

La trayectoria de René Abeliuk como especialista en Derecho Civil y la enriquecedora experiencia adquirida durante años dedicados al servicio público y al ejercicio de la abogacía, se plasman en su obra *Las Obligaciones*, cuya tercera edición actualizada presentamos.

En un lenguaje directo y de fácil comprensión, la obra se desarrolla fluidamente, dividida en dos volúmenes y clasificada en seis partes. El primer volumen estudia las siguientes materias: "Concepto y Nociones Fundamentales", "Teoría General de las Fuentes de las Obligaciones" y "Clasificación de las Obligaciones". El segundo volumen analiza los siguientes temas: "Efectos de las Obligaciones", "Modificación de la Obligación" y "Extinción de las Obligaciones".

La obra ha sido puesta al día incorporándole las modificaciones legales más recientes, en particular aquellas relativas a las operaciones de crédito de dinero y la reajustabilidad de las obligaciones, introducidas principalmente por la Ley N° 18.840, de 1989. La excelente sistematización y el análisis exhaustivo, y a la vez sencillo, de las complejas materias contenidas en el Libro IV del Código Civil, las que se estudian a la luz de las corrientes doctrinarias más importantes y de la jurisprudencia, hacen de este título una obra clásica de obligada consulta para abogados y estudiantes.

Editorial Jurídica de Chile

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

René Abeliuk M.

**René
Abeliuk
Manasevich**

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

Editorial Jurídica de Chile

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

RENE ABELIUK MANASEVICH

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

© RENE ABELIUK MANASEVICH

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Inscripción N° 85.833

Se terminó de imprimir esta tercera edición
de 1.800 ejemplares en el mes de septiembre de 1993

IMPRESORES: Editorial Nomos

IMPRESO EN COLOMBIA / PRINTED IN COLOMBIA

ISBN 956-10-1021-6

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

ABREVIATURAS
LAS MAS FRECUENTEMENTE USADAS EN ESTA OBRA

Art.	artículo
C.	Código
C.C.	Código Civil ¹
C. Co.	Código de Comercio
C.O.T.	Código Orgánico de Tribunales
C.P.	Código Penal
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil
C.P.P.	Código de Procedimiento Penal
C. del T.	Código del Trabajo
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
F.M.	Fallos del mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales ²
M.P. o M. de P.	Memoria de Prueba (tesis de licenciado)
Nº	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia ²
Rep. o Repertorio	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas ³
Sec.	Sección
Sem.	Semestre
Sigte(s)	Siguiente(s)
T.	Tomo
Vol.	Volumen.

¹ Salvo mención expresa en contrario, toda referencia a un Código se entiende a los chilenos; un artículo mencionado sin expresar ley o Código, corresponde a nuestro Código Civil.

² La G. T. y RDJ. se han refundido actualmente en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Todo fallo citado por su publicación en esta Revista se entiende referido a la Segunda Parte de la misma, que es la destinada a jurisprudencia.

³ Véase Bibliografía.

LA INSOLVENCIA Y SUS EFECTOS

(Quiebra, cesión de bienes, beneficio de competencia
y prelación de créditos)

961. *Pauta.* Hemos agrupado en este capítulo final de los efectos del incumplimiento aquellas instituciones que normal aunque no necesariamente suponen que él es colectivo, esto es, afecta a más de un acreedor, y se debe a la insolvencia del deudor.

Son ellos la quiebra, de la que daremos muy ligeras nociones, la cesión de bienes, el beneficio de competencia y la prelación de créditos; en una primera sección hablaremos de ellos en general; en una segunda de la quiebra y cesión de bienes; en la tercera del beneficio mencionado, y por último, de la prelación de créditos.

Sección primera

GENERALIDADES

962. *La insolvencia.* Ya hemos señalado al pasar que la insolvencia es un hecho jurídico, una situación de hecho que se produce sin necesidad de sentencia judicial que la declare. Consiste en que el deudor no esté en situación de pagar todas sus deudas, esto es, que su pasivo supere a su activo. Sin embargo, algunas sentencias de nuestros tribunales han declarado que es la incapacidad de pagar una deuda, aunque se tengan más bienes que obligaciones.⁹⁵⁰ Creemos que se ha incurrido en una confusión de conceptos; lo que ha definido estas sentencias es una incapacidad de pago transitoria, que efectivamente puede llevar al deudor hasta la quiebra. La distinción está claramente señalada en la ley, pues según el Art. 43 N° 1 de la Ley de

Quiebras puede cualquier acreedor pedir la quiebra del deudor comerciante, industrial, minero o agricultor que cesa en el pago de una obligación mercantil, o sea, no es necesario probar que el deudor es insolvente, que su pasivo supera al activo, sino que basta un hecho objetivo: dejar de pagar una obligación mercantil y siempre según la actual Ley de Quiebras que conste en un título ejecutivo.

Y el punto no es indiferente, porque, además de implícita en las instituciones que estudiamos en este capítulo, la insolvencia produce otros efectos civiles, como ser:

1º Caducidad del plazo.

De acuerdo al Art. 1.496, si la insolvencia es notoria, caduca el plazo de que gozaba el deudor para cumplir su obligación (Nº 474).

2º Separación judicial de bienes.

La mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal puede solicitar la separación judicial de bienes de su marido en caso de insolvencia de éste (Art. 155).

3º Disolución de la sociedad.

De acuerdo al Art. 2.106, inc. 1º, la sociedad expira por la insolvencia de uno de los socios.

4º Expiración del mandato.

Según el N° 6º del Art. 2.163, el mandato expira por la insolvencia de mandante o mandatario.

5º Incumplimiento preventivo.

La situación del inc. final del Art. 1.826, examinada en el N° 946, también implica la insolvencia del comprador, porque de otro modo no sería justificado el temor del vendedor de no recibir el precio.

6º Acción oblicua y pauliana.

La insolvencia es requisito para que el acreedor pueda ejercer tales acciones, según vimos en los N°s 760 y 780.

963. *Insolvencia e incumplimiento colectivo.* Además de los efectos específicos señalados en el número anterior, la insolvencia es requisito o está presente en las instituciones que estudiamos en este capítulo.

Es requisito en la cesión de bienes, pues justamente puede efectuarla el deudor que a consecuencia de accidentes inevitables no se encuentra en situación de pagar todas sus deudas (Art. 1.614), y también del beneficio de competencia, que se concede a ciertos deudores para no pagar más allá de lo que buenamente puedan (Art. 1.625); ello supone desde luego que no están en condiciones de pagar todas sus deudas.

En cambio, no es la insolvencia un requisito indispensable para la quiebra y prelación de créditos: ni se presentan ellas siempre que hay falta de solvencia, y pueden darse sin que ella falte.

⁹⁵⁰ RDJ, Ts. 14, sec. 1ª, pág. 147, y 23, sec. 1ª, pág. 306.

En efecto, el deudor puede ser insolvente y no ser llevado a la quiebra,⁹⁵¹ y a la inversa, puede caer en ésta quien sea solvente pero atravesase por dificultad transitoria de caja. Y así, como decíamos, el deudor comerciante puede ser declarado en quiebra por haber cesado en el pago de una obligación mercantil. Sin embargo, aunque no será lo normal, sus bienes pueden ser cuantiosos y muy superiores a su pasivo, y será declarado en quiebra si no paga dicha deuda. Tampoco el acreedor está obligado a declarar en quiebra a su deudor para poder cobrar si éste es insolvente. Puede cobrar por acción ejecutiva personal y si logra hacerlo antes que los demás acreedores, conseguirá su pago aun con anterioridad a los acreedores privilegiados, si éstos no accionaron a tiempo. Todo lo dicho no impide que lo normal será que la insolvencia del deudor provoque su declaración de quiebra.

Finalmente, la prelación de créditos adquiere toda su trascendencia en el caso de ser insolvente el deudor, porque entonces tiene importancia determinar qué acreedores se pagarán primero; pero ello no obsta a que se haga valer aun al margen de la quiebra, verbigracia, como tercería de prelación en el juicio ejecutivo (Art. 518, Nº 2º del C.P.C.).

Ahora bien, desde otro punto de vista todas estas instituciones en estudio suponen también la concurrencia de varios acreedores que pretenden cobrar en un patrimonio que se ha hecho estrecho para responderles a todos ellos. Pero tampoco es indispensable, salvo en la prelación de créditos, que no se concibe sin una elección entre éstos. Y así, la cesión de bienes puede hacerse a un solo acreedor

⁹⁵¹ Para las relaciones entre insolvencia y quiebra véanse el interesante artículo de Sergio Baeza Pinto: "La insolvencia como presupuesto de la quiebra en nuestra legislación", publicado en la RDJ, T. 65, 1ª parte, págs. 64 y sigtes., y el informe en Derecho de don Raúl Varela Varela: "De la insolvencia del deudor y de la legitimación del demandante para accionar como presupuestos de la declaración de quiebra", también en la RDJ, T. 66, 1ª parte, pág. 149 y sigtes.

La verdad es que conceptualmente no se concibe la quiebra sin la insolvencia del deudor, pero a fin de facilitar su declaración, nuestra legislación prefirió omitir su discusión, estableciendo causales muy claras para provocarla. Al acreedor le basta acreditar que ellas concurren, sin necesidad de tener que probar la falta de solvencia del deudor. Esto ha provocado el abuso de la institución, pero es obvio que la quiebra seguirá adelante únicamente si el deudor es insolvente; en general todas las causales presuponen una cesación general de los pagos, con la excepción de la falta de pago de una obligación mercantil para el deudor comerciante.

En cambio, aunque el punto se discutió, y en virtud de lo dispuesto por los Arts. 130 a 132 del DFL 251 sobre sociedades anónimas, sobre todo después de la reforma de la Ley Nº 17.308 de 1º de julio de 1970, para dichas sociedades la insolvencia era requisito de su declaración en quiebra. Así se había resuelto en sentencia publicada en la RDJ, T. 66, sec. 1ª, pág. 49. Ello ha dejado de ser así con la dictación de la Ley 18.046 de 22 de octubre de 1981 que reemplazó a dicho DFL 251, y respecto a su declaración de quiebra somete a las sociedades anónimas a la legislación común (Art. 101).

(Nº 965), y la quiebra ya hemos visto que se puede obtener también por un solo acreedor.

Sección segunda

QUIEBRA Y CESIÓN DE BIENES

964. *Breve referencia a la quiebra.* Siguiendo la tendencia imperante a la época, nuestra legislación separaba la situación del deudor civil y del deudor comerciante. Respecto del primero procedía el concurso, al cual aún se refieren los Arts. 2.467 y 2.468 del Código Civil, y que reglamentaba el C.P.C. en el Título 3º del Libro 3º, Arts. 572 y siguientes, hoy derogados; en cuanto al deudor comerciante, procedía su declaración de quiebra, reglamentada en el Libro 4º del C. de Co., también hoy derogado.

Posteriormente, tanto para uno como otro deudor, rigió la Ley de Quiebras, Nº 4.558, de 4 de febrero de 1929, cuyo texto definitivo se fijó por Decreto Supremo Nº 1.297 de 23 de junio de 1931. En el Nº 15 destacamos la tendencia del derecho moderno de unificar las instituciones de derecho civil y comercial, sin perjuicio de mantener las diferencias necesarias entre una y otra actividad. Ella fue recogida parcialmente por la ley señalada, que, sin embargo, conservó algunas distinciones entre deudor civil y comercial que no se justificaban hoy en día.⁹⁵² Y así, principalmente, para el deudor comerciante, concurren los requisitos legales, era obligación solicitar su propia quiebra (Art. 35); podía incurrir en ella por el incumplimiento de una sola obligación mercantil (Art. 37, Nº 1º), quedaba sujeto al procedimiento de calificación del Título 13 de la ley, etc.

Esta Ley 4.558 fue reemplazada por la Ley 18.175 de 28 de octubre de 1982, que en estos puntos extiende las normas del deudor comerciante al industrial, minero y agricultor, con lo cual se acentúa la tendencia a la unificación de la legislación para todos los deudores comerciales y civiles.

Entre nosotros el estudio de la quiebra se reserva para el Derecho Comercial y en todo caso excede los márgenes de nuestra obra,

⁹⁵² Véase nota 7. Las empresas constructoras de viviendas que habían alcanzado gran difusión, por su carácter civil no se sujetaban a las condiciones del deudor comerciante, lo que no se justificaba, pues son una empresa industrial como cualquiera otra. Ello fue corregido por el Art. 14 del D.L. 1.953 de 15 de octubre de 1977, que agregó un Nº 20 al Art. 3º del C. de Co., y en cuya virtud son actos de comercio: "Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza".

por lo que daremos las nociones más indispensables al respecto. Los Arts. 1º y 2º fijan el objeto de la quiebra, que es un juicio universal que tiene por objeto realizar en un solo procedimiento todos los bienes de una persona, con las excepciones legales, a fin de proveer al pago de todas sus deudas. Es la característica esencial del juicio de quiebra: es una ejecución universal, a diferencia del juicio ejecutivo, que es una ejecución individual.

El juicio mismo de quiebra se tramita en dos ramos principales: el de quiebra, en que ésta se declara y concurren los acreedores a establecer sus créditos en lo que se llama procedimiento de verificación, y el de administración de los bienes, a cargo de los síndicos de quiebras que designa para cada caso el tribunal que declara la quiebra (Título 3 de la ley). Es ésta una de las novedades de la Ley 18.175, ya que antes esto estaba a cargo de un organismo del Estado, que era calificado de auxiliar de los tribunales de justicia: la Sindicatura General de Quiebras, reemplazada hoy en día por la Fiscalía Nacional de Quiebras, cuya misión es supervigilar y controlar las actuaciones de los síndicos.

Los Arts. 39 y siguientes fijan las causales y el procedimiento para la declaratoria de la quiebra, que produce importantes efectos.

El principal es el desasimiento de los bienes del fallido que equivale al embargo individual, pero referido al patrimonio del deudor y no a bienes determinados (Art. 64 y siguientes). Por el desasimiento el fallido queda privado de la facultad de administrar y disponer de sus bienes, que pasa al síndico respectivo. Por regla general, al de quiebra se acumulan todos los juicios pendientes contra el fallido (Art. 70).

La quiebra no produce otros efectos que los expresamente fijados por la ley (Art. 73); de ellos, varios los señala la propia Ley de Quiebras, y otros están establecidos en el mismo C.C., en otros Códigos y leyes.

Entre los del C.C. podemos citar la incapacidad del fallido para ser guardador (Art. 497, Nº 4º); la expiración del mandato por quiebra del mandante o mandatario (Art. 2.163, Nº 6º); en la sociedad (Art. 2.106); la caducidad del plazo (Nº 474); etc.

Finalmente, digamos que el Título 12 de la ley reglamenta los convenios entre el deudor y sus acreedores, que pueden ser extrajudiciales y judiciales; estos últimos, a su vez, preventivos o anteriores a la declaración de quiebra y simplemente judiciales cuando el deudor tiene ya la calidad de fallido.

965. *La cesión de bienes.* El Código se refiere a la cesión de bienes como una modalidad del pago, en el párrafo 9º del Título 14 del Libro 4º, Arts. 1.614 a 1.623, bajo el epígrafe "Del pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva al acreedor o acreedores"; también

lo reglamenta la Ley de Quiebras, en su Título 15, Arts. 241 y siguientes, principalmente en cuanto a su procedimiento, pero que también complementa al Código Civil con algunas normas substantivas.

El Art. 1.614 define la cesión de bienes como "el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas". Como decíamos anteriormente, supone una insolvencia y fortuita, ya que la ley habla de accidentes inevitables; y puede hacerse a un solo acreedor, como lo señala la definición y lo reglamenta la Ley de Quiebras.

La cesión de bienes es como si el deudor dijera a los acreedores: no puedo pagarles, aquí están mis bienes, y páguese con ellos. El pago se producirá cuando se vendan dichos bienes y reciban los acreedores el producto.^{952 bis}

La institución tuvo cierta importancia mientras existió la prisión por deudas, porque según veremos el primer efecto que el Art. 1.619 le destaca a la cesión, es dejar libre al deudor del apremio personal; hoy en día es escasa su aplicación práctica como tal, sin embargo de que en los convenios judiciales y extrajudiciales es frecuente convenir que el deudor entregue sus bienes a los acreedores o a una comisión de ellos para que los liquiden o exploten para el pago de las deudas; pero semejante acuerdo se rige por los convenios y no por las normas que pasamos a ver muy brevemente por la razón señalada.

966. *Requisitos de la cesión de bienes.* Son ellos:

1º Sólo puede acogerse a la cesión el mero deudor civil, mas no el comerciante, industrial, minero o agricultor, y así lo dicen expresamente los Arts. 241 y 246 de la Ley de Quiebras. Se había fallado en esta forma para el deudor civil en general, antes de que la ley 18.175 agregara al industrial, minero y agricultor.⁹⁵³

2º Sólo se concede al deudor de buena fe.⁹⁵⁴ Ya lo había señalado la propia definición del Art. 1.614 al hablar de "accidentes inevitables" y lo reafirma el Art. 1.616: "para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores lo exija". Igualmente, por esta razón el Art. 1.617 y el Art. 241 de la Ley de Quiebras no le permiten en ciertos casos al deudor acogerse a la cesión;

3º Debe ser declarada judicialmente. Así se desprende del Art. 1.615: "esta cesión de bienes será admitida por el juez, con

^{952 bis} Si en un convenio el deudor transfiere sus bienes a los acreedores, hay dación en pago y no cesión de bienes (F. del M., Nº 277, pág. 551, diciembre de 1981).

