

**Universidad de Chile**  
Facultad de Derecho  
Depto. de Derecho Privado  
Curso: Derecho Civil III  
Prof.: Enrique Barros B.

### **Materiales de estudio III**

#### **Título II (continuación)**

##### Capítulo VIII “Derecho de prenda general y prelación de créditos”

- 1) RAMOS, R. (2004) *De las Obligaciones*, LexisNexis Chile, pp.475-519.
- 2) ABELIUK, R. (1993), *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, pp.794-848.

##### Capítulo IX “Derechos auxiliares de los acreedores”

- 1) RAMOS, R. (2004) *De las Obligaciones*, LexisNexis Chile, pp.315-330.
- 2) ABELIUK, R. (1993), *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, pp.617-650.

##### Capítulo X “Garantías personales”

- 1) RAMOS, R. (2004) *De las Obligaciones*, LexisNexis Chile, pp.72-123.
- 2) PEÑAILILLO, D. (2003), *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, pp.247-344.

RENÉ RAMOS PAZOS

Para Enrique Barros, colega  
proprio y muy estimado colega,  
con especial afecto

(acept - 26-4-2005) *René Ramos Pazos*

**DE LAS  
OBLIGACIONES**

© 2004 René Ramos Pazos

Editorial LEXIS NEXIS Chile  
Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile.  
Teléfono: 600 700 8000  
www.lexisnexus.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 141.609

I.S.B.N. 956 - 238 - 500 - 0

#### DE LAS OBLIGACIONES

1ª edición octubre 2004

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

#### ADVERTENCIA

La ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

## CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

### PRIMERA PARTE

**1.- Derechos reales y derechos personales o créditos.** El Código Civil en el artículo 576 expresa que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” y, en las disposiciones siguientes, define el derecho real como aquel “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (art. 577), y el personal como el “que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...” (art. 578).

**2.- Las nociones de derecho personal o crédito y obligación son correlativas.** Representan las dos caras de una misma medalla. En efecto, no puede concebirse una sin la otra, de modo que, en definitiva, se hablará de derecho personal o de obligación, según la relación entre los sujetos se mire desde el punto de vista del acreedor (titular de un crédito) o del deudor (obligado en esa relación). Así lo deja en evidencia el artículo 578 al definir el derecho personal o crédito.

Lo recién dicho nos obliga a formular algunas precisiones, que iremos desarrollando en los puntos siguientes.

el que se extingue. En el Código Civil peruano (del año 1984), hay una norma expresa y absolutamente clara, el artículo 2003: "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente".

- d) La prescripción es renunciable (artículo 2494). La caducidad no lo es, porque no está en juego sólo el interés de las partes sino que hay razones de orden público, que hacen necesario consolidar los derechos en forma definitiva.<sup>573</sup>

## CAPÍTULO SEXTO DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS

**643.- Explicación del porqué se trata esta materia al final.** Hemos dejado para el final esta materia, pues nos parece que no guarda relación de continuidad con ninguna de las otras tratadas en el texto. Por ello, al no encontrar ningún lugar más adecuado, preferimos hacerlo de este modo. Con ello, por lo menos no se rompe el orden que hemos querido seguir en nuestro estudio.

**644.- Generalidades.** Es sabido que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todo su patrimonio, excluidos únicamente algunos bienes que, por consideraciones de orden superior, la ley considera inembargables. Es lo que impropiaamente se denomina Derecho de Prenda General, y que nuestro Código Civil consagra en el artículo 2465: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1618".

Esta disposición debe complementarse con el artículo 2469, según el cual "los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga

<sup>573</sup> BORDA: ob. cit., T. II, N° 1161, págs. 113-114; JOSSEMAND: ob. cit., N° 1005, pág. 769.

íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos...".

En cierto sentido constituye también un complemento al derecho de prenda general la norma del artículo 2468, referente a la acción pauliana, en cuanto dicha norma permite que los acreedores puedan solicitar se dejen sin efecto las enajenaciones de bienes que el deudor hubiere hecho fraudulentamente, con lo que el derecho de prenda general cubre un ámbito mayor desde que alcanza a bienes que ya habían salido del patrimonio del deudor.

