también la contemplaron por la vía de la hipoteca legal, pero en definitiva el código la consagra como una preferencia de cuarta clase (87).

En cuanto al fundamento de la preferencia en favor de la mujer casada, me parece que a pesar de las recientes modificaciones introducidas por la Ley 18802 donde se le otorga plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, el fundamento de la preferencia sigue siendo similar; esto es, la protección de la mujer atendidos los poderes del marido como administrador ordinario de la sociedad conyugal. Las recientes modificaciones legales otorgan plena capacidad a la mujer casada en sociedad

(87).-Chernilo, Extensión del privilegio de cuarta clase de las mujeres casadas, Tesis, Santiago, 1934, pg. 15 y sigtes.

Podría pensarse que se incluye también a la mujer casada pero que está separada de bienes o divorciada a perpetuidad, respecto de aquellos bienes que administra el marido mediante un poder conferido al efecto, pero no parece ser el caso, puesto que en dichas hipótesis el marido responde simplemente como mandatario, según se desprende del artículo 162 del Código Civil (90).

Respecto de matrimonios celebrados fuera del país y que produzcan efectos civiles en Chile, el artículo 2484 nos indica que la mujer goza también de la preferencia sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno. Con todo, para los matrimonios celebrados fuera del país hay que tener presente el artículo 135 inciso 2, modificado recientemente por la Ley 18802, en el sentido que los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, salvo que al inscribir su matrimonio en el Registro Civil de la Primera Sección de la Comuna de Santiago pacten en ese acto sociedad conyugal, dejándose constancia de ello en la inscripción de matrimonio. Sólo en este último evento la mujer casada en el extranjero goza de la preferencia de cuarta clase acordada en el artículo 2481.

Además de la mujer, pueden invocar activamente la preferencia sus herederos, por aplicación de las reglas generales en materia sucesoria, como también sus

(90).-En igual sentido, Abeliuk, ob.cit., pg. 662.

cesionarios (91).

b).-Cuáles son las limitaciones que contempla la preferencia? Las limitaciones genéricas vienen a ser la necesidad de alegar la preferencia y probarla en la forma señalada en el inciso 1 del artículo 2483, al cual nos referiremos al tratar las características generales de los créditos de cuarta clase. En cuanto a la necesidad de alegarla, ello se hará una vez disuelta la sociedad conyugal incluso si no está liquidada, y no antes de dicha disolución aunque el marido haya sido declarado en quiebra. El problema de la quiebra del marido y la exigibilidad anticipada de los créditos de la mujer ha motivado más de un fallo contradictorio. Me parece que en la actualidad la solución que se da al problema no puede ser sino negativa a dicha exigibilidad, atendido el tenor del artículo 2466 inciso final que declara inembargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer y el del padre o madre sobre los bienes del hijo de familia, ello relacionado con el artículo 64 inciso 1 de la ley de quiebras que excluye del desasimio del fallido a los bienes inembargables. El inciso 4 del mencionado artículo 64 viene a precisar más el alcance de lo dicho, toda vez que de ahí se desprende que el fallido conserva la administración de esos bienes, pero con cierta intervención del síndico. En fin, si se produce esta situación en que el fallido mantiene la administración de los bienes que tenga como padre o marido, no resulta lógico

(91).-Ver supra, Capítulo II, No 3.

pensar que los créditos de la mujer o hijo se hagan exigibles por la declaratoria de quiebra.

En cuanto a las limitaciones específicas de la preferencia, ellas se refieren tanto a los créditos que comprende la preferencia como a los bienes sobre los cuales se hace efectiva. Respecto de los créditos comprendidos en la preferencia, en la actualidad hay consenso en señalar que comprende créditos no sólo por los bienes propios de la mujer que administre el marido sino que también se extiende a los créditos que tenga la mujer derivados de los bienes que entran a formar parte del haber relativo de la sociedad, o sea, en general por los bienes muebles aportados a la sociedad conyugal o adquiridos a título gratuito durante su vigencia, como también se hace extensivo a los créditos provenientes de recompensas debidas a la mujer, siempre que tales recompensas provengan de bienes propios administrados por el marido. Por último, conforme al inciso 2 del artículo 2483, la preferencia se extiende además a los créditos provenientes de la mala administración del marido (92).

Respecto de los bienes sobre los cuales se hace efectiva la preferencia, digamos que el texto del No 3 del artículo 2481 parece restrictivo, toda vez que habla que la preferencia recae "sobre los bienes de éste", pero se ha dicho, con razón, que esa expresión comprende tanto los

(92).-En tal sentido, Larrain Ríos, ob.cit., pg. 92 y siguientes; Meza Barros, De las..., ob.cit., pg. 244.

bienes propios del marido como también sus derechos en los bienes comunes (93). Las razones que llevan a pensar de este modo son múltiples; desde luego en el texto original del Código Civil se concedía la preferencia sobre los bienes del marido "y sobre los gananciales de la sociedad conyugal", lo que fue suprimido por Bello por considerarlo probablemente una redundancia inútil. Además hay que pensar que una vez disuelta la sociedad conyugal, dejan de haber bienes sociales y sólo hay bienes comunes del marido y la mujer, por lo que parece lógico que la preferencia de la mujer se haga efectiva en los bienes propios de él y también en sus derechos sobre los bienes comunes. Siguiendo el mismo orden de ideas, si la ley ha establecido la preferencia para amparar a la mujer en relación a los demás acreedores para quienes los bienes sociales son sólo del marido, la mujer en lo relativo a sus créditos no puede quedar en una situación más desmedrada que dichos acreedores.

4.-Los créditos de los hijos de familia, por los bienes de su propiedad que fuesen administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos (No 4 del artículo 2481).

La preferencia aparece reconocida ya en el Derecho Romano, puesto que en esa época se le reconocía una gran amplitud a la patria potestas, siendo la preferencia un lógico contrapeso en favor del hijo. El Código de Napoleón

(93).-C.Suprema, 17 Octubre 1935. G. 1935, 2 Semestre, No 37, pg. 129, R., t. 33, Sec. 1a, pg. 53; C.Santiago, 25 Noviembre 1929, R., t. 27, Sec. 2a, pg. 41.

recogió la institución por la vía de la hipoteca legal en su artículo 2121. De igual manera aparece consagrada en las leyes nacionales de prelación de los años 1845 y 1854.

En cuanto al fundamento de la preferencia, parece evidente que es la protección que otorga el ordenamiento jurídico a los hijos de familia frente a los amplios poderes del padre o madre titular de la patria potestad.

La Ley 18802 introdujo a la patria potestad importantes modificaciones, pero mantiene su estructura fundamental. Digamos que conforme al artículo 240 inciso 1, la patria potestad "es el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados". Al igual que antes de la Ley 18802, la patria potestad corresponde prioritariamente al padre legítimo y sólo a falta de éste puede corresponder a la madre legítima. Pero la nueva ley ha establecido dos nuevas hipótesis en que la patria potestad podría pasar a la madre. Dichos casos son el contemplado en el artículo 240 inciso 6, o sea, si a la madre se le ha conferido por el juez la tuición de los hijos, ella puede solicitar que se le confiera también la patria potestad; y el otro caso es el indicado en el artículo 262, la suspensión de la patria potestad del padre, en cuyo evento pasará a la madre. En caso que se le quite la administración de los bienes del hijo por haberse hecho el padre culpable de dolo o de grave negligencia habitual, la administración y usufructo pasarán a la madre, conforme a los artículos 251 y 252. Quizá debió haberse contemplado este último caso como causal de suspen-

si3n de la patria potestad, de forma que fuera la patria potestad misma la que pase a la madre y no s3lo el usufructo y administraci3n.

La patria potestad confiere una serie de derechos al padre o madre titular, que son los siguientes;

--El usufructo de ciertos bienes.

--La administraci3n de ciertos bienes.

--La representaci3n del hijo en actos judiciales y extrajudiciales.