⁹⁵³ RDJ, T. 37, sec. 1ª, pág. 340.

⁹⁵⁴ G.T. de 1866, Nº 1.271, pág. 550.

conocimiento de causa". El Art. 241, inc. 2º de la Ley de Quiebras, agrega que la petición del deudor deberá cumplir iguales requisitos que los de la declaración de quiebra a petición del propio fallido, señalados en el Art. 42 de la ley.

La misma ley reglamenta el procedimiento de la cesión, distinguiendo la que se efectúe a un solo acreedor (párrafo 2º, Arts. 242 a 245), o a varios (párrafo 3º, Arts. 246 a 255).

Si el tribunal rechaza la cesión de bienes por no cumplir los requisitos legales, declarará a la vez la quiebra del deudor (Art. 251 Ley de Quiebras).

4º Que el deudor no haya incurrido en algunas de las causales de exclusión de la cesión de bienes, mencionadas por los Arts. 1.617 y 241 de la Ley de Quiebras.

De acuerdo al primero: "los acreedores serán obligados a aceptar la cesión, excepto en los casos siguientes:

1º Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado como propios bienes ajenos a sabiendas;

2º Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta;

3º Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores;⁹⁵⁵

4º Si ha dilapidado sus bienes;⁹⁵⁶ y

5º Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores".

Por su parte, la Ley de Quiebras no permite efectuar cesión al deudor que ha incurrido en alguna de las causales de declaración de quiebra que pueden afectar, de acuerdo al Art. 43 de la misma ley, al deudor.

967. *Características de la cesión de bienes.* Conviene destacar las siguientes:

1º Es personalísima.

Así lo confirma el Art. 1.623: "la cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario".

2º Es irrenunciable.

Lo señala la parte final del Art. 1.615: "el deudor podrá implorarla no obstante cualquiera estipulación en contrario".

3º Es revocable.

De acuerdo al Art. 1.620: "podrá el deudor arrepentirse de la

cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos, y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores".⁹⁵⁷

4º Es universal.

La cesión de bienes es un procedimiento análogo al de quiebra, y tiene como ésta por objeto liquidar en un solo juicio los bienes de una persona, a fin de proveer al pago de sus deudas.⁹⁵⁸ Efectuada la cesión, ella afecta a todos los acreedores, y todos los bienes, derechos y acciones del deudor, exceptuados los no embargables.⁹⁵⁹

968. *Efectos de la cesión.* Según se ha resuelto, la cesión produce sus efectos desde que se presenta la cesión al juez, y en consecuencia los acreedores no pueden continuar sus ejecuciones particulares.⁹⁶⁰

Estos efectos son:

1º Administración.

La cesión de bienes priva al deudor de la administración de aquellos de que ha hecho cesión, a menos que los acreedores se la confíen. Así lo señala el Art. 1.621: "hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes".

Según el Art. 244 de la Ley de Quiebras, habiendo un solo acreedor éste pasa a ser depositario de los bienes, con las facultades que allí se señalan; si son varios los acreedores, la administración corresponde al síndico que designe el tribunal (Art. 246).

El deudor puede contratar respecto de los bienes no incluidos en la cesión.⁹⁶¹

2º Dominio y derecho de realización.

El deudor por la sola cesión no traspasa el dominio a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta el pago de sus créditos (Art. 1.619, inc. final).

Y porque el dominio no se traspasa, los acreedores no pueden reivindicar alguno de los bienes cedidos si el deudor lo enajena.⁹⁶²

⁹⁵⁷ El precepto habla de "venta"; se presentó un caso en que uno de los acreedores, hecha la cesión y con la aceptación de todos los acreedores, se adjudicó la finca hipotecada. La Corte de Santiago declaró que no cabía revocar la cesión: RDJ, T. 26, sec. 2ª, pág. 1.

⁹⁵⁸ RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 489.

⁹⁵⁹ En fallo publicado en la RDJ, T. 20, sec. 1ª, pág. 415, se declaró inaplicable el Art. 1.618, y la exclusión de los bienes inembargables a una cesión de un solo bien a los acreedores por convenio privado. Véase también la nota Nº 740; el mismo fallo de la RDJ, T. 24, sec. 1ª, pág. 215, que negó lugar a aplicar en la quiebra las inembargabilidades ajenas al Art. 1.618 del C.C., extendió esta solución a la cesión de bienes, lo que merece igual crítica a Claro Solar, ob. cit., T. 12, Nº 1.643, pág. 345.

⁹⁶⁰ G.T. de 1865, Nº 947, pág. 385.

⁹⁶¹ RDJ, T. 12, sec. 1ª, pág. 432.

⁹⁶² G.T. de 1876, Nº 2.683, pág. 1.381.

⁹⁵⁵ Sobre este Nº, G.T. de 1861, Nº 835, pág. 518.

⁹⁵⁶ Sobre este Nº G.T. de 1868, Nº 159, pág. 77.

El dominio del deudor termina en la forma normal de toda ejecución: cuando el bien es sacado a remate y se lo adjudica alguno de los acreedores o un extraño.⁹⁶³ Hecha la tradición, ya no puede el deudor reivindicar los bienes, porque dejó de ser dueño.⁹⁶⁴

Finalmente, se ha resuelto también que el precepto está plenamente vigente después de la dictación de la Ley de Quiebras.⁹⁶⁵ Esta misma ley reglamenta la forma en que se procede a realizar los bienes.

3º Extinción de las deudas.

Las deudas quedan extinguidas hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos; el deudor queda obligado por el saldo insoluto, y si adquiere nuevos bienes, debe completar el pago con éstos (Nºs. 2º y 3º del Art. 1.619). El Art. 254 de la Ley de Quiebras fija un límite a esta responsabilidad del cedente: prescribe en el plazo de 5 años contados desde que se haya aceptado la cesión.⁹⁶⁶

Las deudas quedan extinguidas desde la fecha del pago, y no de la aceptación de la cesión.⁹⁶⁷

A la inversa, si los bienes resultan excesivos para el pago de todas las deudas, el remanente pertenece al deudor por la razón ya señalada de que la cesión no le hace perder su dominio.

4º Beneficio de competencia.

El cedente tendrá derecho a invocar el beneficio de competencia que pasamos a estudiar en la siguiente sección (Art. 1.626, Nº 6º).

5º Apremio personal.

El Nº 1º del Art. 1.619 declara al cedente libre de apremio personal, en lo que estribaba la trascendencia de la institución antes de derogarse la prisión por deudas (Nº 580).

⁹⁶³ RDJ, T. 31, sec. 1ª, pág. 454.

⁹⁶⁴ RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 252; sin embargo, el fallo se fundamentó en una limitación al derecho de dominio por la cesión; como lo señala don Oscar Dávila en comentario a la sentencia, el deudor no puede reivindicar porque ya no es dueño. El dominio pasó al adquirente.

⁹⁶⁵ G.T. de 1934, 1º. sem., Nº 87, pág. 468.

⁹⁶⁶ Resulta que actualmente la acción de los acreedores para el cobro del saldo insoluto dura más que la que tenían para exigir su crédito. De acuerdo a la modificación de la ley 16.952 al Art. 2.515 ésta dura 5 años desde que la obligación se hizo exigible; en cambio, en este caso prescribe a los 5 años contados desde la cesión. La intención de la Ley de Quiebras fue señalar un plazo más breve, pero la reforma indicada (Nº 1.234) lo dejó ahora de mayor extensión. Prácticamente se produce una interrupción en la prescripción.

⁹⁶⁷ G.T. de 1934, 1º. sem., Nº 87, pág. 468.

Sección tercera

EL BENEFICIO DE COMPETENCIA

969. *Concepto y reglamentación.* Reglamenta esta institución el párrafo 10 del Título 14 del Libro 4º, "Del pago con beneficio de competencia", Arts. 1.625 a 1.627.

El primero da un concepto de la institución: "es el que concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna".

El Código, al igual que en la cesión de bienes, destaca el carácter de modalidad del pago del beneficio de competencia, pero la verdad es que constituye una causal de incumplimiento, no un modo de extinguir la obligación, o de suspensión del mismo; el deudor se exceptúa legítimamente de cumplir, cancela únicamente lo que pueda, y hasta esa cuantía se extingue la obligación por pago, pero queda subsistente en el saldo; "con cargo de devolución", dice el precepto.

En consecuencia, el beneficio de competencia es un derecho del deudor a negar su cumplimiento, una excepción suya.⁹⁶⁸

970. *Características.* El beneficio de competencia presenta una gran semejanza con el derecho de alimentos a que tienen acceso ciertas personas por ley.

Desde luego, hay semejanza en la enumeración que efectúa el Art. 1.626 de las personas que tienen derecho a invocar el beneficio en estudio, con la que el Art. 321, por su parte, efectúa de los sujetos a quienes se deben alimentos, aunque este último es más amplio.

Su objeto es el mismo: permitir la subsistencia del que invoca el derecho; su fundamento es, pues, humanitario, un verdadero deber moral.

En seguida, ambos son personalísimos, no pueden cederse, renunciarse, etc.⁹⁶⁹

⁹⁶⁸ En el juicio ejecutivo, puede oponerse el beneficio de competencia como excepción, asilándose en el Nº 7º del Art. 464, esto es, falta de requisitos para que el título tenga fuerza ejecutiva: RDJ, Ts. 8º, sec. 1ª, pág. 215, y 15 sec. 1ª, pág. 158. En igual sentido, Claro Solar, ob. cit., T. 12, Nº 1.662, pág. 359. Así quedó constancia por lo demás en la historia fidedigna del C.P.C. En la sesión 26 de la Comisión Mixta se discutió el punto: "El Sr. Ballesteros estima que el beneficio de competencia es una excepción que está comprendida en el Nº 7º de este artículo y que por esta razón no es necesario consignarla expresamente. Así lo estimó también la Comisión". También sobre el carácter de excepción del beneficio de competencia: G.T. de 1862, Nº 328, pág. 143.

⁹⁶⁹ No se transmite: G.T. de 1870, Nº 1.400, pág. 625. En contra, G.T. de 1873, Nº 1.949, pág. 881. A nuestro parecer el primero está en la buena doctrina.

Finalmente, ambos son esencialmente provisionales: duran mientras subsistan las circunstancias que los motivaron.⁹⁷⁰

De ahí que el Art. 1.627 disponga que "no se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo. El deudor elegirá". Es lógico que sea así, pues en caso contrario el deudor acumularía dos beneficios iguales.

971. *Deudores con beneficio de competencia.* El Art. 1.626, complementado por el Art. 237 de la Ley de Quiebras, señala a quiénes "el acreedor es obligado a conceder este beneficio":

1º Familiares.

Los N.ºs. 1º a 3º del Art. 1.626 enumeran los ascendientes, descendientes y hermanos del acreedor, no habiendo irrogado a éste ofensa alguna de las clasificadas como causales de desheredamiento en el Art. 1.208 y al cónyuge que no haya dado lugar al divorcio por su culpa.

2º Consocios.

El N.º 4º concede el beneficio de competencia a los consocios del acreedor, con dos limitaciones: que no hayan incurrido respecto a éste en alguna de las causales de desheredamiento de los ascendientes y descendientes, según el citado Art. 1.208, y que se trate de las acciones recíprocas que nacen del contrato de sociedad.

Estas circunstancias que obstaculizan la concesión del beneficio equivalen en los alimentos a la injuria grave o atroz, que privan de éste o lo disminuyen (Art. 324).

3º Donante.

Corresponde el beneficio de competencia al donante, pero sólo en cuanto se le trate de hacer cumplir la donación (N.º 5º).

4º Cesionario de bienes y fallido rehabilitado.

El N.º 6º del precepto concede el beneficio de competencia al deudor de buena fe, con la concurrencia de tres circunstancias:

- a) Que haya efectuado cesión de bienes a sus acreedores;
- b) Que la cesión no haya alcanzado a pagar todas las deudas, y el acreedor persiga el pago de la parte insoluble en los nuevos bienes adquiridos por el deudor,⁹⁷¹ de acuerdo a la facultad que le concede el N.º 3º del Art. 1.619 (N.º 968), y
- c) Que el cobro lo efectúen los acreedores que tenían tal calidad al tiempo de la cesión, y por las deudas existentes a la sazón.

El Art. 237 de la Ley de Quiebras concede al fallido rehabilitado el beneficio de competencia en los mismos términos que el N.º 6º del Art. 1.626.

⁹⁷⁰ G.T. de 1882, N.º 2.669, pág. 1.514.

⁹⁷¹ G.T. de 1863, N.º 2.240, pág. 850.

972. *Efectos del beneficio de competencia.* El beneficio de competencia debe ser declarado a instancias del deudor, quien deberá probar que pagadas las deudas no le quedaría lo suficiente para subsistir.⁹⁷² Sin embargo, según decíamos, no es necesario que esté jurídicamente declarado para que el deudor se exceptione ante la demanda de cumplimiento.

En virtud del beneficio, debe dejarse al deudor lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancia, lo que equivale al concepto de alimentos congruos (Art. 323, inc. 2º).

Con el resto, el deudor pagará las deudas hasta el monto en que le alcance, y hasta ese monto se produce la extinción por pago.⁹⁷³ El saldo lo queda debiendo para pagarlo cuando mejore de fortuna; al acreedor corresponderá probar que ha concurrido esta circunstancia.⁹⁷⁴

El beneficio se extiende a los nuevos bienes adquiridos si con ellos recién el deudor alcanza una modesta subsistencia.⁹⁷⁵

Sección cuarta

LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS

973. *Reglamentación y pauta.* El Código trata "De la prelación de créditos" en el Título 41 del Libro 4º (penúltimo título de este libro), después de haber reglamentado en particular los diferentes contratos.

La ubicación es criticable, pues la prelación de créditos, ya que tiene por objeto establecer cómo se pagan éstos cuando entran en concurrencia, es un efecto de la obligación.

Por otra parte, del título en cuestión sólo los Arts. 2.469 a 2.491 corresponden a la prelación de créditos; los Arts. 2.465 y 2.466 se refieren a la garantía general patrimonial (N.º 581), y los Arts. 2.467 y 2.468 a la revocación de los actos del deudor posteriores a la quiebra o anteriores a ella, pero fraudulentos (N.º 773).

La ubicación lógica de la prelación de créditos estaría en los efectos de la obligación, o quizás lisa y llanamente en la quiebra, donde adquiere su mayor trascendencia; hemos ya dicho que las preferencias para el pago pueden invocarse aunque no haya quiebra,

⁹⁷² G.T. de 1894, T. 2º, N.º 2.364, pág. 619; RDJ, T. 15, sec. 1ª, pág. 158.

⁹⁷³ G.T. de 1880, N.º 1.844, pág. 1.306.

⁹⁷⁴ G.T. de 1872, N.º 1.984, pág. 916.

⁹⁷⁵ G.T. de 1862, N.º 684, pág. 270 y de 1884, N.º 1.878, pág. 1.162.

pero comúnmente se harán efectivas en ésta o en una cesión de bienes; en general, habiendo concurrencia de acreedores.

Trataremos esta importante materia en siete párrafos: el primero, para la institución en general; el segundo, para los privilegios, y los siguientes, para cada una de las cinco categorías de créditos que establece el Código.

Párrafo 1º

La prelación de créditos en general

974. *Concepto.* En el Art. 2.469 está contenido el concepto de la institución; en virtud de la garantía general patrimonial, los acreedores pueden exigir que se vendan todos los bienes del deudor, y con el producto se les satisfagan íntegramente sus créditos, intereses y costas. Si ello no es posible, el principio general en la legislación es que todos los créditos concurren en igualdad de condiciones y se pagan a prorrata: la excepción "cuando haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación" que efectúa el Código.

La prelación de créditos tiene entonces por objeto determinar cómo se pagan los distintos acreedores cuando concurren conjuntamente para el cobro de aquéllos.

Porque, según hemos visto, el legislador otorga al acreedor una serie de derechos ya estudiados para mantener la integridad del patrimonio del deudor y obtener en él cumplimiento en naturaleza o por equivalencia de la obligación; pero es bien posible, a pesar de las precauciones, que no haya suficientes bienes para el pago de todas las deudas.

En tal situación pueden ocurrir dos cosas: que cada acreedor trate de cobrar sus créditos por su propia cuenta, haciendo uso de los derechos ya señalados, y como ya hemos dicho, por actuar antes que los demás logren realizar bienes del deudor suficientes para obtener el pago que busca. Este será entonces el premio a su diligencia. Pero los restantes acreedores pueden anular esta ventaja del que cobra primero, ya sea interviniendo en la ejecución iniciada por el acreedor diligente, mediante una tercería de pago o prelación,⁹⁷⁶ o ya sea provocando la quiebra del deudor, en cuyo caso se acumulan a este juicio todos los que tenga pendientes éste.