**645.- Concepto e importancia de la prelación de créditos.** Se ha definido la prelación de créditos como "un conjunto de disposiciones legales que determinan el orden y forma en que deben ser pagados los diversos acreedores de un determinado deudor, cuando pretenden ser cubiertos sobre el producido de unos mismos bienes".<sup>574</sup>

En términos muy parecidos lo hace Arturo Alessandri R.: "La prelación de créditos es el conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse los diversos acreedores de un deudor".<sup>575</sup>

Por su parte, la Corte de Valparaíso ha dicho que las normas sobre prelación de créditos "son normas de carácter general para todos los casos en que, no existiendo bienes suficientes del deudor para solucionar íntegramente los créditos existentes en su contra, sea menester reglamentar la primacía y concurrencia de los acreedores al pago con el patrimonio insuficiente".<sup>576</sup>

<sup>574</sup> Galvarino PALACIOS GONZÁLEZ: "La Prolación de Créditos en la Legislación Chilena", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1939, pág. 13.

<sup>575</sup> *La Prolación de Créditos*. Editorial Nascimento, 1940, N° 3, pág. 9.

<sup>576</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 31, sec. 2ª, pág. 65.

De acuerdo a lo que se viene señalando, esta institución cobra relevancia en aquellos casos en que los bienes de un deudor no son suficientes para responder del pago de todas sus obligaciones. Surge entonces el problema de saber cómo se pagan los acreedores, que el código soluciona mediante la aplicación de estas normas.

Decimos que la prelación de créditos cobra relevancia en el caso en que el patrimonio del deudor es insuficiente para pagar a todos sus acreedores. Sin embargo, no se crea que las normas que vamos a estudiar se aplican exclusivamente a ese caso, pues también rigen en una ejecución cuando dos o más acreedores pretenden ser pagados en forma preferente con los bienes embargados, invocando una prenda o hipoteca. El cauce procesal para hacer valer la preferencia está dado por la "Tercería de Prolación", reglamentada en el Código de Procedimiento Civil, artículos 518 N° 3 y 525 y siguientes hasta el art. 529.<sup>577</sup>

**646.- Concurrencia de los acreedores.** Si los bienes del deudor no son suficientes para que en ellos puedan hacerse exigibles la totalidad de los créditos de sus diferentes acreedores, en teoría hay tres formas de resolver el problema:

- a) Mediante el principio de la prioridad, esto es, que los acreedores se vayan pagando según las fechas de sus créditos, de tal suerte que se satisfagan primero los más antiguos (Prior in tempore potior in jus);
- b) Aplicando el principio de la igualdad, esto es, pagar a todos los acreedores una parte proporcional al valor de sus créditos; y
- c) Dando preferencia para su pago a ciertos créditos.

<sup>577</sup> Sobre la materia, puede consultarse Sergio RODRÍGUEZ GARCÉS: *Tratado de las Tercerías*, 3ª edición 1987, T. II, págs. 565 y siguientes.

**647.- Principio de la igualdad.** Nuestro Código adopta como regla general el principio de la igualdad. Así lo consagra el artículo 2469 al señalar que los acreedores tienen el derecho a exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos “para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata...”. No se descarta, en todo caso, que por excepción ciertos créditos gocen de preferencia, al agregar que lo anterior es así “cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue”.

**648.- Causas de preferencia.** El artículo 2470 expresa que “las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca” (inc. 1°).

De esta disposición se desprende que los términos “preferencia” y “privilegio” no son sinónimos; el primero es el género, y el segundo una de las especies de ese género. La otra especie es la hipoteca.

El código no ha definido lo que entiende por privilegio. Alessandri lo hace señalando que “es el favor concedido por la ley, en atención a la calidad del crédito, que permite a su titular pagarse antes que los demás acreedores”.<sup>578</sup>

Galvarino Palacios, después de aclarar que la idea del legislador es “indicar con esta expresión (privilegio) una causa de preferencia distinta de la hipoteca”, agrega que esta idea la desenvuelve el código a través de una gran parte de las disposiciones del Título XLI del Libro IV, en que hace una clara y precisa delimitación de los conceptos de privilegio e hipoteca...<sup>579</sup> Más adelante explica que “entre el privilegio y la hipoteca hay diferencias apreciables”.<sup>580</sup>

<sup>578</sup> Ob. cit., N° 14, pág. 15.

<sup>579</sup> Ob. cit., pág. 17.

<sup>580</sup> Ob. cit., pág. 18.

Por nuestra parte, nos parece que no se justifica la distinción entre privilegio e hipoteca, pues si la razón de ella estriba en que la hipoteca otorga un derecho real que da acción persecutoria en contra de terceros, en tanto que los privilegios confieren únicamente un derecho personal, no se justifica que la prenda constituya un privilegio, en circunstancias que también da acción persecutoria contra terceros poseedores de la especie pignorada.