Me referir3 a los dos primeros derechos o atributos mencionados, puesto que en ellos inciden las reformas m3s interesantes y que tienen relaci3n con lo que nos interesa, la preferencia de que goza el hijo.

Quiz3 uno de los aspectos m3s relevantes de la reforma se refiera a las nuevas redacciones que tienen los art3culos 247 y 248, conforme a los cuales, aqu3l padre al que se le otorga el usufructo, le corresponde tambi3n la administraci3n de los bienes del hijo, de forma que como se3ala el inciso 1 del art3culo 248, "el padre o madre a quien el donante o testador haya impuesto la condici3n de no administrar, queda privado del usufructo, y a su vez, si se le ha impuesto la condici3n de no usufructuar, queda privado de la administraci3n". Con todo, veremos que excepcionalmente el padre tiene la administraci3n a pesar de no gozar del usufructo de los bienes del hijo.

a).-Cuales son los bienes sobre los cuales el padre goza del usufructo ? Conforme al artículo 243 inciso 1, son todos los bienes del hijo de familia con algunas excepciones. Se trata de un usufructo legal , conforme al inciso 2 del mismo artículo, pero la doctrina uniformemente lo califica como un derecho legal de goce.

Si bien la regla general es que el padre goce del usufructo de todos los bienes del hijo, incluso en ese caso tiene limitaciones si se trata de un usufructo sobre minas del hijo, porque conforme al inciso 3 del artículo 243, se limita el usufructo a la mitad de los productos y responderá al hijo de la otra mitad.

Las excepciones a la regla, o sea, los bienes sobre los cuales el padre no goza del usufructo, están contemplados en la enumeración que hace el varias veces mencionado artículo 243:

1.-Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria y de todo oficio mecánico. Los bienes comprendidos en este número forman el peculio profesional o industrial del hijo. Este peculio es comprensivo de todos los bienes que son fruto del trabajo intelectual o físico del hijo. Sólo el hijo de familia adulto puede tener dicho peculio, puesto que el impúber es absolutamente incapaz. Siempre en relación con este peculio, para su goce y administración el hijo de familia es considerado como plenamente capaz, con la única limitación

de la enajenación o hipoteca de bienes raíces que requiere la autorización judicial con conocimiento de causa, conforme al artículo 246 en relación con el 255.

2.-Los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador ha dispuesto expresamente que tenga el usufructo de estos bienes el hijo, y no el padre. Es evidente que la condición señalada debe ser expresa, en cuyo evento será el hijo el que tenga la propiedad plena pero el padre, excepcionalmente, tendrá la administración. Esto último según el artículo 248 inciso 3, lo que es excepcional a la regla de que el usufructo y administración van siempre juntos. Ahora bien, conforme al inciso final del artículo 243, si el donante o testador ha dispuesto que el padre no tenga el usufructo de los bienes del hijo, dicho usufructo corresponderá a la madre, si está separada de bienes. Sólo se aplica esta norma si la madre está separada de bienes, puesto que si no lo está, al recibir frutos, la sociedad conyugal se haría dueña de ellos e indirectamente se vería beneficiado el marido a quien el donante quiso excluir. Si no está separada de bienes, o si a ella también le afecta la condición impuesta, la propiedad plena corresponderá al hijo y para la administración se hace necesario nombrarle un curador (94).

3.-Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado, en cuyo caso el usufructo (94).-Rozas Vial, ob.cit., pg. 35 y siguientes.

corresponde a la madre si está separada de bienes. Nuevamente para que la madre goce del usufructo, es necesario que esté separada de bienes, porque de lo contrario se vería burlada la sanción que se estableció para el padre. Si la madre no está separada de bienes, el hijo tendrá la propiedad plena y para la administración de esos bienes será necesario nombrarle un curador.

4.-Agreguemos el caso contemplado en el artículo 268, o sea, cuando se hace al hijo una donación, o se le deja una herencia o legado bajo condición de obtener la emancipación, no tendrá el padre, o en su defecto la madre, el usufructo de estos bienes, y se entenderá cumplir así la condición. Tampoco tendrá la administración de estos bienes, si así lo exige expresamente

el donante o testador. Este sería otro caso excepcional en que el padre tendría la administración a pesar de no gozar del usufructo, salvo que el donante o testador excluyan también su administración.

b).-Cuales son los bienes que administra el padre ? La administración de los bienes del hijo es otro de los derechos que confiere la patria potestad y constituye, en la práctica, una verdadera carga para el padre.

Ya dijimos que conforme a los artículos 247 y 248 el usufructo y la administración normalmente van unidos, de manera que sobre los bienes en que el padre tiene el usufructo normalmente tendrá además la administración. Con todo, se exceptua el caso del artículo 243 No 2, o sea, cuando es voluntad del donante o testador que el usufructo pertenezca al hijo, en cuyo caso la propiedad plena corresponde al hijo pero la administración al padre, según el artículo 248 inciso 3. No tendrá el padre la administración en el caso tratado en el artículo 268, o sea, la donación, herencia o legado bajo condición de obtener la emancipación si además se le ha privado de la administración al padre. Por último, es evidente que el padre tampoco tiene la administración de los bienes que forman el peculio profesional o industrial del hijo, porque el hijo es considerado capaz respecto de dicho peculio.

Ahora bien, el padre como administrador tiene amplias facultades, pero con las limitaciones que estableció el propio legislador en los artículos 255, 256, 1322 y 1326;

y responde de dicha administración hasta de la culpa leve, conforme al artículo 250. Sin perjuicio de las limitaciones recién mencionadas, el legislador ha dotado al hijo de familia de una preferencia de cuarta clase, que es justamente la que nos interesa.

c).-Quiénes pueden invocar la preferencia? El legislador otorgó la titularidad activa de la preferencia a los "hijos de familia". Los hijos de familia son, conforme al artículo 243 inciso 3, los hijos no emancipados, sean legítimos o legitimados. Es hijo legítimo el concebido durante el matrimonio de sus padres, como también el concebido durante el matrimonio a que se refiere el artículo 122 del Código Civil. Cabe destacar que el artículo 122 se refiere tanto al matrimonio nulo putativo como al simplemente nulo cuando la nulidad es producto de la incompetencia del oficial de Registro Civil o de la falta o inhabilidad de los testigos, y en ambos casos no se afecta la calidad de hijo legítimo. Es legitimado aquel hijo que ha obtenido el beneficio de la legitimación, por el cual el legislador confiere, a un hijo concebido fuera del matrimonio, la calidad de hijo legítimo con todas las consecuencias derivadas de ello.

La titularidad activa se extiende a los herederos y cesionarios del hijo de familia.

d).-Cuáles son las limitaciones de la preferencia? Las limitaciones genéricas son la necesidad de alegar la preferencia y probarla conforme al artículo 2483 inciso 1, a lo que nos referiremos al tratar las características de los

créditos de cuarta clase. La jurisprudencia ha declarado de oficio la preferencia cuando el motivo consta en los respectivos títulos, lo que parece errado puesto que no hay texto legal que faculte al juez para proceder de oficio (95). Normalmente la preferencia se alegará al cesar la patria potestad y el administrador se vea en la necesidad de restituir los bienes. Con todo, por las razones apuntadas al tratar el crédito de la mujer casada, creo que la quiebra del padre o madre, en su caso, no hace exigible los créditos del hijo de familia por los bienes de su propiedad que fueren administrados por ellos.

Respecto de las limitaciones específicas a la preferencia, ellas se refieren a los créditos comprendidos en la preferencia como también a los bienes sobre los cuales se hace efectiva. En cuanto a lo primero, la preferencia comprende todos los créditos provenientes de los bienes propios del hijo administrados por su padre, normalmente provenientes de la forma como ha ejercido su administración, tomando en cuenta las limitaciones legales que lo enmarcan. Ya vimos cuales eran los bienes administrados por el padre, pero agreguemos que su responsabilidad se extiende, conforme al artículo 250 inciso 2, a la propiedad como a los frutos, según tenga o no el usufructo. Además de los créditos señalados, el hijo puede invocar la preferencia en las acciones y derechos que le corresponden contra sus padres

(95).-C.Suprema, 31 Mayo 1931. R., t. 30, Sec. 1a, p. 368; C.Temuco, 30 Junio 1932. R., t. 30, 2a parte, SEc. 1a, p. 368.

por culpa o dolo en la administración de sus bienes, según se desprende del artículo 2483 inciso 2.