En esta segunda situación, todos los acreedores son llevados a un procedimiento universal de liquidación de los bienes del deudor, en

⁹⁷⁶ La tercería de pago tiene por objeto concurrir a la misma ejecución, a falta de otros bienes embargables; la de prelación, hacer presente la causal de preferencia para el pago del tercerista (Art. 518 del C.P.C.).

que todos ellos son realizados y con su producto se les paga, como señala el Art. 2.469 íntegramente, si es posible, a prorrata en caso contrario, y con la excepción de las causales de preferencia de la ley.

Esta efectúa entonces una distinción entre los diferentes acreedores, porque para ella no todos los créditos tienen igual trascendencia e importancia; a aquellos que por las diferentes razones que diremos en cada caso les merecen un mayor amparo, les otorga preferencia para su pago. De manera que primero se pagarán los créditos con causales de preferencia y después, si hay fondos suficientes, los restantes, que reciben la denominación de ordinarios, comunes, quirografarios o valistas.

El estudio de la prelación de créditos es el de las distintas causales de preferencia para el pago que establece la ley.

975. *Evolución.* La prelación de créditos arranca su origen del Derecho Romano, con una marcada distinción entre la hipoteca y los otros créditos preferentes, que aún mantiene nuestra legislación.

El Código francés organizó un complicado sistema de prelación de créditos en que se destaca la existencia de privilegios de carácter general inmobiliario, que constituyen hipotecas generales, legales y ocultas. Lo primero por afectar a todos los bienes raíces del deudor; legales, porque existen por el solo ministerio de la ley, y ocultas por no requerir inscripción en Registro Público.

Constituían un grave inconveniente para el crédito, pues aun los acreedores hipotecarios podían verse sorprendidos por su existencia; se modificó este sistema en Francia por decreto de 4 de enero de 1955, y Ordenanza Nº 71, de 7 de enero de 1959, reduciendo y limitando tales hipotecas.

En nuestro país, con fecha 31 de octubre de 1845 y 25 de octubre de 1854 se dictaron las llamadas Leyes de Prelación, fundadas en el sistema francés de la época. Sin embargo, como ya se habían hecho sentir sus inconvenientes, don Andrés Bello suprimió en el Código estas hipotecas, generales, legales y ocultas, dándoles a los créditos a que ellas se referían un privilegio general de cuarta clase.

El Código agrupó los diferentes créditos en cinco categorías: las cuatro primeras son causales de preferencia, y la quinta corresponde a los acreedores comunes, que no gozan de ninguna preferencia.

Los Códigos y leyes posteriores han ido ampliando paulatinamente las causales de preferencia; por otra parte, se ha producido un crecimiento impensado en el volumen e importancia de algunos créditos de primera clase, especialmente en favor del Fisco, Instituciones de Previsión, y remuneraciones de empleados y obreros. Todo ello ha roto totalmente el sencillo sistema ideado por don Andrés Bello, y ha provocado la ineficacia de las quiebras para los proveedores, que realmente son los que con su crédito mueven la industria y

el comercio; es uno de los puntos en que se impone una revisión a fondo.

Párrafo 2º

LOS PRIVILEGIOS

976. *Preferencia y privilegio.* De acuerdo al citado Art. 2.469, hacen excepción a la igualdad de los acreedores, las causales de preferencia; el inc. 1º del Art. 2.470 especifica cuáles son estas causales: "solamente el privilegio y la hipoteca".

Esta distinción entre privilegio e hipoteca, de origen histórico, carece técnicamente de toda justificación. Tanto es así que la prenda que para la ley es un privilegio, se asemeja más a la hipoteca que a los demás privilegios. Sin embargo, debe tenerse presente que para la ley la hipoteca no es un privilegio sino una causal de preferencia, como lo es también éste.

Ya hemos señalado que el Código agrupó para los efectos de las preferencias los créditos en cinco categorías; de acuerdo al Art. 2.471 "gozan de privilegio los créditos de la 1ª, 2ª y 4ª clase". Los de 3ª clase no son privilegiados, pues corresponden fundamentalmente a la hipoteca, que según lo dicho es preferente pero no privilegiada. Y los de la 5ª clase ya está visto que no gozan de preferencia ni privilegio alguno; se pagan a prorrata, si hay con qué hacerlo.

En el presente párrafo analizaremos las características comunes a todos los privilegios; las de la hipoteca como causal de preferencia, al tratar los créditos de la 3ª clase.

977. *Concepto y clasificación del privilegio.* Podemos definir el privilegio como el derecho que el legislador otorga a un crédito en consideración a la naturaleza de éste, y que habilita a su titular para pagarse con preferencia a otros acreedores.

Los privilegios admiten algunas clasificaciones;

1º Según la división que hace el Código, en privilegios de la 1ª, 2ª y 4ª clase, orden que seguiremos para su estudio;

2º Más importante es otra clasificación que atiende a los bienes que quedan afectos al privilegio, y divide a éste en general y especial.

Son privilegios generales los que se hacen efectivos en todo el patrimonio embargable del deudor; son los de 1ª y 4ª clase.

Son privilegios especiales los que sólo pueden invocarse en bienes determinados; a esta clase pertenecen los de la 2ª categoría. En ello se asimilan a las preferencias de la 3ª clase, que también son especiales.

3º Cabe finalmente distinguir de un lado la prenda y todos los restantes privilegios, porque ella presenta muchas particularidades que, como decíamos, la asemejan más a la preferencia de la hipoteca: como ésta es un derecho real, y si bien es cierto que como a todo privilegio es la ley la que le otorga preferencia para el pago, son las partes las que a un crédito se lo confieren al caucionarlo con estas garantías.

978. *Caracteres de los privilegios. Enunciación.* Las principales características de los privilegios, que estudiaremos en los números siguientes, son:

1º Constituyen garantía, mas no caución;

2º Por sí mismos no constituyen derecho real, ni dan por lo general derecho de persecución;

3º Son estrictamente legales, y

4º Son inherentes al crédito.

979. I. *Los privilegios son garantía, mas no caución.* En el Nº 72 señalamos las dos acepciones que en Derecho tiene la voz garantía.

En su sentido amplio, como cualquier seguridad de que goza un crédito para su cobro y que no es común a todos ellos, los privilegios constituyen indudablemente una garantía. Porque evidentemente el crédito privilegiado tiene más probabilidades de pagarse en caso de insolvencia del deudor que los comunes; la existencia del privilegio puede significar en muchos casos la diferencia entre obtener el pago y no lograrlo.

Pero no constituyen caución, porque no son una obligación accesorio constituida para garantizar el crédito; la excepción es la ya señalada para la prenda, que en sí misma es una caución, y para reforzar este carácter es que la ley le da privilegio. Lo mismo ocurre con la hipoteca como causal de preferencia. También es caución.

980. II. *Los privilegios no constituyen derecho real ni dan derecho de persecución.* Se ha discutido mucho en doctrina, sobre todo en Francia, la naturaleza jurídica del privilegio, sosteniéndose por algunos su calidad de derecho real; la discusión nace del hecho de que muchos privilegios gozan de derecho de persecución, esto es, pueden hacerse efectivos sobre los bienes afectos a ello, aunque salgan del patrimonio del deudor, y este derecho es característica del derecho real.

Pero entre nosotros el punto no admite controversias:⁹⁷⁷ los privilegios no constituyen derecho real ni otorgan por regla general facultad para perseguir los bienes del deudor en manos de terceros.

⁹⁷⁷ Somarriva, *Cauciones*, Nº 7º, pág. 11, ob. cit.

Tenemos, en primer lugar, los privilegios generales en que el legislador se encargó de decirlo expresamente. Respecto de los de 1ª clase lo hace el Art. 2.473, inc. 2ª: "los créditos enumerados en el artículo precedente no pasarán en caso alguno contra terceros poseedores". Y para los de la 4ª clase lo señala el Art. 2.486: "las preferencias de los créditos de 4ª clase afectan todos los bienes del deudor, pero no dan derecho contra terceros poseedores". El legislador ha excluido expresamente el derecho de persecución.

Y en los de 2ª clase, veremos al estudiarlos en particular que sólo pueden hacerse efectivos mientras el acreedor retenga la cosa, y no puede, por tanto, perseguirlos en manos de terceros. La excepción la constituye la prenda, pero no porque sea privilegio, sino porque, además, es derecho real. Lo mismo ocurre con la hipoteca, como preferencia de 3ª clase.

La conclusión, pues, se impone: en nuestra legislación si no lo son por sí mismos, los privilegios no constituyen derecho real ni otorgan derecho de persecución.

El principio admite, eso sí, algunas excepciones: la nave puede ser perseguida en poder de terceros para hacer efectivos en ella los privilegios de los acreedores (Art. 825 del C. de Co.). Veremos también que el privilegio de 4ª clase, por las expensas comunes de conservación y mantención de los edificios acogidos a la Ley de Venta por Pisos, se hace efectivo en el respectivo piso o departamento, aunque cambie de dueño (Nº 1.032).

981. III. *Carácter estrictamente legal del privilegio.* El privilegio tiene por única fuente la ley; ni las partes, ni el juez, ni el testador pueden conferir a un crédito que no la tenga, preferencia para pagarse antes que los otros. Por eso es que el Art. 2.488, tras haber enumerado el Código las distintas causas de preferencia, declara que la ley no reconoce otras que las indicadas en los artículos precedentes.

Las partes tienen una sola posibilidad de proteger los créditos con preferencia: garantizarlos con hipoteca o prenda; es la ley la que otorga a estas cauciones preferencias para el pago, y los interesados se acogen a esta seguridad conferida por el legislador.

La razón de esta característica del privilegio es obvia. Ya hemos señalado que la existencia de la preferencia para el pago puede significar en muchas ocasiones la diferencia entre obtenerlo o no. Es el legislador quien en tal emergencia señala cuáles son los que él prefiere que se paguen, según su naturaleza. Si a las partes se permitiera establecerlos, alterarían toda la situación, en desmedro de los créditos que, según la ley, deben ser preferidos. Por otra parte, si ello fuera lícito, todos los acreedores contractuales exigirían privilegio, so pena de no otorgar el crédito.

De este principio derivan variadas consecuencias, de las que destacaremos tres:

1ª Pago por consignación.

Vimos en su oportunidad en el Nº 648 que a firme la consignación puede ser aún retirada con consentimiento del acreedor, pero la obligación siempre se considera extinguida, naciendo una nueva entre las partes, sin que los accesorios de la primera pasen a la segunda, a menos que las partes así lo acuerden; pero esta renovación no alcanza a los privilegios por su carácter legal, distinción que destaca perfectamente el Art. 1.607.

2ª En la novación no hay reserva de privilegios.

En la parte que sigue veremos que la novación extingue la obligación primitiva y sus accesorios, pero la convención de los interesados puede mantener éstos para la nueva deuda (Art. 1.642), pero los privilegios de la primera obligación se extinguen irrevocablemente con la novación (Art. 1.641), esto es, no pueden las partes mantenerlos, porque sólo la ley es la que otorga a un crédito la calidad de privilegiado (Nº 1.115).

3ª El privilegio es de derecho estricto.

De ahí que no puede ser extendido a otras situaciones que las previstas por la ley, aunque tengan una gran analogía. Su interpretación es siempre restrictiva.

Así lo habíamos señalado al estudiar en la solidaridad el caso en que el crédito fuere privilegiado respecto de alguno de los deudores solidarios, y concluíamos con la opinión general de que a pesar de las vacilaciones jurisprudenciales, es obvio que esta circunstancia no otorga al crédito igual carácter privilegiado respecto de los restantes codeudores, a menos que el vínculo sea el mismo (Nº 410).

No obstante este carácter legal, el privilegio es perfectamente renunciable, puesto que está establecido en el mero interés del acreedor titular del crédito que lo goza.⁹⁷⁸ Basta pensar que éste puede remitir íntegramente la deuda, para concluir que con mayor razón está facultado para correr el albur de los créditos comunes, si así lo desea.

Y por la misma razón no procede aplicarlos de oficio por el tribunal, dado, además, que en materias civiles los jueces, si no por excepción, están facultados para hacerlo. No obstante, en una ocasión se resolvió lo contrario para un crédito de un hijo de familia.⁹⁷⁹

982. IV. *El privilegio es inherente al crédito.* Ya destacamos en la definición que dimos del privilegio que éste se otorga en conside-

⁹⁷⁸ G.T. de 1895, Nº 1.890, pág. 851 y de 1898, 1ª. sem., Nº 159, pág. 92.

⁹⁷⁹ RDJ, T. 30, sec. 1ª, pág. 368.

ración a la naturaleza del crédito, a éste en sí mismo; no a las partes que intervienen en la relación obligacional, aunque sean un factor que naturalmente la ley suele tomar en cuenta para conferir preferencias. Pero el privilegio pertenece al crédito, no a su titular, aun cuando la persona de éste haya sido el factor que movió al legislador a concederlo. Y por ello es que el privilegio sigue el crédito, mientras éste subsista, aunque sólo sea en parte.

Así lo señala el inc. 2º del Art. 2.470: "estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera".

Dicho de otra forma, todo aquel a quien pase activamente el crédito gozará del privilegio que accede a éste. Para la cesión de créditos, lo repite el Art. 1.906 (Nº 1.063), y para el pago con subrogación, el Art. 1.612 (Nº 671).

Porque la obligación de indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento del deudor, subroga, ocupa el mismo lugar de la obligación incumplida, goza de los mismos privilegios de ésta (Nº 815).

Si el crédito se transmite, el privilegio pasa a los herederos del acreedor, o al legatario a quien se le haya legado el crédito.

Si fallece el deudor, el crédito tiene la misma calidad de privilegiado respecto a los herederos del deudor, pero se presentan algunos conflictos en relación a los bienes en que se hace efectivo el privilegio.

En los privilegios especiales no hay problema de ninguna especie, puesto que el bien afecto a ellos pasa a los herederos o al legatario, y el privilegio se hará efectivo en su contra.

Pero en los generales, el privilegio ¿se hará efectivo únicamente en los bienes del causante que pasan a los herederos, o abarca también los de éste? Porque no debe olvidarse que el privilegio general se caracteriza justamente por afectar todos los bienes embargables del deudor. Además, debe considerarse que en los bienes del heredero pueden tener los acreedores personales de éste también privilegios, y los que llegan por sucesión por causa de muerte es posible que sean de mayor preferencia que ellos.

El legislador resuelve el problema en el Art. 2.487, efectuando un distinguo:

Si los herederos aceptan sin beneficio de inventario o los acreedores hereditarios y testamentarios no invocan el beneficio de separación, todos los privilegios de 1ª ó 4ª clase, tanto los que existían contra el causante como contra los herederos, concurren en el orden que naturalmente les corresponde en todo el patrimonio de éstos. Y así, los impuestos fiscales adeudados por el causante, y los que deba el heredero, serán ambos créditos de la 1ª clase para pagarse con la preferencia del Nº 9º del Art. 2.472 en igualdad de condiciones.

En cambio, si hay beneficio de inventario o separación, las preferencias que existían contra el causante sólo pueden hacerse efectivas en los bienes hereditarios; como dice el precepto "afectarán solamente los bienes inventariados o separados". En el ejemplo propuesto, los impuestos adeudados por el causante se cobrarán únicamente en los bienes hereditarios; y los del heredero en los suyos propios. Y en ellos gozarán únicamente de sus respectivos privilegios.

983. *Efectos del privilegio.* El efecto fundamental del privilegio es permitir que el crédito que lo goza se pague preferentemente a los que no gozan de él, o tienen uno menor, según las órdenes legales que luego veremos.

El privilegio del crédito se extiende a sus accesorios; así lo señala el Art. 2.491 respecto de los intereses: "los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales". Los Arts. 67 y 68 de la Ley de Quiebras señalan la situación de los intereses y reajustes del crédito ante la declaración de quiebra. El inc. final del Art. 68 dice que "los reajustes y los intereses, en su caso, gozarán de iguales preferencias y privilegios que los respectivos capitales".

Párrafo 3º

Los créditos de la primera clase

984. *Características generales.* El primer orden de los créditos privilegiados, según la enumeración que efectúa el Art. 2.472, comprende privilegios de carácter general, esto es, afectan a todo el patrimonio del deudor.

Así lo señala la primera parte del Art. 2.473: "los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor". Como el legislador no distingue, abarca los bienes muebles e inmuebles, corporales e incorpóreos, etc. La excepción son los inembargables, que nunca son susceptibles de perseguirse por los acreedores.

También hemos destacado que se hacen efectivos únicamente en los bienes existentes en poder del deudor; carecen de derecho de persecución, como lo destaca el propio inc. 2º del Art. 2.473.

Las razones que han movido al legislador a otorgarles tal carácter son de humanidad o de interés social comprometido, como lo iremos destacando al estudiar cada uno de ellos.

985. *Enumeración.* El encabezamiento del Art. 2.472 señala: "la primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran". Y la enumeración abarca 9 números, que estudiaremos en los acápites siguientes, y que pueden enunciarse así:

- 1º Las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores;
- 2º Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto;
- 3º Los gastos de enfermedad del deudor;
- 4º Los gastos de la quiebra;
- 5º Las remuneraciones de los trabajadores;
- 6º Las cotizaciones previsionales;
- 7º Los gastos de subsistencia del deudor y su familia;
- 8º Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral; y
- 9º Los créditos del fisco por los impuestos de retención y recargo.