Un autor colombiano, comentando el artículo 2493 del código de su país, que corresponde exactamente al artículo 2470 inciso 1° del nuestro, se expresa en los siguientes términos, que comparto plenamente, “se trata de buscar una diferencia entre privilegio y la hipoteca, con el único resultado de oscurecer la cuestión, cuando lo único cierto es que la ley señala prelación entre los créditos concurrentes, asignándoles a algunos de ellos la preferencia, o el privilegio, o como se quiera llamar, de ser pagados antes de los comunes o balistas.(sic)”<sup>581</sup>

Luis Felipe Bahamóndez Prieto critica esta distinción al expresar que “parece, a primera vista, un tanto arbitraria la división de los créditos preferentes entre privilegiados e hipotecarios, aunque probablemente se deba a la influencia del legislador francés, que en el artículo 2094 del Código de Napoleón, declara que “las causas legítimas de preferencia son los privilegios e hipotecas”. Y en seguida agrega: “Sorprende esta agrupación, porque incluye como crédito privilegiado de segunda clase a la prenda, y ciertamente ésta tiene más semejanzas con la hipoteca que con el resto de los privilegios”.<sup>582</sup>

**649.- Fundamentos de las preferencias.** No hay una razón única que justifique que determinados acreedores deban ser pagados en

<sup>581</sup> Ob. cit., N° 78, pág. 65.

<sup>582</sup> *La Prolación de Créditos*, Edit. Jurídica de Chile, 1993, pág. 33.

forma preferente. Cada caso tiene su propia explicación. Así, a veces, puede tener por fundamento el fomento del crédito. Bello en el Mensaje del Código, señala que: "Se ha simplicado notablemente el arreglo de la prelación de créditos, el fomento del crédito ha sido en él la consideración dominante". En otros, la explicación de las preferencias se encontrará en razones de humanidad, como ocurre con el pago preferente de las expensas funerales o el pago de los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses; o razones económicas, como es el derecho del Estado a pagarse preferente por lo adeudado por impuestos de retención y recargo; o en razones sociales, como ocurre con las remuneraciones de los trabajadores, etc.

**650.- Clasificación de las preferencias.** Ya hemos dicho que hay una primera clasificación entre:

- a) Privilegios e hipoteca, distinción que, como acabamos de señalar, no nos parece trascendente.
- b) Más importancia tiene, sin duda, la que distingue entre preferencias generales y especiales. "Preferencia general – dice Alessandri– es la que afecta a todos los bienes del deudor, de cualquier naturaleza que ellos sean"<sup>583</sup>. En términos idénticos Galvarino Palacios, quien agrega que "no se ejerce en consecuencia sobre determinados bienes, sino que comprende todos los bienes sin distinción alguna"<sup>584</sup>. Pertenecen a esta clase los créditos de primera y cuarta clase. Preferencia especial es aquella que afecta a determinados bienes del deudor. Así ocurre con los créditos de segunda y de tercera clase.

<sup>583</sup> Ob. cit., N° 12, pág. 13.

<sup>584</sup> Ob. cit., pág. 22. Lo mismo Luis Felipe BAHAMÓNDEZ: ob. cit., pág. 44.

- c) El código para los efectos de las preferencias distingue 5 clases de créditos: de primera clase, de segunda clase y de cuarta clase que gozan de privilegio (art. 2471); de tercera clase que son los créditos hipotecarios (art. 2477 inciso 1°) y de quinta clase, que son los créditos valistas o quirografarios que no gozan de preferencia y que "se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha" (artículo 2489).

**651.- Características de las preferencias.** Podemos señalar las siguientes:

- a) "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" (art. 2470 inciso 2°). Esta idea está confirmada por los artículos 1612 y 1906. Por esta razón, cuando opera una novación, los privilegios de la deuda extinguida no pasan a la nueva (artículo 1641), pues al ser inherentes a la obligación extinguida éstos mueren con ella;
- b) Constituyen un beneficio especial para determinados acreedores;
- c) Son excepcionales, puesto que la regla general es que todos los acreedores concurren en un plano de igualdad, de manera que si los bienes del deudor no son suficientes para pagarles íntegramente, lo hagan a prorrata de sus créditos (art. 2469 parte final). No hay más causales de preferencia que el privilegio y la hipoteca (2470 inc. 1° y 2488). Por ser excepcionales son de interpretación estricta y no admiten analogías;
- d) Siempre son legales. Las partes no pueden crear preferencias, "no obstante que los créditos a los cuales amparan

puedan tener su fuente indistintamente en la ley o en la voluntad de las partes”<sup>585</sup>. Ello explica que en el caso de la novación los privilegios de la obligación extinguida no pasan a la nueva (art. 1641). Por la misma razón “la buena doctrina parece señalar que el privilegio que se tenga contra un deudor no se extiende al fiador, sencillamente porque la obligación del fiador es distinta de la contraída por el deudor, y sin texto legal no se le puede hacer efectiva la preferencia”.<sup>586</sup>