Por último, la preferencia se hace efectiva sobre todos los bienes embargables del padre o madre administrador, de cualquier naturaleza que ellos sean y sin importar la fecha en que fueron adquiridos. La preferencia no alcanza a aquellos bienes que hayan salido legítimamente del patrimonio del administrador.

5.-Los créditos de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores (No 5 del artículo 2481).

El origen de la preferencia es similar a la del hijo de familia. Incluso las leyes de prelación de los años 1845 y 1854 la recogieron mediante una hipoteca legal, pero en definitiva aparece en el Código Civil como una preferencia de cuarta clase.

Sobre sus fundamentos, poco se puede agregar puesto que resultan evidentes. La protección a los pupilos se manifiesta de muchas formas además de la preferencia, ya sea mediante la fianza o caución que debe rendir el guardador, el inventario solemne de los bienes del pupilo, las restricciones a las facultades de los guardadores en el desempeño de sus cargos y en general mediante las obligaciones a que están sujetos los guardadores, que revisten un carácter de orden público.

El artículo 391 hace referencia a la facultad de administración de los bienes del pupilo, que además extiende

su responsabilidad hasta la culpa leve inclusive. Digamos, sin entrar al detalle, que hay actos que al guardador le están prohibidos, y otros que puede realizar con restricciones y finalmente otros que puede realizar libremente. Ahora bien, la facultad de administrar se contrarresta con las obligaciones que contempla el artículo 415 y siguientes, entre las cuales se cuentan la de llevar cuenta fiel, exacta y en lo posible documentada de todos sus actos administrativos, obligación de rendir cuenta, restituir los bienes del pupilo y pagar el saldo que resulte en su contra.

Respecto de la preferencia de los pupilos surgen las siguientes cuestiones:

a).-Quienes son titulares activos de la preferencia ? El legislador fue bastante amplio al señalar que la preferencia se refiere a los créditos "de las personas que están bajo tutela o curaduría". Justamente debido a la referencia que hace a "las personas" es que parece lógico pensar que no se puede invocar la preferencia tratándose de la curaduría de bienes que se da a los bienes del ausente, a la herencia yacente o a los derechos eventuales del que está por nacer, todo ello porque la curaduría de bienes se da exclusivamente para la gestión de los bienes con prescindencia de la persona. Por igual razón, en el caso de la curaduría especial tratada en el artículo 345, tampoco se puede invocar la preferencia, toda vez que la intervención del curador especial es específica a un negocio determinado

sin apuntar directamente a la administración de bienes (96). Por lo demás ya la jurisprudencia ha señalado que la preferencia que nos ocupa sólo cabe tratándose de guardadores que ejercen también la guarda sobre la persona del pupilo, excluyéndose así los créditos que se tienen contra los curadores de bienes (97).

Al igual que la preferencia anterior, son también titulares activos de ella los herederos y cesionarios del pupilo.

b).-Cuales son las limitaciones de la preferencia ? Las limitaciones genéricas vienen a ser la necesidad de alegar la preferencia y probarla conforme a lo dispuesto en el artículo 2483 inciso 1, a lo que nos referiremos al tratar las características de los créditos de cuarta clase. Normalmente la preferencia será invocada al terminar la guarda, ya que en ese momento quedará establecido el monto de los créditos contra el guardador, pero se puede invocar después, mientras haya algún saldo insoluto no prescrito que favorezca al pupilo.

Las limitaciones específicas se refieren a los créditos que comprende la preferencia, como asimismo los bienes sobre los cuales se puede hacer efectiva. En ambos aspectos el legislador ha sido parco, pero parece evidente

(96).-En igual sentido, Larrain Ríos, ob.cit., pg 154 y siguientes.

(97).-C.Santiago, 20 Mayo 1883, G. 1883, No 1024, pg. 524.

que la preferencia comprende todos los créditos que sean resultado de la gestión misma del guardador y de las obligaciones que sobre él recaen. Se extiende también la preferencia a los créditos provenientes de una administración culposa o dolosa del guardador, según se desprende del artículo 2483 inciso 2. En cuanto a los bienes sobre los cuales se hace efectiva la preferencia, a pesar del silencio del legislador, nada hace pensar que la situación sea diversa a la vista para el crédito del hijo de familia, o sea, recae sobre todos los bienes embargables del guardador sin importar su naturaleza o época de adquisición. No se extiende a los bienes que hayan salido legítimamente del patrimonio del guardador.

6.-Crédito contra el propietario de un piso o departamento en razón de expensas comunes (artículo 48 del D.S. 880 que fijó el texto refundido de la Ley 6071 sobre propiedad horizontal).

La posibilidad de que los diversos pisos o departamentos de un edificio pertenezcan a distintas personas aparece expresamente aceptada por la Ley 6071. Ello es importante, puesto que junto al dominio exclusivo de cada propietario hay una comunidad forzada sobre los bienes destinados al uso común. En relación a la obligación de contribuir a las expensas comunes surge la preferencia para su cobro. El crédito contra el propietario de un piso o departamento derivado de la obligación de contribuir a las

expensas comunes goza de una preferencia de cuarta clase. Sin embargo esta es una preferencia bastante especial, que de alguna manera altera las reglas generales de los créditos de esta clase:

A.-Ella prefiere, cualquiera sea su fecha, a los créditos enumerados en el artículo 2481 del Código Civil. Esto altera la norma dada por el artículo 2482, según la cual los créditos de la cuarta clase prefieren indistintamente unos a otros según la fecha de sus causas.

B.-Es una preferencia doblemente específica, puesto que sólo comprende los créditos provenientes de expensas comunes, o sea, aquellas que deben ser satisfechas por todos los propietarios; y por otro lado la preferencia se hace efectiva sobre un bien determinado, el piso o departamento. Esto último altera la regla general dada por el artículo 2486 primera parte, en el sentido que la preferencia de cuarta clase afecta a todos los bienes del deudor.

C.-Alcanza a terceros poseedores, puesto que la preferencia se hace efectiva sobre el piso o departamento aunque pase a manos de un tercero adquirente. Esto altera la regla del artículo 2486 segunda parte, en el sentido que los créditos de cuarta clase no dan derecho contra terceros poseedores.

D.-Todo lo anterior es sin perjuicio del derecho para exigir el pago al propietario constituido en mora, aún si ha dejado de poseer el piso o departamento,

pero en dicho caso no se tiene preferencia alguna. Tampoco goza de preferencia la acción de saneamiento del nuevo poseedor contra el antiguo propietario, salvo que el acreedor de las expensas lo haya subrogado convencionalmente en sus derechos y acciones.

B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE CUARTA CLASE.

1.-Constituyen una preferencia general. Ello significa que recaen sobre la totalidad de los bienes embargables del deudor. Así se desprende del artículo 2486 primera parte, que señala que "las preferencias de los créditos de la cuarta clase afectan todos los bienes del deudor...." Aún más, la preferencia afecta incluso a los bienes del heredero, como indica el inciso 2 del artículo 2487, salvo que medie beneficio de inventario o separación, en cuyo evento la preferencia sólo tiene lugar en los bienes inventariados o separados. La excepción lo constituye el crédito contra el propietario de un piso o departamento por expensas comunes, que como vimos es especial porque recae sobre el piso o departamento.

2.-En caso de quiebra son pagados tan pronto como haya fondos para ello y una vez pagados los créditos de primera clase. Así se desprende del artículo 148 inciso final de la ley de quiebras, y es lógico que así sea porque ambos son créditos generales. Aunque no lo indica la norma, los créditos deben figurar en la lista de créditos reconocidos.