Esta enumeración es la que estableció el Art. 261 de la Ley de Quiebras; el primitivo texto de Art. 2.472 comprendía los numerados 1, 2, 3, 4, 7 y 8 con variantes, y fue objeto de modificaciones en su texto e indirectas, para ser reemplazado por 8 numerandos por el D.L. 1.773 publicado en el Diario Oficial de 14 de mayo de 1977, y finalmente por los 9 actuales por la citada ley Nº 18.175.

986. I. *Costas judiciales causadas en interés general de los acreedores.* El Nº 1º del Art. 2.472 ha permanecido inalterable y comprende "las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores". Su justificación es obvia, porque son costas en que se ha incurrido en beneficio de la masa, y hacen posible que todos los acreedores se paguen.

La mayoría de la doctrina entendía comprendidos en este número todos los gastos propios de la quiebra, y así lo decíamos en la primera edición de este libro. El Art. 119, inc. final de la Ley de Quiebras, declaraba que incluso "los préstamos que obtenga el síndico para gastos gozarán de la preferencia de las costas judiciales". Sin embargo una sentencia había declarado lo contrario,⁹⁸⁰ y por ello la actual disposición contiene un número específico para los gastos de la quiebra: el Nº 4º.

El privilegio de 1ª clase se refiere sólo a las costas causadas en interés general de los acreedores, de la masa, y no del acreedor particular, como serían las costas de verificación de un crédito por éste.^{980 bis.}

⁹⁸⁰ RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 489.

^{980 bis.} "Los gastos judiciales efectuados por un acreedor, no en interés general de todos, sino en el suyo particular, no gozan de privilegio: RDJ, T. 36, sec. 2ª, pág. 18.

Sin embargo, si el crédito es preferente, las costas son un accesorio suyo y, en consecuencia, gozarán por extensión del privilegio del crédito mismo. No lo ha dicho específicamente la Ley de Quiebras, pero se deduce del principio señalado y del Art. 2.491 que da esta solución para los intereses, y lo repite el inc. final del Art. 68 de la Ley de Quiebras que da el mismo tratamiento a los reajustes. Por si alguna duda quedare, basta recurrir al Art. 2.469, que da derecho a los acreedores para hacer vender los bienes del deudor "hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los *costos de la cobranza*". Estos, pues, están incluidos en el crédito. Y cuando el precepto señala que los acreedores dividen el producto del remate a prorrata "cuando no haya razones especiales para preferir ciertos *créditos*", en esta expresión incluye las costas, según lo dijo anteriormente.

Por último, de acuerdo al Art. 1.571, los gastos del pago son de cargo del deudor (Nº 619). Aplicando esta disposición con la antigua Ley de Quiebras, se entendía que si el deudor consignaba fondos para alzar la quiebra de acuerdo al Art. 49 debía pagar las costas. El actual Art. 45 dispone que el deudor puede evitar la declaratoria de quiebra pagando durante el período de audiencia el crédito que sirvió de base para pedirla, "y las costas correspondientes".

987. II. *Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto.* Les otorga privilegio de 1ª clase el Nº 2º del Art. 2.472, y no ha experimentado ninguna variación desde la dictación del Código.

El precepto menciona las "expensas necesarias", y, en consecuencia, no son créditos privilegiados las que resulten exageradas en atención a la categoría personal del difunto.

Este privilegio obedece a razones de humanidad, pues la insolvencia del deudor no puede obstaculizar su sepelio. Por ello se asegura el crédito de quien se haga cargo de los funerales. La misma inspiración tienen los Nº 3 y 7 del precepto. Por igual razón el Art. 4º Nº 1º de la Ley Nº 16.271 de 10 de julio de 1965, sobre Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones, permite rebajar como baja general de la herencia para determinar la asignación sujeta a impuesto, los gastos de entierro del difunto.

988. III. *Gastos de enfermedad.* Entre los créditos privilegiados de 1ª clase están incluidos por el Nº 3º del Art. 2.472 "los gastos de enfermedad del deudor".

El Código se refería originalmente a los gastos de última enfermedad, de manera que el privilegio sólo existía si el deudor había fallecido, pero no si sobrevivía a la enfermedad. Hoy en ambos casos.

Si la enfermedad ha sido prolongada, el precepto que comentamos permite limitar el privilegio. Dice la disposición: "si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extiende la preferencia".

La justificación del privilegio es la misma del caso anterior. Razones humanitarias, y por igual motivo el precepto citado de la Ley de Impuesto de Herencias, permiten rebajar como baja general de la herencia "los gastos de última enfermedad adeudados a la fecha de la delación de la herencia".

988 bis. IV. *Los gastos de la quiebra.* Según el N° 4º del Art. 2.472 con la redacción que le dio la Ley 18.175, constituyen crédito privilegiado de la primera clase "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".

En armonía con esta disposición, el inc. 2º del Art. 44 de la Ley de Quiebras dispone que junto con solicitar la quiebra el peticionario deberá acompañar vale vista o boleta bancaria a la orden del tribunal por una suma equivalente a 100 unidades de fomento. Agrega el precepto: "dicha suma será considerada como un crédito del solicitante en contra del fallido, que gozará de la preferencia establecida en el N° 4º del Artículo 2.472 del Código Civil" (Véase también Art. 132, inciso 2º).

El N° 4º del Art. 2.472 se consideraba antiguamente incluido en el privilegio de las costas judiciales en beneficio de todos los acreedores, aunque el punto se discutía. Ahora se ha terminado toda la duda, y la justificación es la misma del N° 1º. Estos gastos hacen posible que los acreedores se cobren de sus acreencias, y es justo que su pago esté asegurado.

989. V. *Remuneraciones de los trabajadores.* El N° 5º del artículo que comentamos otorga privilegio de primera clase a "las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares".

La disposición ha experimentado una marcada evolución, en una tendencia social muy justificada de ir ampliando la protección de los trabajadores en una quiebra. Si bien es cierto que todos sufren con la cesación de pagos de una empresa, los más desprotegidos son los trabajadores, ya que necesitan de sus remuneraciones para sobrevivir. De ahí que este que era el N° 4º del Art. 2.472 y ahora pasó a ser el 5º es, sin embargo, el rubro más grueso de los privilegios de primera clase, y se complementa con los N° 6º y 8º.

El primitivo texto del Código contemplaba solo "los salarios de los dependientes y criados por los últimos tres meses". El Art. 153 del anterior Código del Trabajo consideró incluidos en el N° 4º del Art. 2.472 "los sueldos de los empleados en caso de quiebra".⁹⁸¹

⁹⁸¹ El precepto del Código del Trabajo planteaba un problema, pues no dijo si se aplicaba también a los empleados el límite de los 3 meses del C.C. La Corte Suprema lo había resuelto a favor de la limitación: RDJ, Ts. 31, sec. 1ª, pág. 240 y 37, sec. 1ª, pág. 24. La reforma de la Ley 13.923 eliminó el límite.

La Ley 13.923 reemplazó el N° 4º del Art. 2.472 por el siguiente: "las remuneraciones de los obreros y empleados y obreros en conformidad a lo que dispongan las leyes especiales". Esta ley de 15 de marzo de 1960 modificó también el anterior Código del Trabajo, fundamentalmente su Art. 664.⁹⁸²

El Decreto Ley N° 1.773 de 11 de mayo de 1977 dio al precepto la redacción actual, esto es, comprendiendo las remuneraciones de los trabajadores y sus asignaciones familiares, y separó en números diversos las cotizaciones previsionales y las indemnizaciones legales y convencionales.⁹⁸³

La ley ha eliminado la antigua nomenclatura de empleados y obreros, poniendo así la disposición en consonancia con la actual legislación laboral que eliminó esta distinción del antiguo Código del Trabajo.

El actual Código del Trabajo, aprobado por la Ley N° 18.620 de 1987, define en su Art. 40 las remuneraciones de los trabajadores como "las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo".

El Art. 41 comprende en la expresión los sueldos, sobresueldos, comisiones, participaciones y gratificaciones. A todos ellos se extiende, pues, el privilegio que comentamos.

De acuerdo al inicio 2º del Art. 40: "No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en los artículos 159 y 160 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo". Por ende, no gozan de privilegios.

En armonía con el Código Civil, el Art. 60 del actual Código del Trabajo dispone: "Gozan del privilegio del artículo 2472 del Código Civil, las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que correspondan a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del mismo Código.

⁹⁸² Respecto de las modificaciones de la Ley 13.923 véase Alejandro Silva Bascuñán *Preferencia, inembargabilidad y prescripción de los derechos de obreros y empleados*, RDJ, T. 57. Parte primera, pág. 1, y la primera edición de esta obra.

⁹⁸³ Sobre las modificaciones del D.L. N° 1.773 véase Repertorio, T. 12, año 1981, pág. 50.

Estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito.

Para los efectos de lo dispuesto en el número 5 del artículo 2.472 del Código Civil, se entienden por remuneraciones los sueldos, sobresueldos, comisiones, participación en las utilidades, gratificaciones legales y cualquier otro estipendio que perciban los trabajadores como contraprestación de su trabajo.

El privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el número 8 del artículo 2.472 del Código Civil, no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a quince ingresos mínimo mensuales; el saldo, si lo hubiere, será considerado crédito valista. Si hubiere pagos parciales, éstos se imputarán al máximo referido.

Sólo gozarán de privilegios estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer.

Los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados a que se refiere el presente artículo.

De acuerdo a los restantes incisos del Art. 50 "no constituyen remuneración (y por ende no gozan de privilegio) las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley ni en general las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

"Para los efectos previsionales la indemnización por años de servicios no constituirá remuneración".

Respecto de las asignaciones familiares, el Nº 5º del Art. 2.472 las menciona expresamente, por lo que gozan de privilegio aun cuando no se consideren remuneraciones. La indemnización por años de servicios no se considera remuneración sólo para los efectos previsionales, pero el Nº 8º del Art. 2.472 se refiere a ellas expresamente.

El Art. 60 del actual Código del Trabajo dispone que gozan del privilegio del Art. 2.772 del Código Civil las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, todo ello conforme al Art. 2.743 y demás pertinentes del mismo Código, privilegio que cubre además los reajustes, intereses y multas que correspondan. Hasta aquí repite las disposiciones actuales del Art. 2.472 y de la Ley de Quiebras.

El inc. 3º dispone que "para los efectos de lo dispuesto en el Nº 4º del Art. 2.472 del Código Civil (hoy Nº 5º), se entiende por remuneraciones los sueldos, sobresueldos, comisiones, participación de utilidades, gratificaciones legales y cualquier otro estipendio que perciban los trabajadores como contraprestación a su trabajo".

Puede apreciarse que esta concepción es más amplia que la de los Arts. 50 y 51, en virtud de la frase final. El punto a discutir es si

las asignaciones a que se refiere el inc. 2º del Art. 50 quedan o no afectas a privilegio. En virtud de este precepto no constituyen remuneración, pero caben perfectamente en la frase "cualquier estipendio", etc. No obstante esto, creemos que no las incluye en el privilegio, porque la ley en el Nº 5º del Art. 2.472 le otorga expresamente a una de ellas, las asignaciones familiares, y si la mencionó expresamente es porque no estaba incluida en el privilegio. No habiendo hecho lo mismo con las demás, debemos concluir que no gozan de privilegio.

989 bis. VI. *Cotizaciones previsionales.* El Nº 6º del Art. 2.472 no existía en el solo Código Civil. Fue introducido en el precepto por el D.L. 1.773, y la redacción actual la debe a la Ley 18.175. Comprende: "las cotizaciones adeudadas a organismos de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinados a este 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 Decreto-Ley Nº 3.500 de 1980".

Por razones obvias este privilegio no existía al dictarse el Código Civil, y fue establecido en el Art. 664 del anterior C. del T., por la reforma de la Ley 13.923. Como decíamos, lo traspasó como un número propio del C.C. en el Art. 2.472 el D.L. 1.773.^{983 bis} y el Art. 69 del D.L. 2.200, hoy Art. 60 del actual Código del Trabajo.

El Art. 42 del D.L. 3.500 se refiere al caso de que la rentabilidad de un Fondo de Pensiones durante un mes fuere inferior a la rentabilidad mínima mensual señalada por la ley, y esa diferencia no pudiese ser cubierta con la reserva respectiva; en tal evento la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP en el lenguaje común) deberá enterarla dentro del plazo de 5 días. Si en definitiva la Administradora no pudiese enterar con esas reservas la rentabilidad mínima, lo hará el Estado y su crédito gozará del privilegio del Nº 6 del Art. 2.472.

En lo demás el privilegio es sumamente amplio y abarca todas las cotizaciones a los organismos de seguridad, ya sean propiamente previsionales o que se recauden por su intermedio.

990. VII. *Gastos de subsistencia.* Gozan de privilegio de 1ª clase en 7º lugar "los artículos necesarios de subsistencia suministrados al

^{983 bis} Véase al respecto, Repertorio, T. 12, pág. 50 y la primera edición de este libro. Se había fallado que el privilegio se extendía a los intereses y multas por imposiciones atrasadas: RDJ, T. 60, sec. 3ª, pág. 1, y el Art. 3º del D.L. 1773 así lo estableció, y antes de la Ley 17.322 de 19 de agosto de 1970 se había fallado que el privilegio no se extendía a los organismos privados de compensación de la asignación familiar: RDJ, T. 60, sec. 3ª, pág. 4. Esto fue aclarado por la misma ley en su Art. 31.

deudor y su familia durante los últimos tres meses". Permanece sin modificaciones desde el Código originario.

La razón de este privilegio es semejante a las de los números 2 y 3: los suministros han permitido subsistir al deudor y sus familiares, y por ello es lógico permitir su cobro preferente.

El Código no señaló lo que se considera familia para estos efectos; en cambio lo indicó en el inc. 3º y siguientes del Art. 815, para los efectos de los derechos de uso y habitación: el cónyuge, los hijos legítimos y naturales, los sirvientes necesarios para la familia, las personas que viven con el deudor y a costa de éste, y aquellas a quienes les debe alimentos. Parece no haber inconvenientes para aplicar el precepto por analogía a la prelación de créditos.

El Nº 5º del Art. 2.472 contenía un inc. segundo que no contempla el actual Nº 7º: si los acreedores consideraban exagerado el cargo de subsistencia, podían solicitar al juez que lo tasare.

990 bis VIII. *Indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral.* El Nº 8º del actual Art. 2.472 otorga privilegio de 1ª clase a "las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha que se hagan valer y hasta un límite del equivalente a quince ingresos mínimos mensuales por trabajador. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas".

El Art. 664 del Código del T. planteaba el problema de determinar si las indemnizaciones por término del contrato de trabajo gozaban de privilegio de acuerdo al antiguo Nº 4º del Art. 2.472. Se había fallado en sentido contrario.^{983 tris}

Y es un problema de gran trascendencia, puesto que la quiebra pone término al contrato de trabajo y puede dar origen a la indemnización legal o pactada en contrato de trabajo por término de éste, a menos que se acuerde la continuación del giro de la empresa.

Por ello el Decreto-Ley 1.773 primero y luego el 2.200 otorgaron privilegio a estas indemnizaciones. El D.L. 1773 lo hizo introduciendo un Nº 7º al Art. 2.472, que hoy con diferente redacción ha pasado a ser el Nº 8º, pero sin ponerle límite. El inc. final del Art. 69 del D.L. 2.200 era casi igual al actual Nº 8º del Art. 2.472: "el privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el Nº 7º (hoy 8º) del Art. 2.472 del Código Civil no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a quince ingresos mínimos mensuales; el saldo, si lo hubiere, será considerado crédito valista. Si hubiere pagos parciales, éstos se imputarán al máximo referido". Hoy esta disposición se produce en los términos ya citados en el Art. 60 del actual Código del Trabajo.

^{983 tris} RDJ, T. 62, sec. 1ª, pág. 246.

En síntesis, para que opere el privilegio:

- a) los trabajadores debe tener derecho a indemnización por ley o por convención;
- b) deben estar devengadas y a la fecha que se hagan valer;
- c) el privilegio se extiende sólo hasta 15 ingresos mínimos mensuales, a los cuales se imputan o descuentan los pagos ya efectuados.

991. IX. *Créditos fiscales por impuestos de retención y recargo.* El último número del primitivo Art. 2.472 otorgaba privilegio a "los créditos del Fisco y municipalidades, por impuestos fiscales o municipales devengados". O sea, lo confería a todas las deudas por impuestos y contribuciones fiscales o municipales.

El D.L. 1.773 los dividió entre los números 5º ("impuestos fiscales devengados de retención o recargo") y 8º ("los impuestos fiscales no comprendidos en el número 5º, y los municipales, devengados").

La Ley 18.175 los traslada al Nº 9º y los limita exclusivamente a los créditos del Fisco por impuestos de retención o recargo.

En esta evolución claramente se ha limitado el privilegio del Fisco y se ha eliminado el de las municipalidades, en una tendencia a favorecer a los restantes acreedores.