Fundado en el principio que los privilegios los crea la ley y no las partes, Somarriva afirma que en el caso de las obligaciones solidarias, el acreedor no puede hacer efectivo el privilegio que tiene frente a un determinado deudor, en contra de un codeudor solidario.<sup>587</sup>

Una tesis distinta se estableció por la Excma. Corte Suprema en fallo de 14 de noviembre de 1938, con un voto disidente del Ministro Roldán.<sup>588</sup>

- e) Son renunciables, porque sólo miran al interés del acreedor y no está prohibida su renuncia, y
- f) Las preferencias tienen un carácter indivisible. Bahamóndez, explicando esta característica, expresa que “entendemos por indivisibilidad de las preferencias el fenómeno en virtud del cual la totalidad y cada una de las partes del (los) objeto(s)

<sup>585</sup> PALACIOS: ob. cit., pág. 18.

<sup>586</sup> BAHAMÓNDEZ: ob. cit., pág. 39. Véase sobre este punto *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 12, sec. 1°, pág. 266.

<sup>587</sup> *Tratado de las Cauciones*, Editorial Nascimento, 1943, N° 56, págs. 57-58. En el mismo sentido, ABELIUK, quien da como explicación el ser los privilegios inherentes al crédito (ob. cit., T. I, N° 410, pág. 341).

<sup>588</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 36, sec. 1°, pág. 330. Este fallo es criticado por la doctrina: SOMARRIVA: ob. cit., pág. 58; ABELIUK: ob. cit., N° 410, págs. 341-342; PALACIOS: ob. cit., pág. 20.

afectado(s) responde a la satisfacción total de la preferencia y, recíprocamente, el crédito preferente o fracción del mismo se beneficia con la garantía”.<sup>589</sup>

**652.- Ámbito de la preferencia.** La preferencia ampara no sólo el capital sino también los respectivos intereses. Así lo dice el art. 2491: “Los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales”.

En el caso de quiebra, hay reglas especiales contenidas en los artículos 67 y 68 de la ley N° 18.175. La segunda de estas normas señala la forma cómo —producida la declaración de quiebra— se reajustarán las deudas del fallido, vencidas y las actualizadas en conformidad al artículo anterior, y los intereses que devengarán, precisando en su inciso final, que “los reajustes y los intereses, en su caso, gozarán de iguales preferencias y privilegios que los respectivos capitales”

No resuelve el artículo 2491 si quedan cubiertas con la preferencia las costas judiciales de cobranza. Clemencia Musalem Sarquis estima que quedan consideradas y cita en su apoyo lo dicho por Carlos Vasallo R., según la cual “todo crédito está compuesto de dos partes: una, constituida por el crédito propiamente dicho, y otra, por los gastos de cobranza que se ocasionarían en caso de inejecución de la obligación por parte del deudor; esta segunda parte es accesoria a la existencia del crédito propiamente dicho”.

Ahora bien, si el crédito propiamente dicho, que es la parte principal, está garantizado con una preferencia otorgada por la ley, sin necesidad de entrar a una interpretación analógica, debemos concluir que la parte accesoria de dicho crédito, esto es, los gastos ocasionados en su cobranza, gozan también de la misma

<sup>589</sup> Ob. cit., pág. 42.

preferencia, en virtud de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.<sup>590</sup>

Se estima que también quedan cubiertas con la preferencia las multas por imposiciones previsionales.<sup>591</sup>

**653.- Privilegios. Créditos de primera clase.** El artículo 2472 indica los créditos de primera clase. Señala: "La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

- 1.- Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores;
- 2.- Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;
- 3.- Los gastos de enfermedad del deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;
- 4.- Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados;
- 5.- Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares;
- 6.- Las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del fisco en contra de las entidades Administradoras de Fondos de Pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con

<sup>590</sup> Clemencia MUSALEM SARQUIS: *La Primera Clase de Créditos Privilegiados*, Editorial Jurídica de Chile, 1983, pág. 64.