3.-Constituyen una preferencia personal. Ello toda vez

que la preferencia no da derecho contra terceros poseedores, tal como lo señala el artículo 2486 segunda parte. Nuevamente la excepción a la regla está constituida por el crédito contra el propietario de un piso o departamento en razón de expensas comunes, en que la preferencia se puede hacer efectiva aunque el piso o departamento pase a un tercero adquirente.

4.-Son pagados con posterioridad a los créditos de las tres primeras clases. Así se desprende del artículo 2486 tercera parte, que indica que ellos "sólo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquier fecha que éstos sean". Ahora bien, ya me he referido al alcance que se debe dar a la norma, esto es, al ser los créditos de segunda y tercera clases preferencias especiales, sólo se pagarán antes que los créditos de cuarta clase en los bienes específicos en que recaen, pero en el déficit son valistas. De manera que el recto sentido de la disposición es que en esos bienes afectos a preferencia especial se pagarán los créditos de cuarta clase sólo una vez pagadas las preferencias especiales, si algún remanente quedara.

5.-Algunos créditos de cuarta clase tienen normas especiales de prueba. Los créditos contemplados en los Nos 1 y 2 del artículo 2481 se rigen por las reglas generales en materia de prueba, puesto que el legislador no ha dado norma especial para ellos. En cambio para los créditos contemplados en los Nos 3, 4 y 5, el legislador ha dado reglas

especiales en materia probatoria, y ellas se refieren a los siguientes puntos:

a.-Se ha limitado la prueba confesional para probar la existencia de dichos créditos, como se desprende del artículo 2485. La razón es evidente, por la estrecha vinculación que hay entre esas personas y su acreedor, sea hijo, mujer o pupilo. Se pensó que el confesante podía verse inclinado a aumentar la cuantía de los créditos, perjudicando al resto de los acreedores.

b.-En cuanto a la forma de justificar los bienes cuya administración ha correspondido al marido, padre o guardador. Este asunto lo trata el artículo 2483 inciso 1, y al respecto hay dos posturas diferentes. Para algunos la mujer, el hijo o pupilo, deben acreditar el dominio de los bienes por medio de instrumento público, como los que señala la propia disposición (98). Otros autores estiman, con buenos argumentos, que respecto de los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos no se exige medio especial de prueba, porque lo lógico es que ellos consten siempre de un título auténtico; pero tratándose de otros bienes distintos de los raíces o derechos reales constituidos en ellos, deben probarse por los medios ahí señalados, o sea, "inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de (98).-Meza Barros, De las ..., ob.cit., pg. 248 y 249; Palacios González, ob.cit., pg. 104.

donación, venta, permuta u otros de igual autenticidad" (99). Respecto de estos últimos bienes, se ha cuestionado si sólo la prueba se limita a instrumentos públicos, porque si bien los enumerados lo son, la propia norma habla de "otros de igual autenticidad", con lo que se extendería incluso a instrumentos privados siempre que estén dotados de autenticidad (100).

Con todo, la limitación no rige para los créditos que provengan de una administración dolosa o culposa, como indica el artículo 2483 inciso 2, en que se pueden probar los cargos de cualquier modo fehaciente; pero sí tendría aplicación la limitación a la prueba confesional.

6.-Los créditos de cuarta clase prefieren entre sí según las fechas de sus respectivas causas. Así se desprende del artículo 2482, que señala la fecha de la causa de los distintos créditos. A diferencia de los créditos de primera clase, que también constituyen una preferencia general y que son pagados en el orden en que están enumerados, los créditos de cuarta clase se pagan según las fechas de sus causas sin que importe el orden de su enumeración. Se diferencian asimismo de las hipotecas, que prefieren según la fecha de su inscripción.

La fecha de la causa de los créditos de cuarta clase será:

(99).-Chernilo, ob.cit., pg. 95 y sigts; Abeliuk, ob. cit., pg. 664 y 665; Lira y Risueño, ob.cit., pg. 45.

(100).-Larrain Rios, ob.cit., pg. 222 y siguientes.

a.-La fecha del nombramiento del administrador o recaudador tratándose de los créditos del Fisco y de establecimientos nacionales de caridad o educación, y de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas.

b.-La fecha del matrimonio respecto del crédito de la mujer casada.

c.-La fecha del nacimiento del hijo tratándose del crédito del hijo de familia.

d.-La fecha del discernimiento de la guarda tratándose del crédito del pupilo.

Si llegasen a coincidir las fechas de las cuasas de algunos créditos, situación poco frecuente, como si hay hijos mellizos o si en un mismo discernimiento se otorga la guarda de varios pupilos a una misma persona, lo razonable es pensar que concurren entre sí a prorrata de sus respectivos créditos, dando aplicación al artículo 2469.

V.-LA QUINTA CLASE DE CREDITOS.

A esta clase de créditos se refiere el artículo 2489 inciso 1, y reciben el nombre de créditos comunes, valistas, quirografarios u ordinarios.

A.-LOS CREDITOS DE QUINTA CLASE EN PARTICULAR.

Son todos aquellos créditos a los cuales la ley no reconoce preferencia alguna. De esta suerte, su enumeración carace de sentido puesto que comprenden todos los créditos, salvo los preferentes.

B.-CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS DE LA QUINTA CLASE.

1.-Constituyen la regla general. Ello es así toda vez que las preferencias son la excepción dentro del Derecho, como se desprende del artículo 2488. Lo normal es que los acreedores sean pagados en igualdad de condiciones en el patrimonio del deudor.

2.-Los créditos valistas pueden serlo en forma originaria o derivada. Será crédito valista originario si nunca se le ha reconocido preferencia, mientras que será crédito valista derivado si en su origen fue un crédito preferente de segunda o tercera clase que no alcanzó a cubrirse totalmente con el bien afecto a la preferencia. A los créditos valistas derivados se refiere el artículo 2490, que los asimila a los créditos valistas originarios.

3.-Concurren entre sí a prorrata sin atención a la fecha del crédito. Así se desprende del artículo 2489 inciso 2, de forma que pueden ser pagados íntegramente si hay bienes suficientes, o bien lo harán en forma proporcional a sus créditos si los bienes no son bastantes para pagarlos a todos. No interesa la fecha del respectivo crédito.

Con todo, resulta indispensable que el legislador se preocupe de los acreedores valistas, que al igual que los demás acreedores, tienen la legítima expectativa de llegar a pagarse. El aumento exagerado de los créditos que gozan de preferencias, sea a través de la legislación común o especial, ha perjudicado dicha expectativa, haciendo que en

la práctica los acreedores valistas no llegien a sentarse "en la mesa del reparto" (101). El legislador debe buscar siempre una repartición proporcional de las cargas, lo que ciertamente no escapa a la materia de las preferencias.

4.-LAS PREFERENCIAS MARITIMAS.

4.1.-ASPECTOS GENERALES.

La cuestión de las preferencias marítimas excede el campo que originariamente pretendíamos abarcar, pero atendido la importancia del tema parece indispensable dar algunas nociones fundamentales.

La reciente modificación introducida por la Ley 18680 de 11 de Enero de 1988 al Libro III del Código de Comercio estableció toda una nueva normativa en materia de privilegios marítimos e hipoteca naval que va de los artículos 839 al 881 del Código de Comercio. Ello hace que abordar el tema constituya un desafío especial, toda vez que debido a lo reciente de la normativa, la literatura jurídica sobre el punto es escasa (102).

Antes de entrar propiamente en materia, dos palabras generales acerca de la nueva normativa. Creo que la Ley 18680 vino a llenar, en materia de preferencias marítimas, un serio vacío que se había producido con la dictación de la Ley 18175 sobre quiebras, la cual derogó

(101).-Rosende Subiabre, ob.cit., pg 32 y siguientes.