Impuestos de retención son aquellos que el contribuyente debe descontar al efectuar cualquier pago y enterar en arcas fiscales. A ellos se refiere el párrafo 2º del Título V de la Ley de Impuesto a la Renta, por ejemplo, el impuesto único de trabajadores, el de los profesionales, etc. Impuestos de recargo son aquellos que el contribuyente puede trasladar a otros, como ocurre con el impuesto al valor agregado. En todos estos casos, en el fondo el deudor del fisco ha actuado como un verdadero recaudador de éste: son dineros que no le pertenecen, y de ahí el privilegio.

Esta limitación del privilegio fiscal ha sido muy conveniente, ya que el aumento de los impuestos y de sus tasas era uno de los elementos que más poderosamente habían contribuido al deterioro de todo el sistema, como lo destacábamos en la primera edición de esta obra.

Bueno en todo caso es recordar que el privilegio en ningún caso abarcaba todos los créditos fiscales y municipales, sino sólo por los impuestos, y siempre que ellos estuvieren devengados.

Digamos finalmente que el Art. 60 del Código del Trabajo aprobado por la ley Nº 18.620, dispone que gozan del privilegio del Art. 2.472 del Código "los impuestos fiscales devengados de retención o recargo", lo que ahora es un mera duplicación, y además mal ubicada.

992. *Normas para el pago de los privilegios de 1ª clase. Enunciación.* En cuatro podemos resumir las reglas que fundamentalmente gobiernan el pago de los créditos de la 1ª. clase:

1º Se pagan desde que haya fondos suficientes para ello;

2º Si liquidados los bienes del deudor no pueden pagarse todos los créditos de 1ª clase, el déficit impago prefiere a las preferencias de 2ª y 3ª clase;

3º Los créditos de la 1ª clase prefieren entre sí en el orden en que están enumerados, y

4º Dentro de cada número del Art. 2.472, el pago se efectúa a prorrata de los créditos.

993. I. *Los créditos de 1ª clase se pagan desde que haya fondos para ello.* De acuerdo al Art. 148 de la Ley de Quiebras, no hay que esperar las resultas de ésta para pagar los créditos privilegiados de 1ª clase.

Al respecto hay que hacer un doble distingo. Primero, entre los que no han sido objetados de los que han sufrido impugnación. Porque el acreedor junto con verificar su crédito en el procedimiento de quiebra, debe alegar la preferencia que pretende para éste, y tanto aquél como ésta pueden ser impugnados, esto es, desconocidos.

A los que no han sido objetados en cuanto a su monto, preferencia o procedencia se les va pagando en el orden en que se encuentran enumerados en el Art. 2.472, reservando únicamente lo necesario para los gastos subsiguientes de la quiebra, y para los impugnados. Respecto a éstos, en consecuencia, el síndico hará la reserva, y los pagará cuando su monto o privilegio deje de estar sujeto a litigio.

La Ley 18.175 obliga también a distinguir según los números del Art. 2.472. Hay algunos que no necesitan verificación: los de los números 1º, 4º y 8º del precepto. Los del Nº 5º y los del Nº 8, para estos últimos con el solo mérito de la sentencia judicial que ordene pagar la indemnización, serán pagados con cargo a los primeros fondos del fallido de que se pueda disponer administrativamente, y siempre que en el caso de las remuneraciones de los trabajadores existan antecedentes documentarios que los justifiquen y aun antes de su verificación.

El síndico deberá cuidar al efectuar estos últimos pagos que el monto del saldo del activo sea suficiente para asegurar el pago de los créditos de mejor derecho.

En el caso de las remuneraciones e indemnizaciones de los trabajadores, la norma se justifica socialmente por la razón apuntada: la necesidad de éstos de contar con esos fondos para sobrevivir. Tratándose de los gastos de la quiebra, se necesita disponer de los dineros para ello a fin de agilizar su tramitación.

994. II. *Preferencia de los créditos de 1ª clase a los de 2ª y 3ª.* Así se desprende de lo dispuesto en los Arts. 2.476 para los de 2ª clase, y 2.478 para los de 3ª, pero se hace efectiva sólo si los bienes restantes son insuficientes para el pago de los créditos privilegiados de la 1ª clase.

En consecuencia, éstos se pagan con la subasta del patrimonio embargable del deudor, excluidos los bienes afectos a las preferencias de 2ª y 3ª clase; éstos no se tocan en primera instancia, pero si realizados los restantes bienes no se alcanzaren a pagar todos los créditos de la primera clase, el déficit de éstos se paga en los bienes afectos a créditos de 2ª y 3ª clase, con preferencia a los privilegios y preferencias especiales que les afectan.

De esta manera los créditos de la 1ª clase pueden vulnerar el privilegio de los de 2ª, y la preferencia de los de 3ª.

Se ha presentado y debatido el problema de precisar a quién corresponde el peso de la prueba de que los bienes generales del deudor son o no suficientes para el pago de los créditos de la 1ª clase, especialmente en relación a los últimos de éstos: los del Fisco. La cuestión consiste en determinar si es éste quien debe probar que no hay bienes suficientes en el patrimonio del deudor con que afrontar su cancelación, si no se recurre a los afectos a preferencias especiales, o si, a la inversa, son los acreedores preferentes de 2ª y 3ª clase quienes deben establecer que sí los hay. La Corte Suprema gravó al Fisco con el onus probandi.⁹⁸⁴

995. III. *Los créditos de 1ª clase prefieren entre sí en el orden en que están enumerados.* Los créditos privilegiados de la 1ª clase concurren entre sí en el orden en que los enumera el Art. 2.472, o sea, se pagan primero las costas judiciales, luego las expensas funerarias, y así sucesivamente hasta rematar en último lugar con los impuestos fiscales de retención y recargo. Así lo disponen los Arts. 2.473 del Código y 148 de la Ley de Quiebras, con las salvedades señaladas en el Nº 993.

En consecuencia, estos créditos se prefieren por su orden numérico sin que tengan importancia alguna sus respectivas fechas, como ocurre, en cambio, en los créditos de 4ª clase. Y si resultan insuficientes los bienes para pagarlos a todos, aun recurriendo a los afectos a preferencias especiales, se pagarán únicamente los que alcancen.

Recordemos que, según lo dicho en el Nº 982, si no ha mediado beneficio de inventario o separación, concurren conjuntamente en los bienes del heredero y de la herencia las preferencias contra el causante y su sucesor (Art. 2.487, inc. 1º).

996. IV. *Los créditos de un mismo número se pagan a prorrata.* Puede acontecer que aun realizados todos los bienes del deudor, incluidos los que estaban afectos a preferencias especiales, no sólo

⁹⁸⁴ RDJ, Ts. 41, sec. 1ª, pág. 190, y 42, sec. 1ª, pág. 10. En igual sentido, Rafael Mery, ob. cit., Nº 209, pág. 390; Arturo Alessandri R., *La Prelación de Créditos*, Santiago, 1940, Nº 42, págs. 33 y 34. En contra de esta opinión, Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., Nº 456, pág. 464.

no haya con que pagar todos los créditos de 1ª clase, sino que lo existente no dé para pagar íntegros los créditos del mismo número. Por ejemplo, se alcanzan a pagar todas las costas judiciales y las expensas funerarias, pero no todos los gastos de enfermedad. El remanente existente, después de pagados los anteriores números que se alcanzan a cancelar íntegramente, se prorratea entre los créditos derivados de enfermedad, sin que tampoco se tomen en cuenta sus fechas respectivas. O sea, se vuelve a la regla general del pago a prorrata (Art. 2.473, inc. 1ª).

Párrafo 4º

Los créditos privilegiados de 2ª clase

997. *Características y enumeración.* Al igual que los de la 1ª clase, los de la 2ª clase son también créditos privilegiados (Art. 2.471).

Pero difieren de ellos en que son especiales, pues no se hacen efectivos en todo el patrimonio del deudor, sino únicamente en los bienes específicos afectos al privilegio, de manera que si ellos resultan insuficientes para el pago del crédito respectivo, el déficit ímpago pasa a ser crédito común.

De acuerdo al Art. 2.474: "a la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran".

El precepto enumera tres casos, a los que leyes posteriores han agregado otros, a algunos de los cuales nos referiremos brevemente. En síntesis, en los números siguientes hablaremos de los créditos privilegiados de 2ª clase:

1º Del posadero, sobre los efectos del deudor introducidos por éste a la posada;

2º Derivados del contrato de transporte;

3º De la prenda;

4º De las prendas especiales; y

5º Del derecho legal de retención.

El Art. 118 de la anterior Ley de Quiebras contenía otros créditos privilegiados de 2ª clase que no contempla la actual Ley 18.175.^{984 bis}

998. I. *Privilegio del posadero.* De acuerdo al Nº 1º del Art. 2.474, tiene privilegio de 2ª clase: "el posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños".

Para que el privilegio proceda es necesario:

1º Que el deudor haya introducido los bienes afectos al privilegio en la posada, hotel etc.

2º Los bienes deben ser de propiedad del deudor. De acuerdo al inc. 2º del Nº 2º del mismo precepto, se presume que los efectos introducidos por el deudor en la posada son de su propiedad, presunción meramente legal;

3º Sólo afecta a los bienes del deudor mientras ellos permanezcan en la posada.

Lo que pasa es que para el contrato de hospedaje se aplican las reglas del depósito en cuanto a los efectos introducidos a la posada por el que se aloja en ella (Art. 2.241 en relación con el Art. 2.240), y en consecuencia tiene el posadero un derecho legal de retención sobre dichos efectos, en cuanto a las expensas y daños, pero no por lo que se le deba por alojamiento (Arts. 2.234 y 2.235).

En consecuencia, este derecho legal de retención, declarado judicialmente, le otorga también la preferencia de la prenda (Nº 958). De acuerdo al precepto que estudiamos, tiene, sin necesidad de semejante declaración, privilegio de 2ª clase, pero a condición de que retenga aun las cosas en su poder, por alojamiento, expensas y daños. O sea, el privilegio es más amplio, en cuanto comprende también las deudas por alojamiento, y

4º El privilegio sólo cubre las deudas originadas por gastos de hospedaje: alojamiento, expensas y daños, como dice el precepto. No abarca otros créditos que el posadero pudiese tener contra el deudor, proveniente, por ejemplo, de un mutuo que le haya efectuado.

999. II. *Privilegio del transportista.* Este privilegio está establecido en forma reiterada en la ley.

El Nº 2º del Art. 2.474 se lo otorga al "acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor".

Los Arts. 212 y 213 del C. de Co. otorgan al porteador por tierra, lagos, canales, o ríos navegables, privilegio para ser pagado, con preferencia a todos los demás acreedores que el propietario tenga, del porte y gastos que hubiere hecho sobre los efectos que conduzca.

Por su parte, el Art. 1.036 del mismo Código, declara al cargamento de la nave afecto privilegiadamente al pago de los fletes, capa e indemnizaciones que deban los cargadores en razón del fletamento.

El porteador tiene, de acuerdo al Art. 221 del C. de Co., una especie de derecho legal de retención sobre las mercaderías transportadas, pues puede solicitar el depósito y remate de las que sean

^{984 bis} Véase la primera edición de esta obra, Nº 1.003, pág. 651.

suficientes para el pago de su crédito. En el transporte marítimo, derecho semejante le confiere al fletante el Art. 1.036, inc. 2º, del mismo Código.

La conclusión es que en todo contrato de transporte, el que lo efectúa tiene un crédito privilegiado, con características muy semejantes al caso anterior del posadero, a saber:

1º Se radica en los bienes transportados;

2º Ellos deben ser de propiedad del deudor, presumiéndose legalmente que lo son (inc. 2º del Nº 2º del Art. 2.474);

3º Sólo puede hacerse efectivo mientras el transportista tenga las especies transportadas en su poder o en el de sus agentes o dependientes.

Sin embargo, las reglas son diferentes para el transporte comercial, de acuerdo a los Arts. 213 y 1936 del C. de Co., pues el privilegio subsiste con limitaciones después de la entrega o descarga de la mercadería, y

4º Se extiende a la deuda por el transporte mismo, expensas y daños.

Recíprocamente al crédito privilegiado del transportista, de acuerdo al Art. 190 del C. de Co. goza de un privilegio sobre los medios de transporte y sus accesorios el cargador o remitente de las mercaderías, por las indemnizaciones que se le deban por averías, etc.

1.000. III. *La prenda.* De acuerdo al Nº 3º del Art. 2.474, goza de privilegio de 2ª clase "el acreedor prendario sobre la prenda".

Los Arts. 814 y siguientes del C. de Co., reglamentan con ligeras variantes el privilegio de la prenda mercantil.

Fácil es comprender que el legislador ha otorgado privilegio a la prenda por su carácter de caución; el deudor obtiene créditos gracias a la seguridad de la prenda, la que sería nula si ella careciere de preferencia para el pago.

Ya hemos señalado que la prenda como privilegio presenta algunas particularidades, porque si bien es el legislador quien le otorga privilegio, son las partes al convenir esta caución las que confieren la calidad, de privilegiado al crédito asegurado, que sin la prenda puede carecer de él. Y así, por ejemplo, si A da en mutuo a B \$ 100.000, éste crédito es común, pero si, para seguridad del mismo, B da en prenda a A un automóvil de su propiedad A adquiere el privilegio para pagarse de su mutuo preferentemente con el producto del remate del automóvil dado en prenda. De ahí la importancia de ésta como caución.

Y en seguida, porque la prenda es un derecho real, por lo cual, a diferencia de lo que ocurre con los demás privilegios, el acreedor goza del derecho de persecución. Por ello el Art. 2.393 dispone: "si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para reco-

brarla contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido".

Pero el privilegio de la prenda se entiende con dos limitaciones. La primera que el acreedor ejerza la acción prendaria; si demanda su acción personal y embarga otros bienes del deudor, carece de preferencia para el pago. Y en seguida, como veremos luego, el privilegio se extiende como todos los de 2ª clase hasta el producto de la subasta de los bienes en que recae la preferencia. Por el saldo insoluto que reste no hay privilegio (Nº 1.007).

Se extiende, también, de acuerdo al Art. 924 del C.P.C., al precio de la cosa expropiada, y según el Art. 555 del C. de Co., a la indemnización por siniestro de la cosa empeñada. Dice este último precepto: "la cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquélla".

1.001. IV. *Prendas especiales.* Con posterioridad al Código Civil, se han creado prendas especiales; la importancia de la mayoría de ellas estriba en que son prendas sin desplazamiento, o sea, el deudor conserva la tenencia de la cosa empeñada. Las principales son la prenda sin desplazamiento, la agraria, la industrial y la compraventa de cosas muebles a plazo.⁹⁸⁵

La prenda agraria se rige por la Ley Nº 4.097, de 25 de septiembre de 1926, y su privilegio es idéntico al de la prenda civil, sólo que la ley se ha preocupado de resolver algunos posibles conflictos de preferencia, a que nos referiremos más adelante (Arts. 4º y 23).

A la compraventa de cosas muebles a plazo con prenda se refiere la Ley 4.702, de 6 de diciembre de 1929. El Art. 7º define la extensión del privilegio: "comprende los intereses y las costas de la cobranza y se extiende al seguro, si lo hubiere y a cualquier indemnización que deban pagar los terceros por daños o perjuicios causados a la cosa dada en prenda".

La Ley 5.687, de 17 de septiembre de 1935, establece la prenda industrial, y su Art. 25, inc. 1º, dispone: "el contrato de prenda industrial garantiza el derecho del acreedor para pagarse, con preferencia a cualquiera otra obligación, del monto del préstamo, sus intereses, gastos y costas, si las hubiere".

La Ley 18.112 de 16 de abril de 1982 estableció la prenda sin desplazamiento, y su Art. 12 da al acreedor prendario la preferencia

⁹⁸⁵ Véase Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., Nº 212, pág. 205, y Nº 302 y siguientes, págs. 280 y siguientes. Fuera de los citados en el texto, son casos de interés las prendas sobre Warrants o almacenes generales de depósito establecida por la Ley Nº 5.069 de 19 de febrero de 1932, cuyo Art. 13 contempla la preferencia del acreedor prendario; y la Prenda de Valores Mobiliarios a favor de los Bancos, Nº 4.287 de 23 y 29 de febrero de 1928, que nada dice, en cambio, sobre el privilegio.

del Art. 2.474 del C.C., incluidos los gastos y costas, y extendiendo el privilegio al valor del seguro y cualquier otra indemnización.

1.002. V. *Derecho legal de retención. Referencia.* Ya hemos señalado que de acuerdo al Art. 546 del C.P.C., si el derecho legal de retención se ejerce sobre bienes muebles, se equipara a la prenda para los efectos de su preferencia. Nos remitimos a lo dicho en el Nº 958.

1.003. *Privilegios que establecía la Ley de Quiebras.* El Art. 118 de la anterior Ley de Quiebras complementaba los privilegios de 2ª clase del C.C., y fue suprimida por la actual Ley 18.175 de 1982.

La mayoría pertenecían al derecho comercial, y en cierta medida ya estaban contemplados en el Código del ramo. De ahí y del ánimo de mejorar a los acreedores valistas debe haber provenido su derogación.

Sin embargo, había un número importante que abarcaba tanto créditos comerciales como civiles, y llenaba un vacío de nuestra legislación, y, en consecuencia, no debió derogarse: el Nº 8º que daba privilegio de 2ª clase a "los acreedores por gastos de construcción, reparación o conservación mientras la cosa en que hayan sido invertidos exista en poder de la persona por cuya cuenta se hubieren hecho los costos y sobre esa misma cosa".