<sup>591</sup> MUSALEM: ob. cit., pág. 64.

el inciso tercero del artículo 42 del decreto ley N° 3.500, de 1980;

- 7.- Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses;
- 8.- Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas;
- 9.- Los créditos del fisco por los "impuestos de retención y de recargo".

**654.- Características de los créditos de primera clase.** La primera clase de créditos presenta las siguientes características:

- 1.- Son créditos privilegiados. Así lo dice el art. 2471;
- 2.- Afectan a todos los bienes deudor (privilegio general). Así lo consigna el artículo 2473, en su primera parte: "Los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor...". Si el deudor fallece, opera lo dicho en el artículo 2487 inciso 1°: "las preferencias de la primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados";
- 3.- No pasa el privilegio contra terceros poseedores. Se trata entonces de un privilegio personal. Así lo establece el artículo 2473 inciso 2° "Los créditos enumerados en el

artículo precedente no pasarán en caso alguno contra terceros poseedores”. Explicando esta norma, se ha dicho que si el legislador no la hubiere establecido “nadie estaría dispuesto a recibir bienes de una persona cuyas deudas estuviesen garantizadas a los acreedores con preferencia de primera clase, ya que posteriormente podrían ser responsables del pago de las mismas. En esta forma el deudor quedaría en la imposibilidad de efectuar operaciones con sus propios bienes y esto ocasionaría un perjuicio a sus acreedores”.<sup>592</sup>

- 4.- Prefieren en el orden de su numeración. Así lo señala el artículo 2473 en su inciso 1º: “...y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata”;
- 5.- Los créditos de primera clase se pagan con preferencia a los comprendidos en las otras clases. Sin embargo, respecto de los bienes dados en prenda o hipoteca, los acreedores prendarios e hipotecarios se pagan con preferencia sobre estos bienes, a menos que los demás bienes del deudor sean insuficientes, pues en tal supuesto prefieren los acreedores de primera clase. Así fluye de los artículos 2476 y 2478.

La primera de estas normas señala que “Afectando a una misma especie créditos de la primera clase y créditos de la segunda clase, 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 artículo 2472”. A su turno, el artículo 2478 señala: “Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder

<sup>592</sup> Clemencia MUSALEM., citando a Jaime ILLANES: ob. cit., pág. 76.

cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor”. “El déficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporción de los valores de éstas, y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el orden y forma que se expresan en el artículo 2472”.

¿Quién tiene el peso de la prueba en este caso? Nos parece que el onus probandi le corresponde al que invoca el crédito de primera clase, por tratarse del hecho específico en que funda su acción. Al invocar el privilegio de primera clase tiene que acreditar que fuera del bien empeñado o hipotecado, el deudor carece de otros bienes.<sup>593</sup>

**654 bis.- Situación especial de los créditos hipotecarios de los Bancos.** En el caso en que los bienes del deudor no sean suficientes para pagar a los acreedores de primera clase y en que, por aplicación del artículo 2478, deba hacerse efectivo su privilegio sobre los bienes hipotecados, debe tenerse presente que en virtud de lo establecido en el artículo 105 inciso 3º de la Ley de Bancos (D.F.L. N° 3, D.O. del 19 de diciembre de 1997), el Fisco y las Municipalidades gozarán de la preferencia que les acuerdan los artículos 2472 y 2478 del Código Civil (privilegios de primera clase) respecto de los créditos del banco, sólo cuando se trate de impuestos que afecten directamente a la propiedad hipotecada y que tengan por base el avalúo de la propiedad raíz. Dicho de otra manera, si el deudor tiene constituida una hipoteca en favor de un Banco, con el producido de la finca hipotecada se paga primero el Banco, aunque existan créditos de primera clase del Fisco por impuestos, salvo en cuanto se trate de contribuciones de bienes raíces. En este último caso, prefiere el crédito del Fisco por las contribuciones, pagándose antes que el Banco.

<sup>593</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 25, sec. 2ª, pág. 73. En el mismo sentido, Corte de Concepción, en sentencia de 26 de junio de 1998, causa Rol N° 201-96, caratulada “Fisco con Machuca Panes, José R. y Otros”.

**655.- Pago de los créditos de primera clase en el caso del deudor declarado en quiebra.** Cuando se trata de un deudor declarado en quiebra, debe tenerse presente lo establecido en los artículos 147 y siguientes de la Ley de Quiebras. De acuerdo al artículo 148, “el síndico hará el pago de los créditos privilegiados de la primera clase que no hubieren sido objetados, en el orden de preferencia que les corresponda, tan pronto como haya fondos para ello; reservará lo necesario para el pago de los créditos de la misma clase, cuyo monto o privilegio esté en litigio, y para la atención de los gastos subsiguientes de la quiebra”, y el inciso 2º agrega que “Los créditos a que se refieren los números 1 y 4 del artículo 2472 del Código Civil no necesitarán verificación”.