(102).-Destacan por su actualidad las obras de Baeza Pinto, Derecho Marítimo (propedéutica), Santiago, 1990; y Espinoza C., Derecho Comercial Marítimo, Central de Apuntes, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1988.

ciertas disposiciones del Código de Comercio que regulaban en forma coherente las preferencias marítimas, introduciendo un grado de incertidumbre que era necesario rectificar (103). Las nuevas normas sobre preferencias marítimas restituyen la armonía al sistema e incorporan la normativa internacional existente sobre la materia, sea de la Convención de Bruselas de 1926, el Convenio Internacional de 1967 o el reciente Proyecto de Nueva Convención sobre Hipotecas y Privilegios marítimos, más conocido como Proyecto de Lisboa del año 1985.

Las preferencias marítimas son excepcionales en muchos sentidos respecto de lo visto para las preferencias comunes, y para tener una visión clara de ellos los trataré separados en tres puntos. En primer término se verá lo relativo a privilegios marítimos, para abordar luego lo relativo a la hipoteca y prenda naval.

4.2.-PRIVILEGIOS MARITIMOS (ARTICULOS 839 AL 865 DEL CODIGO DE COMERCIO).

En términos amplios, los privilegios marítimos son la cualidad de que están revestidos ciertos créditos por mandato del legislador, en virtud del cual el acreedor puede pagarse preferentemente con el producto de la venta de la nave.

Los privilegios marítimos poseen las características comunes a todas las preferencias. Destaca

(103).-Alfaro C., Esquema de las nuevas tendencias en materia de privilegios marítimos e hipoteca naval, Tesis, Valparaíso, 1987, pg. 106 y siguientes.

eso sí, la circunstancia de que poseen un derecho de persecución respecto de la cosa sobre la cual recaen, independientemente de quien la posea, para realizarla y pagarse con su producido. Aргуemos que la tendencia mundial en materia de privilegios marítimos es a disminuir su número y uniformar, en lo posible, los hechos o actos generadores del privilegio.

Respecto de los privilegios marítimos actualmente vigentes en nuestro país, surgen las siguientes cuestiones que resolver:

a).-Cuáles son los privilegios marítimos ? Con una estricta finalidad de sistematizar la materia, podemos decir que hay cuatro clases de privilegios marítimos:

1.-Privilegios de primer orden sobre la nave. Los contempla el artículo 844 del Código de Comercio y los he llamado de primer orden debido a que ellos prefieren a la hipoteca o prenda sobre la nave, como también a los privilegios marítimos de segundo orden.

Los privilegios marítimos de primer orden sobre la nave se ejercen también sobre los fletes y pasajes correspondientes al viaje en que tengan su origen y están constituidos por los siguientes créditos:

1o.-Las costas judiciales y otros desembolsos causados con ocasión del juicio, en interés común de los acreedores, para la conservación de la nave o para su enajenación forzada y distribución del precio.

2o.-Las remuneraciones y demás beneficios que deriven de los

contratos de embarco de la dotación de la nave, en conformidad con las normas laborales y del derecho común que regulan la concurrencia de estos créditos, y los emolumentos de los prácticos al servicio de la nave.

Del mismo privilegio gozan las indemnizaciones que se adeuden por muerte o lesiones corporales de los dependientes, que sobrevengan en tierra, a bordo o en el agua, y siempre que sean producidas por accidentes que tengan relación directa con la explotación de la nave.

3o.-Los derechos y tasas de puerto, canales y vías navegables, y los derechos fiscales de señalización, practicaaje y pilotaje.

4o.-Los gastos y remuneraciones por auxilios en el mar, y por contribución en avería gruesa. Del mismo privilegio goza el reembolso de gastos y sacrificios en que hubiere incurrido la autoridad o terceros, para prevenir o minimizar los daños por contaminación o de derrames de hidrocarburos u otras substancias nocivas al medio ambiente o bienes de terceros, cuando no se hubiere constituido el fondo de limitación de responsabilidad que se establece en el título IX de la Ley de Navegación.

5o.-Las indemnizaciones por daños, pérdidas o averías causadas a otras naves, a las obras de los puertos, muelles o vías navegables o a la carga o equipajes, como consecuencia de abordajes u otros accidentes de navegación, cuando la acción respectiva no sea susceptible de fundarse en un contrato, y los perjuicios por lesiones corporales a los

pasajeros y dotación de esas otras naves.

2.-Privilegios marítimos de segundo orden sobre la nave. Los contempla el artículo 846 del Código de Comercio y los he llamado de segundo orden debido a que tienen un rango inferior a la hipoteca y prenda sobre la nave, según se desprende del artículo 845 del mismo cuerpo legal.

Los privilegios marítimos de segundo orden sobre la nave se ejercen también sobre los fletes y pasajes correspondientes al viaje en que tengan su origen y están constituidos por los siguientes créditos:

- 1o.-Los créditos por el precio de venta, construcción, reparación y equipamiento de la nave.
- 2o.-Los créditos por suministros de productos o materiales, indispensables para la explotación o conservación de la nave.
- 3o.-Los créditos originados por contratos de pasaje, fletamento o transporte de mercaderías, incluyendo las indemnizaciones por daños, mermas y faltantes en cargamentos y equipajes, y los créditos derivados de perjuicios por contaminación o derrames de hidrocarburos u otras sustancias nocivas.
- 4o.-Los créditos por desembolsos hechos por el capitán, agentes o terceros, por cuenta del armador, para la explotación de la nave, incluyendo los servicios de agencias.
- 5o.-Los créditos por primas de seguro respecto de la nave, sean del casco o de responsabilidad.

3.-Privilegios marítimos sobre la nave en construcción. Los tratan los artículos 858 a 860 del Código de Comercio y se pueden ejercer sobre la nave en construcción desde que ella se encuentre a flote.

Estos privilegios son los concedidos a los créditos enumerados en los artículos 844 y 846 que correspondan, y gozan de la misma preferencia y rango acordada para aquéllos.

4.-Privilegios marítimos sobre las mercaderías transportadas. Las contempla el artículo 861 del Código de Comercio al disponer que gozan de privilegio sobre las mercaderías y concurren sobre su valor de realización, en el orden que dicha norma indica, los créditos que provengan de:

1o.-Costas judiciales y otros desembolsos causados con ocasión de un juicio, en interés común de los acreedores del dueño de las mercancías, para la conservación de éstas o para proceder a su enajenación forzada y a la distribución de su precio.

2o.-Reembolso de los gastos y remuneraciones por auxilios en el mar en cuyo pago deba participar la carga, y contribuciones en avería gruesa.

3o.-Extracción de mercaderías naufragas.

4o.-Fletes y sus accesorios, incluyendo los gastos de carga, descarga y almacenaje, cuando correspondan.

b).-Cuáles son las reglas de prelación aplicables a los privilegios marítimos ? Digamos que el artículo 839 inciso

1 del Código de Comercio recoge un principio de gran importancia, toda vez que reconoce mayor jerarquía a los privilegios marítimos por sobre cualquier preferencia regulada en otros textos legales, en cuanto se refieran a los mismos bienes y derechos. Queda así zanjado el posible conflicto entre acreedores preferentes comunes y marítimos, en favor de estos últimos. La regla tiene una excepción contemplada en el inciso 2 del mismo artículo 839, en el sentido que priman por sobre las disposiciones de este título III las normas sobre prelación y privilegios en materia de contaminación o para precaver perjuicios por derrames de sustancias dañosas, que se establecen en los convenios internacionales vigentes en Chile y en la Ley de Navegación.

Para determinar la prelación de los privilegios marítimos, materia de suyo compleja, distinguiremos entre criterios generales de prelación y criterios especiales de prelación:

A.-Criterios generales de prelación.

--Artículo 845 del Código de Comercio; prevalecen los privilegios marítimos señalados en el artículo 844 por sobre las hipotecas y prendas sobre naves, y sobre los créditos enumerados en el artículo 846 del mismo Código de Comercio. Por su parte, las hipotecas y prendas sobre naves prevalecen sobre los créditos enumerados en el artículo 846.

--Artículo 851 del Código de Comercio; los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los de los

viajes precedentes aunque estos últimos sean de mejor grado. Sin embargo, los créditos derivados de un contrato único de embarco que comprenda varios viajes, concurren como uno solo, en el orden y lugar de preferencia previsto por el artículo 844, con los demás créditos privilegiados originados en el último viaje.