Los Arts. 2.102, Nº 2º y 2.103 del Código francés establecen privilegio sobre bienes muebles a favor del crédito proveniente de los "gastos hechos para la conservación de la cosa", y sobre inmuebles por los créditos provenientes de la edificación, reparación o reconstrucción de un bien raíz, respectivamente. Nuestro Código no tenía una disposición como ésta, muy justificada, porque es lógico que quienes han conservado o aumentado el valor de los bienes del deudor, con provecho de toda la masa, puedan cobrar preferentemente en esas cosas. La omisión la había reparado el citado Art. 118 de la Ley de Quiebras, hoy desaparecido.

1.004. *Reglas para el pago de los créditos de 2ª clase. Enunciación.* También en 4 podemos resumir las reglas que gobiernan el pago de estos créditos privilegiados:

- 1º Se pagan sin esperar las resultas de la quiebra;
- 2º A ellos prefieren los de la 1ª clase;
- 3º Si el producto de la subasta de los bienes afectos al privilegio no es suficiente, el déficit que no alcanza a pagarse es crédito común, y
- 4º Por regla general no hay concurrencia entre estos créditos.

1.005. I. *Los créditos de 2ª clase se pagan sin esperar las resultas de la quiebra.* De acuerdo al Art. 149 de la Ley de Quiebras, "los acreedores de la 2ª clase, incluso los que gocen del derecho de retención, judicialmente declarado, podrán ser pagados sin aguardar las resultas de la quiebra, siempre que se asegure lo necesario para pagar los créditos de primera clase, si los demás bienes de la masa no parecieren suficientes para satisfacerlos". Esto último porque, como lo advertimos, y lo veremos en el número siguiente, los créditos de 1ª clase prefieren a los de 2ª.

Además, los acreedores privilegiados de la 2ª clase tienen una facultad de excepción: pueden iniciar ante el tribunal que conozca de la quiebra los procedimientos correspondientes, o continuar ante él los ya iniciados en otro juzgado (inc. 2º).

Finalmente, de acuerdo al inc. final, el síndico puede recuperar para la masa la cosa en que se ejerce el privilegio de 2ª clase, siempre que pague la deuda o deposite a la orden del tribunal su valor estimativo en dinero; el privilegio se subroga en tal caso en la suma depositada.

Al tratar de los créditos de la 3ª clase, fundamentalmente la hipoteca, veremos que se presentan algunos problemas en relación a si afecta al acreedor prendario el convenio judicial. Nos remitimos al Nº 1.021, 2º.

1.006. II. *Preferencia de los créditos de 1ª clase sobre los de 2ª.* Así lo vimos en el Nº 994, para el caso de ser insuficientes los bienes afectos a los privilegios generales de la 1ª clase; también destacamos que a los acreedores que gozan de éstos les corresponde probar la falta de otros bienes.

Dice el Art. 2.476: "afectando a una misma especie, créditos de la primera clase y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquéllos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie en el orden y forma que se expresan en el inciso 1º del Art. 2.472".

Hemos señalado también el problema que se ha planteado por el crecimiento exagerado en el volumen de los créditos de la primera clase, lo cual ha llevado a un debilitamiento de las cauciones reales. El legislador interesado en protegerlas ha exceptuado de esta norma algunos privilegios de la segunda clase, aunque el punto se suele discutir.

Así ocurre con el Art. 814 del C. de Co. para la prenda mercantil que otorga al acreedor el derecho a pagarse con el valor de la cosa empeñada "con preferencia a los demás acreedores del deudor" sin efectuar distinción alguna; el Art. 190 para el privilegio del cargador, a quien da preferencia sobre todos los acreedores del porteador; el Art. 25 de la Ley de Prenda industrial, que da derecho al acreedor

para "pagarse con preferencia a cualquiera otra obligación", el Art. 13 de la Ley sobre Almacenes Generales de Depósito, N° 5.069, de 19 de febrero de 1932, que da al acreedor prendario el derecho a ser pagado con preferencia a cualquier otro acreedor, previa deducción de lo que se adeudare por impuestos de la especie subastada y los gastos de venta, de almacenaje y conservación de la cosa, y sin necesidad de acción judicial alguna.

Algunas de estas disposiciones en forma muy clara, como ocurre con la última citada y otras, menos categóricamente, dan a las prendas especiales a que se refieren una preferencia absoluta, superior a la de 1ª clase.⁹⁸⁶

1.007. III. *Déficit de los créditos de 2ª. clase.* Hemos dicho que los créditos privilegiados especiales sólo mantienen tal calidad en cuanto se trate de pagarlos con el producto de la subasta de la cosa a la cual afectan, de manera que si éste resulta insuficiente con tal objeto, existe un déficit impago, que no es privilegiado. Así lo señala el Art. 2.490: "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 quinta clase, con los cuales concurrirán a prorrata".

Sin embargo, el precepto pareciera estar en contradicción con el Art. 2.486, que se refiere a los créditos privilegiados de 4ª. clase, y dispone que éstos tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquier fecha que éstos sean (N° 1.030). Pues bien, como la disposición no hace el distingo mencionado, pareciera que el déficit de los créditos privilegiados de la 2ª. clase prefiriera para su pago a los créditos de 4ª. clase, puesto que éstos se pagan sólo después de cubiertos los anteriores.

Pero ello no es así, y no pasa de ser una ligera incorrección del legislador, que se subsana con la disposición del Art. 2.490. Lo que quiso decir evidentemente el Art. 2.486 es que los créditos de 4ª. clase sólo pueden aspirar a pagarse en los bienes afectos a privilegios de 2ª. clase o preferencia de 3ª. clase, una vez cubiertos los créditos a que ellos están destinados; por ejemplo, existía una prenda por \$ 10.000 sobre un automóvil, y subastado éste, el remate arroja \$ 20.000. Pagado el acreedor prendario, hay un sobrante de \$ 10.000, con el cual se paga a los acreedores privilegiados de la 4ª. clase.

⁹⁸⁶ Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., N° 301, pág. 278, N° 303, pág. 283, y N° 305, pág. 286, no cree que se haga excepción a las normas del C.C. en el C. de Co., ni en la prenda industrial, pero sí en la de warrants. Se funda principalmente en que si el legislador hubiera querido modificar las normas del C.C. o hacer excepción de ellas, se habría expresado en forma más clara y categórica. Por nuestra parte, creemos que el problema no es claro en el C. de Co., pero sí en la ley de prenda industrial.

Por otra parte, los créditos privilegiados de la 2ª. clase son especiales, y el Art. 2.474, en sus 3 números, destaca claramente que el privilegio se ejerce "sobre" los bienes a que afecta, esto es, sólo alcanza a éstos, pero no al crédito en sí mismo.

1.008. IV. *Por regla general no hay concurrencia entre los créditos privilegiados de 2ª. clase. Excepciones.* Los créditos de 2ª. clase en su concepción original difícilmente podían entrar en conflicto entre ellos, pues suponen generalmente la tenencia de la cosa por el propio acreedor, y es imposible que existan dos tenencias. Y así, por ejemplo, el crédito del posadero se ejercita sobre los bienes introducidos a la posada por el deudor; no podría darlos éste en prenda, porque para este objeto requiere entregar la cosa empeñada. Por la misma razón no hay dos prendas sobre el mismo objeto.

Sin embargo, los privilegios de 2ª. clase creados con posterioridad al C. C., como ocurre con algunos del C. de Co. y muy especialmente con las prendas especiales, pueden dar origen a conflictos, algunos de los cuales están resueltos en las leyes respectivas.

El Art. 23 de la Ley de Prenda Agraria se preocupó de una posible colisión entre el privilegio de ésta y el derecho legal de retención que pudiera hacer valer el arrendador del lugar en que estén depositados los bienes gravados: en principio, prefiere la prenda agraria, quedando a salvo el derecho del arrendador para ejercer su preferencia en los bienes que resten pagada aquélla. Pero si los bienes empeñados se encuentran depositados en predios urbanos, prefiere el derecho legal de retención.

El Art. 9º de la Ley 4.702 sobre compraventa de cosas muebles a plazo con prenda da una solución muy semejante a la anterior: prefiere la prenda, siempre que sea anterior a la retención, y el arrendador podrá ejercer su derecho en el remanente de los bienes, pagada la prenda.

El Art. 26 de la Ley de Prenda Industrial se preocupó del mismo problema, y dio la preferencia al arrendador, siempre que el contrato conste por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador de Bienes Raíces antes de la inscripción prendaria.

No tienen, en cambio, solución legal todos aquellos casos en que no es forzosa la tenencia y retención por el acreedor para el ejercicio del privilegio, como, por ejemplo, el de los gastos de conservación de la cosa, el del transportista sobre una cosa afecta a prenda sin desplazamiento, etc. En todos ellos cabrían dos posibilidades: preferirlos por sus fechas, que es la solución, por ejemplo, en la prenda industrial, y en las preferencias especiales de 3ª. clase. O concluir que concurren los privilegios a prorrata; nos inclinamos por esta última solución, porque es la regla general en materia de prelación, y la preferencia por fechas se funda normalmente en la inscripción en

algún Registro, esto es, en la publicidad de ella. Sólo prefieren por su fecha, sin medida de publicidad, los créditos de 4ª clase (Nº 1.031).

Finalmente, en el párrafo siguiente veremos la posibilidad de colisión de algunos créditos privilegiados de 2ª clase con la hipoteca (Nº 1.015).

Párrafo 5º

Los créditos de tercera clase: la hipoteca

1.009. *Concepto y enumeración.* Los créditos de 3ª clase comprenden fundamentalmente los hipotecarios. Así lo señala el inc. 1º del Art. 2.477.

De acuerdo al inc. 1º del Art. 2.480 "para los efectos de la prelación los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas".

Por último, de acuerdo al Art. 546 del C. P. C., el derecho legal de retención debidamente inscrito, previa declaración judicial, se asimila a la hipoteca para los efectos de su preferencia (Nº 958).

En conclusión, las preferencias de 3ª clase se refieren a la hipoteca, a la cual se asimilan los censos y derechos legales de retención debidamente inscritos.

Recordemos que la hipoteca y sus asimilados no constituyen en nuestro Código privilegios, sino causales de preferencia de análogo rango a éstos: ello porque siempre se ha considerado a la hipoteca, por la trascendencia otorgada desde Roma a los bienes raíces, como la reina de las cauciones; no obstante esta distinción, la hipoteca participa de las mismas características de los privilegios, con las variantes propias de esta caución (Nºs. 976 y siguientes).

Como causal de preferencia, la hipoteca presenta características muy particulares, semejantes a la prenda, con la diferencia de que ésta sólo puede constituirse una vez al mismo tiempo, mientras pueden existir varias hipotecas sobre un mismo inmueble.

Como la prenda, la hipoteca por su calidad de derecho real goza de la facultad de perseguir el bien hipotecado en manos de terceros poseedores.

Al igual que en la prenda, el legislador otorga la preferencia para fortalecer su carácter de caución.

Por último, como la prenda, la hipoteca es especial: se ejerce sobre la finca hipotecada; en consecuencia, sólo goza el acreedor de preferencia si ejercita la acción hipotecaria, pero no la personal; respecto de esta última, carece de preferencia.⁹⁸⁷ Igualmente, si agota-

do el producto del remate de la finca hipotecada no alcanzare a pagar a todos los acreedores hipotecarios, el déficit carece de preferencia (Nº 1.016).

En materia de especialidad de la hipoteca, ya hemos destacado que nuestra legislación innovó respecto al Código francés, y no hay hipotecas generales que afecten a todos los inmuebles del deudor. No hay, sin embargo, inconveniente alguno para que éste garantice una obligación constituyendo hipoteca sobre dos o más, o todos sus bienes raíces, pero siempre que se les enumere e individualice uno por uno. Estas hipotecas generales o preferencias generales inmobiliarias eran ocultas; en nuestro derecho no las hay, toda hipoteca debe inscribirse. Finalmente, eran legales, pues existían de pleno derecho.

Por excepción, existe actualmente hipoteca legal, como ocurre en el caso del Art. 662 del C. P. C. en el juicio de partición: si el adjudicatario de bienes raíces se excede del 80% de lo que corresponde recibir, y no paga de contado el exceso, quedan hipotecados los inmuebles adjudicados, pero esta hipoteca debe inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces, de oficio por éste.

1.010. *Extensión de la preferencia.* La preferencia de 3ª clase se extiende a todas las cosas que quedan según la ley sujetas a la hipoteca o que subrogan a ésta.

En virtud de lo primero, la preferencia abarca los inmuebles por destinación y adherencia, a los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada y a las rentas de arrendamiento que produzca el inmueble hipotecado⁹⁸⁸ (Arts. 2.420 a 2.422).

Por lo segundo, la preferencia puede hacerse efectiva sobre el precio de la expropiación (Art. 924 del C. P. C.) y la indemnización por el seguro en caso de siniestro de la cosa hipotecada (Art. 2.422, parte final del C. C. y Art. 555 del C. de Co.).

1.011. *Cómo se pagan las preferencias de tercera clase. Enunciación.* Podemos sintetizar en las siguientes las reglas que gobiernan el pago de las preferencias hipotecarias y asimiladas a ellas:

1º Los privilegios de 1ª clase prefieren a la 3ª categoría de créditos;

2º Posibilidad de colisión entre los privilegios de 2ª clase y las preferencias de 3ª;

3º El déficit de los créditos de 3ª clase es común;

⁹⁸⁷ RDJ. T. 62, sec. 1ª, pág. 159

⁹⁸⁸ Para las rentas de arrendamiento del inmueble hipotecado: G. T. de 1879, Nº 188, pág. 118.

- 4º Concurrencia de los créditos de 3ª. clase entre sí, y
 5º Los acreedores hipotecarios tienen diversos medios para hacer efectivas sus preferencias.

Veremos estas normas en los siguientes números.

1.012. I. *Preferencia de los privilegios de primera clase.* Como lo hemos señalado, el déficit de éstos que no alcance a pagarse con los bienes restantes del deudor, es preferente para pagarse en los bienes afectos a una preferencia especial.

Así lo señala para los de 3ª. clase el inc. 1º del Art. 2.478: "los créditos de la 1ª. clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor". Ya hemos dicho que la prueba de esta última circunstancia corresponde a los acreedores privilegiados de la 1ª. clase (Nº 994).

Puede ocurrir que el deudor tenga hipotecadas varias de sus fincas: la invasión de los créditos de 1ª. clase afecta a todos los inmuebles gravados en proporción a los valores de éstos. Y lo que cada finca hipotecada debe contribuir, paga los créditos privilegiados de 1ª. clase en el orden en que ellos están establecidos en el Art. 2.472 (Art. 2.478, inc. 2º).

1.013. II. *¿Los créditos de 2ª. clase prefieren a los de tercera?* Hay posibilidades de colisión desde dos ángulos: primero, porque el déficit de los créditos privilegiados de 1ª. clase afecta tanto a los bienes sujetos a la 2ª. como a la 3ª. categoría, y en seguida por la extensión de la hipoteca a bienes que en sí mismos son muebles, y pueden, en consecuencia, estar afectos a privilegios de 2ª. clase.

Veremos estos dos problemas en los números siguientes.

1.014. A. *¿Cómo se distribuye el déficit de los créditos de 1ª. clase entre los de 2ª. y 3ª.?* El Art. 2.476 determina que el déficit impago de los créditos de 1ª. clase afecta a los bienes sujetos a un privilegio de 2ª. clase, y también, de acuerdo al Art. 2.478, vulnera a los destinados a preferencia hipotecaria, o sea, a los de 3ª. clase.

Pero no se preocupó el legislador de resolver si hay preferencia entre ellos; dicho de otra manera, si los acreedores impagos de la 1ª. clase deben dirigirse contra uno de ellos primero, o contra ambos conjuntamente. Por ejemplo, hay un déficit impago por impuestos de \$ 50.000, y una prenda sobre un automóvil y una finca hipotecada. ¿En qué forma el déficit de estos \$ 50.000 va a afectar al acreedor prendario e hipotecario?

La mayoría de los autores sostienen que la numeración dada por el legislador a los créditos indica una preferencia, de manera que es lógico concluir que los créditos de 2ª. clase prefieren a los de 3ª., así,

como los de 1ª. prefieren a todos y los de 2ª. y 3ª. a los de 4ª. En consecuencia, el déficit impago de la 1ª. categoría de créditos se pagará primero en las fincas hipotecadas, y luego afectará a las prendas y demás privilegios especiales muebles.⁹⁸⁹

Discrepamos de esta interpretación, porque la verdad es que la numeración carece de toda trascendencia en los créditos con preferencias especiales, y buena prueba es que la ley debió declarar expresamente que el déficit de los de 1ª. clase afectaba a las preferencias radicadas en bienes determinados. A falta de solución legal, debe recurrirse a lo que constituye la regla general en materia de prelación de créditos; no existen otras preferencias que las específicamente señaladas por la ley (Arts. 2.469 y 2.488). A falta de establecimiento de alguna, la regla general es la contribución a prorrata; en consecuencia, el déficit de los créditos privilegiados de 1ª. clase se prorratea entre todas las preferencias especiales, de acuerdo a los valores de éstas.