--Artículo 852 del Código de Comercio; los créditos privilegiados originados en un mismo viaje son preferidos en el orden que indican los artículos 844 y 846. Los créditos comprendidos en cada uno de los números de los artículos citados, concurrirán entre sí a prorrata en caso de insuficiencia del valor de los bienes sobre los cuales recaen. Por su parte el artículo 853 da criterios a aplicar en caso de duda sobre el viaje a que corresponde un crédito.

--Artículo 854 inciso 1 y 4; los créditos derivados de un mismo acontecimiento se consideran nacidos al mismo tiempo. Por su parte, los créditos por contribuciones a las averías comunes nacen en la la fecha del acto que las cause, y los créditos por auxilios en el mar se consideran originados en las fechas en que esas operaciones terminaron.

B.-Criterios especiales de prelación.

--Artículo 854 inciso 2; los créditos indicados en el número 4 del artículo 844, tienen prioridad entre ellos en el orden inverso al de las fechas en que se originaron. Lo mismo ocurre respecto de los créditos señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo 846.

--Artículo 863 del Código de Comercio; si es insuficiente el valor de las mercancías transportadas sobre las cuales se hacen efectivos los privilegios del artículo 861, ellos concurren a prorrata entre sí, siempre que se hubiesen originado en un mismo puerto. Hacen excepción los créditos del artículo 861 No 2, que prefieren entre sí en orden inverso al de su nacimiento. Con todo, si los créditos se hubiesen originado en puertos distintos o en fechas sucesivas, los posteriores serán preferidos a los de fecha anterior.

c).-A qué se extienden los privilegios marítimos ? Los artículos 847 y 860 del Código de Comercio hacen extensivos los créditos privilegiados no sólo a la nave o artefactos navales, sino también a los fletes y pasajes correspondientes al viaje en que tengan su origen. Por otra parte, ya vimos que los privilegios marítimos pueden recaer también sobre la nave en construcción o las mercancías transportadas, en sus respectivos casos.

Además de lo dicho, los privilegios marítimos de primer orden, señalados en el artículo 844, se pueden ejercer también sobre ciertos créditos específicos, señalados en el artículo 848 del Código de Comercio, a condición de que se originen en el mismo viaje en que aquéllos se produjeron.

Por otro lado, el Código de Comercio consagra una novedad en el artículo 850, al posibilitar que los

privilegios sobre la nave puedan hacerse efectivos en las indemnizaciones por seguro de la misma; pero cuando se trate de reparaciones efectuadas a la nave, los privilegios sobre la nave se entenderán de grado posterior al costo de aquéllas para los efectos de recuperarlo del asegurador, si procede; pudiendo también el armador ejercer su derecho a limitar su responsabilidad. La norma termina indicando que los privilegios marítimos sobre la nave quedan excluidos de toda posibilidad de hacerse efectivos sobre las subvenciones u otros subsidios otorgados por el Estado.

Por último digamos que el artículo 840 del Código de Comercio indica que en caso de deterioro, disminución o pérdida del bien sobre el cual recae el privilegio, éste se ejercerá sobre lo que reste, se salve o recupere de aquél, o sobre la indemnización que pague el responsable.

d).-Qué derechos especiales se consagran en relación a los privilegios marítimos ? Los privilegios marítimos sobre la nave otorgan al acreedor, además de la preferencia de pago, un derecho de persecución para perseguir la nave en poder de quien se encuentre, según se desprende del artículo 842 del Código de Comercio. Además, el artículo 843 posibilita al titular del privilegio marítimo sobre la nave, en ejercicio de su derecho de persecución, solicitar la retención o arraigo de la nave en cualquier lugar donde ella se encuentre.

El artículo 856 otorga un derecho legal de retención sobre la nave, en beneficio de los astilleros

donde se construya o repare la mencionada nave, para garantizar los créditos resultantes de dichos trabajos.

Por último, en caso de subfletamento a que se refiere el artículo 932 inciso 2, el fletante se subrogará en el mismo privilegio que corresponda al subfletante sobre las mercaderías del subfletador por el flete insoluto de este último, todo ello conforme al artículo 862 del Código de Comercio.

e).-Cómo se extinguen los privilegios marítimos ? El punto lo trata el artículo 855, dando de partida una regla lógica al decir que se extingue el privilegio marítimo al expirar el crédito que lo origina; pero trata además otras formas de extinción que son:

1.-Transcurso del plazo de un año desde la fecha en que se haya originado el crédito pertinente. Este plazo no se interrumpe o suspende, salvo a favor del acreedor que hubiere obtenido la retención o embargo judicial del bien afecto al privilegio, o del acreedor que por algún impedimento legal no pudo ejercitar antes su crédito privilegiado.

2.-Por venta judicial de la nave, sea voluntaria o forzada, desde su inscripción en el registro pertinente, o transcurrido 30 días consecutivos contados desde el día de la subasta, debiendo aplicarse el plazo que resulte menor.

3.-En caso de enajenación voluntaria de la nave, transcurridos 90 días consecutivos contados desde

la fecha de la inscripción de la transferencia.

Lo dispuesto en los números 2 y 3 precedentes será sin perjuicio del derecho de los acreedores privilegiados para ejercer su preferencia sobre el saldo insoluto del precio, si lo hubiere.

Por último, el artículo 864 del Código de Comercio, que damos por reproducido, trata la extinción de los privilegios sobre las mercaderías transportadas.

4.3.-HIPOTECA NAVAL (ARTICULOS 866 A 880 DEL CODIGO DE COMERCIO).

La hipoteca naval es un derecho real que se constituye sobre una nave o artefacto naval mediante el contrato respectivo, en virtud del cual, si no es pagado el acreedor, puede ejecutarla sin importar en manos de quien se encuentre y pagarse preferentemente de su crédito.

La hipoteca naval permite al naviero obtener el crédito necesario para desarrollar su actividad. Sus orígenes se vinculan al llamado préstamo a la gruesa ventura, aunque evidentemente ya no busca el simple apertrechamiento de la nave u otros gastos menores, sino la obtención de sumas importantes de dinero para el desarrollo de la actividad marítima (104).

Respecto de la hipoteca naval parece importante aclarar las siguientes cuestiones:

a).-Cómo se constituye la hipoteca naval ? En primer

(104).-Gauché, De los Privilegios Marítimos y de la Hipoteca Naval, Tesis, Valparaíso, 1971, pg. 20.

lugar debemos señalar que la hipoteca naval es una excepción a la regla general, toda vez que recae sobre un bien mueble, como lo indica el artículo 828 del Código de Comercio. La posibilidad de constituir hipoteca la tiene solamente el dueño y recaerá sobre naves y artefactos navales de más de 50 toneladas de registro grueso, siempre que estén inscritos en los respectivos Registros de Matrícula de la República, como se desprende del artículo 866 y 867 del Código de Comercio.

La hipoteca naval es un contrato solemne, que en términos generales requiere escritura pública e inscripción en el Registro de Hipotecas, Gravámenes y Prohibiciones de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, según reglamentan en detalle los artículos 868 a 871 del Código de Comercio, que prevén también el caso de la hipoteca otorgada en el extranjero.

Agreguemos por último que el legislador ha posibilitado, en los artículos 873 a 875, la hipoteca de naves o artefactos navales en construcción, lo que constituye un refuerzo al crédito marítimo. Siempre existe la posibilidad de volver a hipotecar la cosa o enajenarla, no obstante cualquier estipulación en contra, según aparece del artículo 878 del Código de Comercio.

b).-A qué se extiende la hipoteca naval? De la lectura del artículo 876 se desprende que la hipoteca naval comprende el casco, maquinarias y las pertenencias fijas o movibles de la nave. Se hace extensiva también al flete y las

subvenciones u otros subsidios otorgados por el Estado, si así se ha pactado. El artículo 877 inciso 1 consagra una posible caducidad del plazo concedido, en caso de pérdidas, grave deterioro o innavegabilidad permanente total de la nave o del artefacto naval, ya que el acreedor hipotecario puede ejercer sus derechos sobre lo que reste, se salve o recupere, o sobre su valor de realización, aunque su crédito no hubiere vencido. Por último, salvo que la nave o artefacto naval hayan sido reparados, el acreedor hipotecario puede ejercer sus derechos sobre los créditos de reemplazo que enumera el mismo artículo 877 en su inciso 2.

c).-Cual es la preferencia acordada a la hipoteca naval ? De la correlación de los artículos 845 y 872 del Código de Comercio se desprende que los créditos hipotecarios están por debajo de los privilegios marítimos de primer orden contemplados en el artículo 844, pero prefieren por sobre los privilegios marítimos de segundo orden a que se refiere el artículo 846 del mismo Código de Comercio. Con todo, si la hipoteca naval fue pactada con cláusula de garantía general, como lo permite el artículo 870, pierde su preferencia sobre los privilegios marítimos de segundo orden, según lo prescribe el artículo 880 inciso 2 del Código de Comercio. Agreguemos que conforme al artículo 872, el orden de inscripción en el Registro de Hipotecas, Gravámenes y Prohibiciones determina el grado de la preferencia de las distintas hipotecas entre sí.

d).-Cómo se extingue la hipoteca naval ? El legislador trató en detalle sólo la extinción por venta judicial de la cosa hipotecada, referida en el artículo 879 en relación con el artículo 871 inciso 2, ambos del Código de Comercio. Respecto de las demás formas de extinción de la hipoteca naval, debemos remitirnos , en todo lo que le sea aplicable, a la hipoteca de bienes raíces del Código Civil, conforme el envío que a dichas normas formula el inciso 1 del artículo 880 del Código de Comercio.

4.4.-PRENDA NAVAL (ARTICULO 881 DEL CODIGO DE COMERCIO).

El legislador comercial trató en forma extremadamente breve a la prenda naval, lo que hace pensar en una legislación posterior que regule en detalle la garantía prendaria.

Respecto de ella surgen las siguientes cuestiones:

a).-Cómo se constituye la prenda naval ? En primer lugar digamos que la prenda naval se puede constituir sobre naves y artefactos menores, o sea, con capacidad de hasta 50 toneladas gruesas. El legislador fue amplio en cuanto a la naturaleza de la prenda que se puede constituir, porque habla de "cualquiera sea la naturaleza de ésta"(la prenda), por tanto se puede pensar en una prenda industrial, prenda sin desplazamiento de la Ley 18112 o incluso una prenda común mercantil (105). Con todo, la prenda debe ser anotada al margen de la inscripción de la nave en el Registro de

(105).-En tal sentido, Baeza Pinto, ob. cit., pg. 55.

Matrículas, sin lo cual es inoponible a terceros. Dicha anotación, fechada y numerada, sustituye a cualquier inscripción y publicación exigidas por las normas que regulen la clase de prenda de que se trate. La prenda naval deberá constar por escrito para efectos probatorios y para proceder a la mencionada inscripción, rigiendo sobre el particular las normas de la ley que regule la respectiva prenda.

b).- Cual es la prelación de la prenda naval ? La prenda naval, conforme al artículo 845 inciso 2 del Código de Comercio, goza de una preferencia similar a la hipoteca naval. Esto es, prefieren a los privilegios marítimos de segundo orden, pero están por debajo de los privilegios marítimos de primer orden.

El orden de anotación determina el grado de preferencia entre las prendas, conforme al artículo 881 inciso 2, de suerte que al igual que en la hipoteca naval, prevalecen las más antiguas sobre las de fecha más reciente.

c).-Cuales son las limitaciones de la prenda naval ? El artículo 839 del Código de Comercio, en sus últimos cuatro incisos da una serie de pautas al respecto. Desde luego nos señala que no pueden constituirse prendas, gravámenes, prohibiciones y embargos independientemente sobre partes o pertenencias ya incorporadas a naves o artefactos navales. Agrega que las prendas y demás gravámenes, los embargos y prohibiciones constituidos sobre bienes que se incorporen a

una nave o artefacto naval, se extinguen desde esa incorporación, pero no aquellos constituidos sobre motores, equipos de comunicación o de detección submarina y sobre aparejos de pesca de naves menores. Por último contempla una sanción penal para el que defraudare a otro incorporando o consintiendo en que un bien afecto a prenda, gravamen, prohibición o embargo vigentes sea incorporado a una nave o artefacto naval.-

BIBLIOGRAFIA

- ABELIUK R., Las obligaciones, Santiago, 1971.
- AGUIRRE VARGAS C., Obras Jurídicas, Santiago, 1891.
- ALESSANDRI A., La prelación de créditos, Santiago, 1940.
Teoría de las obligaciones, Santiago, 1934.
- ALFARO M., Esquema de las nuevas tendencias en materia de privilegios marítimos e hipoteca naval, Tesis, Valparaíso, 1987.
- ALSINA H., Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires.
- ARIAS RAMOS J., Derecho romano, Madrid, 1966.
- AUBRY C. ET RAU C., Cours de Droit Civil Français, Paris, 1900-1902.
- BAEZA PINTO S., Derecho Marítimo (propedéutica), Santiago, 1990.
- BARBERO D., Sistema de Derecho Privado, Buenos Aires, 1967.
- BARROS A., Curso de derecho civil, Santiago, 1932.
- BAUDRY-LACANTINERIE C. ET DE LOYNES P., Traité théorique et pratique du droit civil, des privilèges et hypothèques, Paris. 1906.
- BELLO A., Obras Completas, Santiago.
- BIANCHI, Dei privilegi, Napoli-Torino, 1924.
- BINDER, Iherings Jahrbucher, 1926.
- BONNECASE J., Elementos de derecho civil, Méjico, 1945.
- BRINZ, Pandekten, 1873.
- BULNES SANFUENTES F., Diversas formas del contrato de prenda en nuestra legislación, Tesis, Santiago, 1939.
- BUSTAMANTE L., El patrimonio, Santiago, 1979.
- CARBONIER J., Derecho civil, Barcelona, 1965.
- CASARINO M., Manual de Derecho Procesal, Santiago, 1983.

- CASTAN J., Derecho civil español común y foral, Madrid, 1954.
- CHERNILO I., Extensión del privilegio de cuarta clase de las mujeres casadas, Tesis, Santiago, 1934.
- CHIRONI, Trattato del privilegio, delle ipoteche e del pegno, Torino, 1918.
- CICU A., L'Obligazione nel patrimonio del debitore, Milano, 1948.
- CIENFUEGOS, La prelación especial de ciertos créditos, Tesis, Santiago, 1946.
- CLARO SOLAR L., Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Santiago, 1979.
- COLIN A. Y CAPITANT H., Curso elemental de derecho civil, Madrid, 1922.
- CORDEIRO E., Tratado de los Privilegios, Buenos Aires, 1941.
- COVIELLO N., Doctrina general del derecho civil, Méjico, 1938.
Manual de derecho civil, Milán, 1924.
- DANIEL ARGANDONA M., La Organización Administrativa en Chile, Santiago, 1985.
- DE BUEN, Traducción española de Colin y Capitant, Curso de derecho Civil, Madrid, 1925.
- DE HEREDIA J., El cumplimiento de las obligaciones, Madrid, 1956.
- DE LA MAZA L., Contratos, Santiago, 1951.
- DEL VECCHIO G., Del resarcimiento del daño en relación con la pena, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1951.
- DEMOGUE R., Les notions fondamentales du droit privé, Paris, 1911.
- DIEZ PICAZO L., Lecciones de derecho civil, Valencia, 1965.
- D'ORS A., Derecho Privado Romano, Navarra, 1977.
- La pérdida del concepto de excepción a la ley, en Escritos varios sobre Derecho en crisis, 1973.
- ENGISCH K., Einfubrung in das Juristische Denken, Stuttgart, 1959.