1.015. B. *Conflicto entre créditos de 2ª. y 3ª. clase.* Es posible también que haya conflicto entre los créditos mismos de la 2ª. clase y los de 3ª. por ejemplo, porque la hipoteca comprende los inmuebles por destinación y adherencia, las mejoras, etc., es decir, bienes que en sí son muebles, y pueden como tales estar afectos a un privilegio especial de 2ª. clase, como una prenda especial, derivados del transporte, etc.

En alguna de las prendas especiales el problema está expresamente resuelto. Así ocurre con la agraria, pues, según el Art. 4º de la ley respectiva, sobre los inmuebles por destinación y adherencia no es necesario para constituirla el acuerdo del acreedor hipotecario de los inmuebles a que se hayan incorporados los bienes objetos de la prenda, y el crédito prendario prefiere al hipotecario. El Art. 8º de la Ley 4.702 sobre compraventa a plazo con prenda da solución semejante: "a la cosa dada en prenda que adquiera la calidad de inmueble por destinación, no le afectará ninguna hipoteca o gravamen sobre el inmueble, sin previo consentimiento del acreedor prendario".

En otros casos, la solución resulta de que en estas prendas especiales, como ocurre en las de Warrants, Industrial y demás casos señalados en el Nº 1.006, el legislador ha dicho que prefieren a todo otro acreedor, y en consecuencia también al hipotecario.

En los casos no resueltos, si se produce colisión, cabe aplicar las 2 posibles soluciones señaladas en el número anterior, esto es, decir que los créditos de 2ª. clase prefieren a los de 3ª., o prorratar los créditos, sin otorgarles preferencia entre sí. Por las mismas razones, nos inclinamos por esta segunda solución.

⁹⁸⁹ Alessandri, *La Prolación de Créditos*, ob. cit., Nº 42, pág. 33; Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., pág. 465, y Mery, ob. cit., Nº 209, pág. 390.

1.016. III. *El déficit de los créditos de 3ª. clase es común.* La solución es exactamente igual, y presenta la misma deficiencia de redacción en el Art. 2.486, que vimos en los privilegios de 2ª. clase en el N° 1.009. Nos remitimos a lo dicho en tal oportunidad.

1.017. IV. *Concurrencia de los créditos de 3ª. clase entre sí.* A diferencia de lo que ocurre con la prenda, sobre un mismo inmueble pueden coexistir varias hipotecas (Art. 2.415), y en consecuencia en una finca es posible que concurren dos o más preferencias de 3ª. clase, lo que difícilmente ocurre en las de 2ª. (N° 1.008).

La solución la señala el Art. 2.477: las hipotecas prefieren entre sí, según el orden de sus fechas, y si ellas fueren de la misma fecha, según el orden de su inscripción. Debe tenerse presente que, de acuerdo al Art. 2.410, la fecha de la hipoteca no es la del otorgamiento de la escritura en que se constituye, sino de su inscripción, y en consecuencia, si por ejemplo una hipoteca se establece por escritura pública de 1º de mayo y se inscribe el 5 de junio, y otra hipoteca en el mismo predio se otorga por escritura pública de 15 de mayo, pero se inscribe el 30 de mayo, ésta, aunque la escritura sea posterior, prefiere a la otra.⁹⁹⁰ Ahora, si las inscripciones son de igual fecha, las hipotecas prefieren según el orden en que aquéllas han sido efectuadas.

Es lo que se llama grado o rango de la hipoteca, y por ello se habla de hipoteca de primer grado o primera hipoteca, segunda, etc. Y el rango de la hipoteca tiene una importancia fundamental, porque si la finca gravada no da para pagar todas las hipotecas, las que resulten impagas se extinguen y el crédito queda desnudo de preferencia. De ahí que las instituciones especializadas en el crédito hipotecario, muchas veces por imperio de sus leyes orgánicas, exigen primera hipoteca; explica también la institución de la posposición de hipoteca, esto es, la convención con el acreedor hipotecario de grado preferente que permite que sobre la finca hipotecada se constituya otra hipoteca de grado preferente a la suya.

Los censos y retenciones legales inscritos se asimilan a la hipoteca; en consecuencia, concurren con ésta y entre sí, según el orden de sus inscripciones. El inc. 2º del Art. 2.480 lo señala expresamente para el censo: "concurrirán pues indistintamente entre sí (los censos inscritos) y con las hipotecas según las fechas de sus respectivas inscripciones". En cuanto al derecho legal de retención, judicialmente declarado e inscrito, se considera como una hipoteca (Art. 546 C. P. C.), y en consecuencia corre la suerte de éstas.

1.018. V. *Formas de hacer valer la preferencia hipotecaria.* La preferencia hipotecaria puede invocarse de tres formas diversas:

⁹⁹⁰ G. T. de 1868, N° 1.839, pág. 796.

1º En juicio ejecutivo;

2º En un concurso especial para cada finca hipotecada, y

3º En la quiebra.

Veremos estas tres situaciones en los números que siguen.

1.019. A. *Juicio ejecutivo.* El acreedor hipotecario puede ejecutar el bien gravado con hipoteca, aunque se haya declarado la quiebra (Art. 71 de la Ley de Quiebras), y concurrir en cualquier juicio ejecutivo en que se embargue o pretenda sacar a remate la finca hipotecada, haciendo valer sus derechos.

Al respecto cabe distinguir tres situaciones:

1º La ejecución sobre la finca hipotecada la inicia un acreedor de grado posterior; los de rango preferente deben ser citados conforme al Art. 2.428 del C. C., y pueden optar entre exigir el pago de sus créditos sobre el precio del remate, o conservar sus hipotecas sobre la finca subastada, siempre que sus créditos no estén devengados. No diciendo nada en el término de emplazamiento, se entenderá que optan por ser pagados sobre el precio de la subasta (Art. 492, incs. 1º y 2º del C. P. C.). Si no fueren citados, conservan su hipoteca (N° 662).

En consecuencia, estos acreedores no requieren iniciar otra ejecución,⁹⁹¹ ni deducir tercería de prelación.⁹⁹²

2º La ejecución la ha iniciado un acreedor hipotecario de grado preferente.

A esta situación no se aplica el Art. 492 del C. P. C., pero el acreedor de grado posterior conservará su hipoteca si no es citado en conformidad al Art. 2.428 del C. C. (N° 662).

Si el acreedor hipotecario lo desea, puede hacerse presente, aunque no haya sido citado, por la vía de una tercería de pago.⁹⁹³

3º La ejecución la ha iniciado un acreedor no hipotecario.

Igualmente, si no es citado el acreedor hipotecario, conserva su hipoteca (Art. 2.428 del C. C.), pero si pretende cobrar en dicho procedimiento, debe entablar una tercería de prelación.⁹⁹⁴

⁹⁹¹ G. T. de 1908, 2º sem., N° 175, pág. 312.

⁹⁹² Sostiene que ella es necesaria, G. T. de 1910, 2º sem., sent. 785, pág. 207, y Mery, ob. cit., N° 210, pág. 391, quien la cita. Creemos que es un error, pues la citación es obligatoria de acuerdo al Art. 492 del C. P. C., y ella puede ser tácita en conformidad a la regla común a todo procedimiento del Art. 55 del mismo Código. El acreedor se apersonará al juicio, y hará uso de la opción del Art. 492, dándose por notificado tácitamente de la citación, o reclamando la falta de ella.

⁹⁹³ G. T. de 1935, 1º sem., N° 84, pág. 372.

⁹⁹⁴ Mery, ob. cit., N° 210, pág. 391; Sergio Rodríguez Garcés, *Tercería o Intervención de Terceros en los diversos procedimientos*, Santiago, 1953, N° 161, pág. 389; Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., N° 454, pág. 460.

Este autor cita un fallo de la G. T. de 1936, 1º sem. N° 111, pág. 482, que declara inaplicable a la tercería de prelación del acreedor hipotecario el Art. 513 del C.P.C., y en consecuencia éste no tiene que esperar que su preferencia sea declarada por

1.020. B. *Concurso especial de acreedores hipotecarios*. De acuerdo a los incs. 2º y 4º del Art. 2.477: "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. En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él".

Este concurso especial es facultativo para los acreedores hipotecarios; como lo vimos en el número anterior, éstos pueden perseguir individualmente la finca hipotecada. Pero abierto el concurso especial, los obliga a todos, de acuerdo al Art. 71, inc. 3º de la Ley de Quiebras: "la formación de concurso especial de hipotecarios respecto de una finca gravada, suspende también el derecho de cada uno de ellos para seguirla separadamente".

Para la apertura del concurso especial es indispensable que existan varios acreedores hipotecarios, concurriendo en una misma finca.⁹⁹⁵

Finalmente, destaquemos que este concurso especial puede abrirse con posterioridad a la declaración de quiebra, o dicho de manera más general, como lo veremos en el número siguiente, ésta no afecta al derecho de los acreedores hipotecarios para pagarse sin esperar las resultas de la quiebra. Así lo señala el Art. 150 de la Ley de Quiebras: "los acreedores de la tercera clase se pagarán en la forma que determinan los Arts. 2.477, 2.478, 2.479 y 2.480 del Código Civil".

Pero si el concurso se abre antes de la declaración de quiebra, se regirá por las disposiciones del Código Civil y del de Procedimiento Civil, y si es con posterioridad, por las de la Ley de Quiebras (Art. 150 inc. 2º).

1.021. C. *Quiebra del deudor hipotecario*. En caso de quiebra (concurso general, dice el precepto Nº 964), los acreedores hipotecarios no están obligados a aguardar las resultas de ella para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas: bastará con que afiancen o consignen una cantidad prudente para el pago de los créditos de 1ª clase en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones (Art. 2.479). Este precepto no ha sido modificado ni alterado por la Ley de Quiebras, pues se remite expresamente a él el Art. 150 de ella.

sentencia ejecutoriada. Da además un argumento histórico en apoyo de esta ponencia.

⁹⁹⁵ RDJ, T. 25, sec. 1ª, pág. 276 (distintas hipotecas a un solo acreedor), y G. T. de 1862, Nº 164, pág. 74 y Nº 502, pág. 215 (una sola hipoteca con un solo acreedor hipotecario), citados en Somarriva, *Cauciones*, Nº 457, notas 420 y 421.

Como lo dice el precepto y lo reafirma el Art. 71, en consecuencia, los acreedores hipotecarios pueden iniciar o proseguir sus ejecuciones individuales, a menos que se haya abierto concurso especial, en que todos deberán concurrir a éste, según lo vimos en el número anterior.

Al respecto se han presentado dos problemas, a saber:

1º Si el acreedor hipotecario está obligado a verificar su crédito en la quiebra. La deuda se produce porque si bien es cierto que, no obstante la quiebra, los acreedores hipotecarios prosiguen o ejercen sus acciones individuales, o su concurso particular, el Art. 131 de la Ley de Quiebras estatuye que todos los acreedores del fallido, sin excepción alguna, deben verificar sus créditos y preferencias dentro del plazo legal.

Para solucionar esta aparente contradicción se han propuesto varias soluciones; para algunos, los acreedores hipotecarios están exentos de la obligación de verificar sus créditos, a menos que pretendan cobrar el déficit que resulte de la subasta de la finca hipotecada, pues en tal caso actúan como acreedores comunes.⁹⁹⁶

Sin embargo, estamos con la opinión de quienes consideran que siempre el acreedor hipotecario debe verificar,⁹⁹⁷ únicamente que su verificación es diferente a la de los demás acreedores, pues no va a concurrir a la liquidación general de los bienes, sino en cuanto cobre el mencionado déficit. Pero su crédito y preferencia pueden ser impugnados; en este sentido se ha orientado la última jurisprudencia.⁹⁹⁸

La redacción actual del Art. 131 confirma esta interpretación, pues usa la expresión "sin excepción alguna".

2º El segundo problema consiste en determinar si el convenio judicial puede llegar a afectar a los acreedores hipotecarios.

El convenio judicial acordado por las mayorías y en la forma que establece la ley, involucra a todos los acreedores, pero no a los privilegiados, prendarios e hipotecarios que se hayan abstenido de votar el convenio (Art. 181 y 191 de la Ley de Quiebras).

De esta manera los acreedores privilegiados cobrarán íntegramente sus créditos, no obstante el convenio, y los especiales llevarán a cabo la subasta de los bienes afectos a sus preferencias para pagarse; pero puede ocurrir, según hemos destacado, que resulte en su contra un déficit impago, por el cual son acreedores comunes.

⁹⁹⁶ Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., pág. 469.

⁹⁹⁷ Mery, ob. cit., pág. 394.

⁹⁹⁸ G. T. de 1932, 2º sem., Nº 100, pág. 361 y de 1937, 1º sem., Nº 104, pág. 431 y RDJ, T. 62, sec. 1ª, pág. 159. En contra, RDJ, T. 36, sec. 1ª, pág. 431.

Por esa parte que cobran en la masa como acreedores comunes resulta evidente que los afecta el convenio judicial,⁹⁹⁹ aunque la Corte Suprema en una ocasión declaró lo contrario.^{1.000-1.001}

Párrafo 6º

Los créditos privilegiados de cuarta clase

1.022. *Características.* Los créditos de la 4ª. clase son todos generales, con la salvedad que señalamos en el N° 1.032; afectan a todos los bienes del deudor, con excepción de los inembargables y de los afectados a una garantía específica, salvo en cuanto después de pagados los créditos a que ellos se refieren exista un remanente que pasa a pertenecer a la masa (Art. 2.486).

Como privilegios generales, pueden hacerse efectivos en los bienes del deudor existentes en el patrimonio de éste al cobrarse estos créditos; carecen de derecho de persecución (mismo Art. 2.486).

Ya hemos señalado la originalidad de nuestro Código al establecer esta categoría de privilegios, reemplazando el sistema de las hipotecas legales del Código francés y de las antiguas Leyes de Prelación; el sistema nuestro parece bastante mejor al de su modelo y produce menos trabas en el crédito y circulación de los bienes.

En general, estos créditos privilegiados se refieren a personas que administran bienes ajenos, por las responsabilidades que les pueda corresponder en dicha administración.

Se distinguen dos grandes categorías dentro de estos privilegios de 4ª. clase: los de ciertas personas en contra de quienes administran sus bienes (N°s. 1º, 2º y 3º del Art. N° 2481), y los de los N°s. 4º y 5º del mismo precepto,^{1.002} de los incapaces contra sus representantes legales, por la administración de sus bienes.

⁹⁹⁹ Somarriva, *Cauciones*, ob. cit., N° 414, pág. 462; Mery, ob. cit., N° 213, pág. 394, y Raúl Varela Varela, *Sobre la inaplicabilidad del convenio a los acreedores hipotecarios y privilegiados*. RDJ, T. 37, 1ª. parte, pág. 199.

^{1.000} RDJ, T. 35, sec. 1ª. pág. 444.

^{1.001} Los acreedores hipotecarios pueden dirigir sus acciones contra el tercer poseedor de la finca hipotecada, en virtud del derecho de persecución que les otorga la ley, ejerciendo la acción de desposeimiento; la quiebra del tercer poseedor no es obstáculo para ello, y se pagan aquéllos en la forma señalada en el Art. 2.479: RDJ, T. 36, sec. 1ª, pág. 113.

^{1.002} El precepto contiene un N° 6º tácitamente derogado por la Ley N° 5.521 de 19 de diciembre de 1934. Antes de la dictación de la Ley 18.802 de 9 de junio de 1989 la distinción era entre los N°s. 1º y 2º, créditos de las personas jurídicas de Derecho Público contra los administradores de sus bienes, y los N°s. 3, 4 y 5 se referían a los incapaces relativos. Véase las anteriores ediciones de esta obra.

1.023. I. *Personas que administran bienes ajenos.* Como decíamos actualmente^{1.002 bis}, son tres los casos de este privilegio:

1º Los créditos "del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales".

El Fisco tiene, en consecuencia, dos privilegios generales: uno de primera clase, por ciertos impuestos que se le adeuden, y éste de cuarta, contra los recaudadores de fondos fiscales, y los que administran bienes pertenecientes al Fisco.

2º Los créditos "de los establecimientos nacionales de caridad o de educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos".

El precepto no contempla a todas las personas de derecho público, de manera que siendo los privilegios de derecho estricto, no puede extenderse su aplicación, aunque militen iguales razones para ello. No hay, sin embargo, justificación alguna para la diferencia, y lógicamente debería extenderse a todas las personas de derecho público.

3º "Los de la mujer casada, por los bienes de su propiedad que administra el marido sobre los bienes de éste".

Hasta la dictación de la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989, este caso correspondía al número siguiente, o sea, al privilegio de los incapaces contra sus representantes legales.

Dicha ley derogó la incapacidad relativa de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, pero en una solución realmente incomprensible y sumamente criticable, que debe corregirse por la vía legal a la brevedad posible, mantuvo la administración por el marido de los bienes propios de la mujer (Arts. 135 y 1.749). De ahí que se mantenga este privilegio, pero ha cambiado su justificación. Ahora, ella proviene de que el marido administra los bienes propios de la mujer casada bajo el régimen señalado.