- ENNECCERUS L., KIPP T. Y WOLFF M., Tratado de derecho civil, Barcelona, 1934 .
- ESPIN D., Manual de derecho civil español, Madrid, 1951.
- ESPINOSA R., Manual de Procedimiento Civil, Santiago, 1977.
- ESPINOZA S., Derecho Comercial Marítimo, Central de apuntes, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1988.
- EVANS DE LA CUADRA E., Los Derechos Constitucionales, Santiago, 1986.
- EYZAGUIRRE R., El contrato de transporte y nociones de derecho marítimo y aéreo, Santiago, 1980.
- FERRARA F., Trattato de Diritto Civile Italiano, Roma, 1921.
- FIGUEROA VADES P., Las Garantías Constitucionales de los Contribuyentes en la Constitución de 1980, Tesis, Santiago, 1985.
- FIGUEROA YAVAR J., Apuntes de sus clases, Derecho Procesal II, Santiago, 1985.
- FUEYO F., Algunas características modernas del derecho de obligaciones, en R.D.J., tomo 53, Mayo-Junio 1956.
- Curso de derecho civil profundizado y comparado, Santiago, 1958.
- La noción de obligación, en R.D.J., tomo 68, Dic. 1970, No 1.
- GAETANO, I Privilegi, Torino, 1949.
- GARCIA AMIGO M., Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, Madrid, 1965.
- GARCIA DE HARO R., El salario como crédito privilegiado, Pamplona, 1960.
- GAUCHE G., De los privilegios marítimos y de la hipoteca naval, Tesis, Valparaíso, 1971.
- GEORGIANI M., La Obligación, Barcelona, 1958.
- GESCHE B., Jurisprudencia dinámica, Santiago, 1971.
- GIANNINI A., Instituciones de Derecho Tributario, Madrid, 1957.

- GOMEZ BALMACEDA R., Alcance del privilegio de los créditos garantizados con prenda industrial, en R.D.J., tomo 81.
- Apuntes de sus clases, Curso de derecho de quiebras, Santiago, 1987.
- Las costas judiciales, Boletín informativo No 4, Fiscalía Nacional de Quiebras.
- GOMEZ REYES M., Modificaciones introducidas por la legislación comercial al régimen de prelación del Código Civil, Tesis, Santiago, 1987.
- GULLON BALLESTEROS A., La Prelación de Créditos en el Código Civil, Barcelona, 1962.
- HERNANDEZ-GIL A., Derecho de obligaciones, Madrid, 1960.
- HUC T., Traité théorique et pratique du Code Civil, Paris, 1893.
- ILLANES EDWARDS J., La primera clase de créditos privilegiados, Tesis, Santiago, 1944.
- JORS Y KUNKEL, Derecho privado romano, Madrid.
- JOSSERAND L., Cours de Droit Civil Positif Francais, Paris, 1938-1939.
- LARENZ K., Derecho de Obligaciones, Madrid, 1958.
- LARRAIN RIOS H., La cuarta clase de créditos privilegiados ante nuestra legislación, Tesis, Santiago, 1940.
- LEON HURTADO A., El objeto en los actos jurídicos, Santiago, 1983.
- LIRA Y RISUENO, La prelación de créditos, Santiago, 1935.
- LLAMBIAS, Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 1967.
- LOPEZ BERENQUER, La colisión de derechos, Murcia, 1955.
- LOPEZ SANTA MARIA J., Informe en Derecho sobre contrato de líneas de crédito, en R.D.J., tomo 79, Mayo-Agosto 1982.
- LUZZATI, Dei privilegi e delle ipoteche, Torino.
- MARTOU M., Des privilèges et hypothèques, Bruselas-Paris, 1855-1857.
- MERY BERISSO, Derecho Hipotecario, Santiago, 1958.

- MESSINEO F., Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 1954.
- MEZA BARROS R., De las fuentes de las obligaciones, Santiago, 1979.
- De las obligaciones, Santiago, 1979.
- MOLINARIO A., Los privilegios en el derecho civil argentino, Buenos Aires, 1941.
- MOURLON F., Examen Critique et Pratique du Commentaire de M. Troplong sur les Privilèges, Paris, 1855.
- MUSALEM C., La primera clase de créditos privilegiados, Tesis, Santiago, 1983.
- NAVARRETE L., La Tercería de prelación, Santiago, 1990.
- NICOLO, De la responsabilidad patrimoniale, Bologna, 1945.
- NOVOA FUENZALIDA P., Apuntes de sus clases, Curso de contrato de trabajo, Santiago, 1985.
- Apuntes de sus clases, Curso de derecho de la seguridad social, Santiago, 1986.
- OLAVARRIA J., manual de Derecho Comercial, 1970.
- PACCHIONI, Trattato delle obbligazioni, Turin, 1927.
- PALACIOS GONZALEZ, La prelación de créditos en la legislación chilena, Tesis, Santiago, 1939.
- PALMA ROGERS G., Derecho Comercial, Santiago, 1940.
- PLANIOL M. ET RIPERT G., Traité pratique du droit civil français, Paris, 1926.
- POMES J., Blanqueo de bienes y nulidad de notificaciones, El Mercurio de Santiago, 1988.
- PONSSA R., Doctrina general de los privilegios, Buenos Aires, 1951.
- POTHIER, Tratado de Procedimiento Civil, Paris, 1821.
- PRIETO CASTRO, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1965.
- PUELMA ACCORSI A., Curso de derecho de quiebras, Santiago, 1985.
- PUIG PENA F., Compendio de Derecho Civil Español, Madrid, 1948.

- RICCI F., Derecho civil teórico y práctico, Madrid.
- RIPERT G., Les forces créatrices du droit, Paris, 1955.
- ROCA SASTRE R. Y PUIG BRUTAU J., Estudios de derecho privado, Madrid, 1948.
- ROCCO, Il fallimento, Turin, 1918.
- RODRIGUEZ-ARIAS L., Comentando el artículo 1911 del Código Civil, en Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1951.
- Derecho de obligaciones, Madrid, 1965.
- RODRIGUEZ GREZ P., El régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio, en La Revista de Derecho, Santiago, 1989.
- ROSENDE SUBIABRE H., Modificaciones legales introducidas en materia de prelación de crédito, en Modificaciones legales del sexenio 1973-1979, Santiago.
- ROZAS VIAL F., Análisis de las reformas que introdujo la Ley 18802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y a la salida de menores fuera del país, Santiago, 1990.
- RUBINO D., La responsabilità patrimoniale, Torino, 1956.
- SALVAT R., Tratado de derecho civil argentino, Buenos Aires, 1935.
- Tratado de derecho civil argentino, Derechos Reales, Buenos Aires, 1927-1934.
- SALVATORE ROMANO, Sulle arresto personale per diviti, Riv. di Diritto Processuale Civile, Padova, 1911.
- SOMARRIVA M., Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia, Santiago, 1984.
- Tratado de las cauciones, Santiago, 1981.
- SOTO KLOSS E., La organización de la administración del Estado; un complejo de personas jurídicas, Central de Apuntes, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- La responsabilidad pública, en Revista de Derecho Público No 27, Santiago, 1980.
- STICHKIN D., Curso de derecho civil profundizado, La Teoría General del Patrimonio, Santiago, 1974.

Los bienes extrapatrimoniales, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 1961, No 115.

STOEHREL A., De las disposiciones comunes a todo procedimiento, Santiago, 1980.

TROPLONG, Des privilèges et hypothèques, Paris, 1854.

UGARTE J.J., Créditos Refaccionarios y Créditos Hipotecarios, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 10 No 2, Mayo-Agosto 1983.

VASSALLO C., Créditos privilegiados de la segunda clase, Tesis, Santiago, 1934.

VILLEY M., Los orígenes de la noción de derecho subjetivo, en Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, Valparaíso, 1976.

VON THUR A., Tratado de las obligaciones, Madrid, 1934.

ZULOAGA A., Derecho industrial y agrícola, Santiago, 1937.