Sin embargo, el precepto no se está refiriendo específicamente a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, única que era incapaz. Podría pues pensarse por su letra que no hace distinción alguna y por la circunstancia ya señalada que también incluye el caso de la mujer separada de bienes o divorciada perpetuamente, y cuyos bienes los administra el marido, verbigracia, por un poder que le haya conferido a éste. No parece, sin embargo, sea el caso.

De acuerdo al art. 2484 los matrimonios celebrados en país extranjero y que deban producir efectos civiles en Chile^{1.003} darán a los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile.

^{1.002 bis} Véanse nota anterior y las ediciones anteriores de esta obra.

^{1.003} El precepto aún se remite al Art. 119 del mismo C. C., que está reemplazado actualmente por el Art. 15 de la Ley de Matrimonio Civil: "el matrimonio celebrado en

1.024. II. *Incapaces contra sus representantes legales.* Los restantes casos del Art. 2.481, a los que hay que agregar el del Art. 20 de la Ley N° 7.613, sobre adopción, otorgan un privilegio de 4ª clase a los incapaces respecto de sus representantes legales por las deudas e indemnizaciones provenientes de la administración que han tenido de sus bienes, mientras duró la incapacidad.

El fundamento de estos privilegios es la protección que al legislador le merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas jurídicamente hablando. Ello lo movió en el Art. 43 a otorgarles representantes legales: el padre o la madre al hijo de familia, el guardador al pupilo, y el adoptante al adoptado.

Pero si el representante legal es el encargado de defender al incapaz respecto de terceros, el legislador también le otorga una protección en contra de aquél para que haga efectivos los créditos que pueda tener procedentes de su administración. Entre ellos, le concede privilegio general de 4ª clase sobre los bienes del representante legal.

Los casos de privilegio general de esta naturaleza son:

1º “Los del hijo de familia por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o madre, sobre los bienes de éstos”. Aquí sí que la ley se refirió claramente al hijo legítimo menor de edad no emancipado: tal es el hijo de familia, y el privilegio supone que el padre, o a falta de éste la madre,^{1.004} tienen la patria potestad sobre los bienes del hijo, y en virtud de ella administran sus bienes.

2º Adoptado respecto del adoptante.

De acuerdo al Art. 20 de la Ley 7.613, de 21 de octubre de 1943, “los créditos que tenga el adoptado contra el adoptante, originados por la administración de sus bienes, o en el caso que prescribe el Art. 28 de la presente ley, se considerarán incluidos en el número cuarto del artículo 2.481 del Código Civil”.

3º “Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores” (N° 5º del Art. 2.481).

1.025. *Extensión del privilegio.* Conviene precisar al respecto:

1º Bienes en que se ejerce el privilegio;

2º Créditos por los cuales éste existe, y

3º Limitaciones a la prueba.

Veremos estos aspectos en los números que siguen.

país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiera celebrado en Chile”.

^{1.004} La referencia a la madre la agregué al precepto la Ley 5.521 de 19 de diciembre de 1934, ya que antes ella no tenía la patria potestad sobre los bienes del hijo.

1.026. I. *Bienes a que afecta el privilegio.* Como decíamos, el privilegio se extiende a todos los bienes del deudor, incluido el remanente de los afectos a preferencias especiales, una vez pagadas éstas.

El N° 3º del Art. 2.481 y el Art. 2.484 respecto al privilegio de la mujer casada, contienen un pequeño error de expresión, porque señalan que se hace efectivo sobre los bienes del marido, lo que da base para sostener que no afecta a los que correspondan a éste como gananciales en la liquidación de sociedad conyugal; dicho de otra manera, no podría hacerse efectivo en los bienes sociales. Semejante interpretación es rechazada,^{1.005} porque el privilegio sólo se hace efectivo a la disolución de la sociedad conyugal,^{1.006} y en tal caso ya no hay bienes sociales, sino del marido: sus bienes propios y la mitad de gananciales, y de la mujer: los propios de ella y su mitad de gananciales.

En cuanto a los matrimonios celebrados en país extranjero y que producen efectos en Chile, el Art. 2.484 limita el privilegio a los bienes existentes en nuestro país.

1.027. II. *Créditos privilegiados.* Los créditos privilegiados son todos los que tengan que hacer valer contra el deudor las personas jurídicas de derecho público para la restitución de lo recaudado y de los bienes administrados, y las indemnizaciones a que tengan derecho en virtud de los actos de los recaudadores y administradores; tratándose de los incapaces, son los que éstos tengan contra sus representantes legales y provenientes de la administración que éstos han hecho de sus bienes: restituciones, indemnizaciones, intereses que les deban, etc.

También en el caso de la mujer casada, el N° 3º del Art. 2.481 cometió otro pequeño error de expresión, pues se refirió a los bienes de propiedad de la mujer administrados por el marido, lo que interpretado literalmente limita el privilegio a los bienes propios de ella. Ya hemos señalado que en la sociedad conyugal deben distinguirse los bienes sociales y los propios de cada cónyuge; no cabe discusión que el marido responde de la administración de los bienes que la mujer conserva en su patrimonio privilegiadamente; pero hay otros bienes que ingresan a la comunidad, con cargo de devolución a la disolución de ésta, como si, por ejemplo, se vende un bien raíz de la mujer sin que opere una subrogación legal; el precio ingresa a la sociedad conyugal, que lo queda debiendo a la mujer (Art. 1.741) Esta recompensa no estaría acogida al privilegio.

^{1.005} RDJ, Ts. 17, sec. 2ª, pág. 11, y 23, sec. 1ª, pág. 53; Somarriva, *Familia*, ob. cit., N° 326, pág. 327; Arturo Alessandri Rodríguez, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales y la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, N° 920, pág. 583; Fueyo, *Derecho de Familia*, T. 2º, N° 521, pág. 181, etc.

^{1.006} RDJ, T. 25, sec. 1ª, pág. 555.

Sin embargo, la doctrina está conteste^{1.007} en una interpretación amplia y, en consecuencia, el privilegio se extiende a todos los créditos de la mujer por sus bienes propios, recompensas, indemnizaciones, etc. Por lo demás, el Art. 2.484 ya fue amplio y habló de "créditos de la mujer".

En el caso del adoptado, la ley señaló expresamente que el privilegio se extiende a la indemnización que puede deberle el adoptante si se contrae matrimonio omitiendo la confección de inventario exigido por la ley.

1.028. III. *Limitaciones a la prueba.* Respecto de los créditos de los representados contra los representantes legales, el legislador ha temido una posible confabulación entre ellos, a fin de que se aumenten ficticiamente los créditos privilegiados, en desmedro de los derechos de los acreedores comunes. Por ello ha puesto algunas cortapisas a la prueba de los privilegios, y se ha referido a otros aspectos de la misma.

Ellas se refieren a la forma de justificar los bienes cuya administración ha correspondido a los representantes legales; a la indemnización por administración dolosa o culpable, y a la confesión.

1º Justificación de los bienes cuya administración ha pasado al representante legal.

Debe el representado probar su derecho a dichos bienes por documento auténtico.

En efecto, el inc. 1º del Art. 2.483 comienza por declarar que las preferencias de los N.ºs. 3º a 5º del Art. 2.481 se entienden constituidas a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos que la mujer hubiera aportado al matrimonio, o de los bienes raíces o derechos reales en ellos que pertenezcan a los respectivos hijos de familia y personas bajo guarda y hayan entrado en poder del marido, padre, madre o guardador.

El derecho a los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos siempre constará en instrumentos públicos, y por ello lo único que exige el precepto es probar que han entrado a poder del representante legal.

La limitación es entonces para los bienes muebles, en que debe acreditarse no sólo la circunstancia anterior, sino el derecho del representado a ellos por los instrumentos públicos que señala la parte final del mismo inc. 1º del Art. 2.483: la preferencia se extiende "a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de

^{1.007} Somarriva, *Familia*, ob. cit., N.º 325, pág. 326; Alessandri, *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales y la Sociedad Conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, N.º 915, pág. 552.

adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad".

2º Administración de los bienes.

Probado el derecho del incapaz a los respectivos bienes, no hay, en cambio, limitaciones para justificar las indemnizaciones que deba el representante legal por su administración descuidada o dolosa.

Dice el inc. 2º del Art. 2.483: "se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido, o de los hijos de familia y personas en tutela o curaduría, contra sus padres, tutores o curadores por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos de cualquier modo fehaciente".

3º Confesión del representante legal o marido.

Según el Art. 2.485: "la confesión del marido, del padre o madre de familia, o del tutor o curador fallidos, no hará prueba por sí sola contra los acreedores".

1.029. *Forma de pago de los créditos privilegiados de 4ª. clase.* *Enunciación.* Dos son las reglas principales que gobiernan el pago de los créditos privilegiados de cuarta clase:

1º Se pagan después de cubiertos los otros preferentes.

2º Prefieren entre sí, según las fechas de sus causas.

Lo veremos en los números siguientes.

1.030. I. *Los créditos de 4ª. clase se pagan una vez cubiertos los demás preferentes.* Así lo señala el ya citado Art. 2.486 en su parte pertinente: "las preferencias de los créditos de la cuarta clase... sólo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquiera fecha que éstos sean".

Ya hemos destacado también que el precepto pareciera dar a entender que es preciso que estén íntegramente cubiertos los créditos de las tres primeras clases para que se entren a pagar los de cuarta, lo que sí es efectivo respecto de los de 1ª no lo es totalmente en cuanto a los especiales de 2ª (N.º 1.007) y 3ª (N.º 1.016), porque el déficit de éstos, impago con el producto del remate de los bienes afectos a ellos, es común, y en consecuencia no prefiere a los de 4ª clase (Art. 2.490).

Lo que sí es efectivo es que, a la inversa, el excedente que arroje dicha subasta sobre el monto de las preferencias que pesaban sobre los bienes rematados pasa a la masa común, y en él se pagan preferentemente los créditos privilegiados de cuarta clase a los comunes; por ejemplo, hay una hipoteca sobre un inmueble por \$ 100.000, y es rematado en \$ 150.000. Los \$ 50.000 de exceso que restan una

vez pagado el acreedor hipotecario, incrementan los fondos de que se pagan los privilegios de 4ª. clase.

Estos se pagan en igual forma que los de 1ª. clase, una vez que estén cubiertos todos éstos (inc. final del Art. 148 de la Ley de Quiebras), esto es, los no objetados se van cancelando en el orden de sus preferencias, que es el indicado en el número que sigue, tan pronto como haya fondos para ello; y se reserva lo necesario para el pago de aquellos que han sido cuestionados en cuanto a su monto o privilegio, que se cancelan una vez eliminado el inconveniente, y para la atención de los gastos subsiguientes de la quiebra.

1.031. II. *Los créditos de 4ª. clase prefieren entre sí por el orden de sus causas.* Los privilegios de 4ª. clase hacen excepción al principio general imperante en la prelación de Créditos, en que no se atiende a la antigüedad de los créditos para su preferencia. La otra excepción ya señalada es la de las hipotecas, cuya precedencia depende de la fecha de su inscripción.

También es diferente la solución de los créditos de 4ª. clase respecto de los de 1ª., que prefieren según el orden en que están enumerados. En los primeros no tiene importancia la numeración del Art. 2.481, pues se atiende a las fechas de sus causas (inc. 1ª del Art. 2.482).

El mismo precepto se encarga de aclarar qué debe entenderse por fecha de la causa del crédito:

1ª Para los recaudadores y administradores de bienes fiscales, y demás personas jurídicas enumeradas en los N.ºs. 1º y 2º del Art. 2.481, la fecha de su causa es la del nombramiento respectivo (inc. 2ª).

2ª Para la mujer casada, es la fecha de su matrimonio^{1.008} (inc. 3ª).

3ª Para el hijo de familia, la de su nacimiento (inc. 4ª).

4ª Para el pupilo es la del discernimiento de la tutela o curaduría (inc. final), y

5ª Finalmente, para el adoptado, la fecha de su causa es la de la inscripción de la adopción en el Registro Civil (Art. 20 de la Ley 7.643).

Y así, por ejemplo, si una persona es recaudadora de impuestos desde el año 1948, contrajo matrimonio en 1951, tuvo un hijo al año siguiente y le fue discernida la tutela de un sobrino en 1956, tanto el Fisco como la mujer, el hijo de familia y el pupilo tienen en su contra créditos privilegiados de 4ª. clase, que prefieren entre sí en el orden apuntado.

Finalmente, en caso de fallecimiento del deudor, según el inc. 2º del Art. 2.487, los créditos privilegiados de 4ª. clase contra el causante conservan su fecha sobre todos los bienes del heredero, si no han tenido lugar los beneficios de inventario o separación; pero si han

^{1.008} El precepto se remite también al N.º 6º del Art. 2.481, que quedó derogado, según dijimos en la nota 1.002, por la Ley 5.521 de 19 de diciembre de 1934.

mediado éstos, la mantienen únicamente en los bienes inventariados o separados.

1.032. *Privilegio por las expensas comunes en los edificios divididos por pisos y departamentos.* El Art. 52 de la Ley 6.071, de 16 de agosto de 1937, sobre Venta de Pisos y Departamentos, hoy refundida en el Capítulo V del DFL N.º 224 del año 1953, Ley General de Construcción y Urbanización, cuyo texto definitivo fue fijado por Decreto Supremo de Obras Públicas N.º 880, de 18 de abril de 1963, publicado en el Diario Oficial de 16 de mayo del mismo año, estableció un privilegio de cuarta clase a favor de las expensas comunes que corresponden a cada uno de los departamentos y pisos del edificio.

Dice el Art. 48 del DFL 224:^{1.009} "la obligación del propietario de un piso o departamento por expensas comunes sigue siempre al dominio de su piso o departamento, aun respecto de expensas devengadas antes de su adquisición, y el crédito correlativo gozará de un privilegio de cuarta categoría, que preferirá, cualquiera que sea su fecha, a los enumerados en el Art. 2.481 del Código Civil". El inc. 2º del precepto deja a salvo el derecho a exigir el pago al propietario, aun cuando cese de poseer el piso o departamento, y la acción de saneamiento del nuevo poseedor que se ve obligado a pagar expensas anteriores.

La justificación del privilegio estriba en que la división horizontal crea numerosos problemas entre los copropietarios, uno de los cuales es la distribución entre ellos de las expensas comunes de administración, mantención y reparación de los bienes y servicios comunes; para paliar estos inconvenientes, el legislador otorga una serie de facilidades para el cobro de estas expensas, como por ejemplo el mérito ejecutivo y este privilegio de cuarta clase.

Este es muy particular:

1ª Porque es especial, ya que sólo se refiere al piso y departamento que ha generado el crédito por gastos o expensas comunes;

2ª Porque otorga derecho de persecución, pues aun cuando el departamento cambie de dominio, el nuevo propietario puede ser perseguido en su piso o departamento y con el privilegio en cuanto a las expensas comunes atrasadas, y

3ª Porque prefiere a todos los de cuarta clase, cualquiera que sea su fecha.

La verdad es que técnicamente se trata de un crédito preferente de tercera categoría, pero el legislador lo declaró de cuarta únicamente para indicar que se paga después de aquéllos. Equivale a una verdadera hipoteca legal, especial y oculta.

^{1.009} Corresponde al Art. 5º de la antigua Ley N.º 6.071.

Párrafo 7º

Los créditos de quinta clase

1.033. *Los créditos comunes.* De acuerdo al inc. 1º del Art. 2.489 "la quinta y última clase comprende los créditos que no gozan de preferencia".

Se les llama créditos comunes, ordinarios, quirografarios o valistas, y no pueden definirse de otra manera que no sea diciendo que son aquellos a los cuales la ley no confiere preferencia alguna para su pago.

Sin embargo, jurídicamente constituyen la regla general, puesto que sabemos que se requiere disposición legal expresa para otorgar a algún crédito preferencia para su pago. Por ello es que el Art. 2.488 declara que la ley no reconoce otras causas de preferencia que las estudiadas anteriormente.

Estos créditos pueden tener dos procedencias:

1º Una originaria, y comprende aquellos que nunca han tenido preferencia o privilegio, y

2º Una derivada de los que tuvieron privilegio de 2ª clase o preferencia de 3ª clase, pero no alcanzaron a pagarse íntegramente con los bienes respectivos, y cuyo déficit, según tantas veces lo hemos señalado, no obstante cierta deficiencia en la redacción del Art. 2.486, pasa a los créditos de quinta clase. Así lo dispone el Art. 2.490.

1.034. *Cómo se pagan.* Las leyes de prelación ya citadas efectuaban algunos distingos entre los créditos comunes, según si constaban por escritura pública, instrumento privado o no estaban establecidos en documento alguno, dando preferencia a los primeros sobre los segundos, y a éstos respecto de los verbales.

El Código eliminó todas estas distinciones, estableciendo una regla muy simple para el pago de estos créditos: "los créditos de la quinta clase se cubrirán o prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha". Los créditos preferentes que concurren por su déficit también lo hacen a prorrata, y sin consideración alguna a su fecha, de acuerdo al Art. 2.490.

Según el Art. 151 de la Ley de Quiebras, los créditos comunes se van pagando a medida que en la quiebra vayan existiendo fondos para efectuarles un abono no inferior al 5%, previas las reservas que señala la ley, y naturalmente una vez que estén cubiertos los preferentes.