En seguida, el artículo 148 señala que “Los créditos mencionados en el número 5 del mismo artículo serán pagados con cargo a los primeros fondos del fallido de que se pueda disponer, administrativamente, siempre que existan antecedentes documentarios que los justifiquen y aun antes de su verificación” (inc. 3º).

De acuerdo al inciso 4º, “igualmente, se pagarán sin necesidad de verificación previa y en los mismos términos establecidos en el inciso anterior, los créditos por las indemnizaciones convencionales de origen laboral hasta el límite de un equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, y por las indemnizaciones legales del mismo origen que sean consecuencia de la aplicación de las causales señaladas en el artículo 3º de la ley N° 19.010”. El inciso 5º agrega que “las restantes indemnizaciones de origen laboral, así como la que sea consecuencia del reclamo del trabajador de conformidad a la letra b) artículo 11 de la ley N° 19.010, se pagarán con el solo mérito de sentencia judicial ejecutoriada que así lo ordene”.

También es importante tener presente lo señalado por el inciso final del artículo 148 de la Ley de Quiebras (incorporado por el artículo 5 N° 2 de la ley N° 19.250 de septiembre de 1993) “Los

créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido por leyes especiales”.

**656.- Análisis de los créditos de primera clase.** En lo puntos siguientes haremos un somero análisis de los créditos que comprenden la primera clase.

**657.- Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores (art. 2472 N° 1).** Recordemos que el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil clasifica las costas en procesales y personales, señalando que “son procesales las causadas en la formación del proceso y que corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales”, y personales “las provenientes de los honorarios de los abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio, y de los defensores públicos en el caso del artículo 367 del Código Orgánico de Tribunales”.

Para que las costas personales gocen de este beneficio es necesario que se causen en el interés general de los acreedores. Clemencia Musalem<sup>594</sup> plantea algunos problemas con respecto a esta norma. Se pregunta, en primer término, si las costas generadas por una acción pauliana, intentada por un acreedor, quedan o no comprendidas en el privilegio. Su respuesta es negativa, porque por ser personal la acción pauliana, sus resultados afectan solamente al acreedor o acreedores que la hayan intentado. Otro caso, más frecuente, que también es dudoso, es si quedan comprendidos dentro del privilegio los honorarios del abogado del fallido que pide su propia quiebra. La autora que venimos citando concluye que esos honorarios no se benefician con el privilegio porque la quiebra no se pidió en el interés general de los acreedores sino en el del particular del fallido.

<sup>594</sup> Ob. cit., N° 26, pág. 88. En el mismo sentido, sentencias publicadas en *Gaceta Jurídica* 242, pág. 102, y *Gaceta Jurídica* 279, pág. 118 (sentencia del 4 de septiembre de 2003).

Agrega que también se ha rechazado esta preferencia “basándose en que el crédito invocado por el abogado no constituye costa judicial por provenir de un contrato entre éste y el fallido”.

En los juicios ejecutivos “las costas procedentes de la ejecución gozarán de preferencia aun sobre el crédito mismo” (artículo 513 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil). Fundada en esta disposición, la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo. El Considerando 5° del fallo de casación señala “que las normas de la prelación de créditos establecidas para los procesos concursales, en los artículos 2471 N° 1 y 2474 N° 3 del Código Civil, aplicadas implícitamente por los sentenciadores, al negar lugar a la preferencia del pago de las costas de ejecución, por no haberse efectuado en interés general de los acreedores, no tiene aplicación en la especie, ya que el precepto del artículo 513 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, debe aplicarse preferentemente en el caso sublite, pues contiene una regla de carácter especial, que determina específicamente el orden de preferencia en que concurren las costas con respecto a los créditos en el juicio ejecutivo, y que prevalecen sobre las normas generales de prelación de créditos, atendido lo dispuesto en los artículos 4° y 13 del Código Civil”.<sup>595</sup>

**658.- Gastos funerarios necesarios del deudor difunto (2472 N° 2).** Varias razones se han dado para justificar este privilegio: sanitarias (conveniencia de facilitar el entierro de los muertos); sociales y humanitarias, etc. En todo caso, es indudable que gracias a este privilegio, no hay problemas para los deudos cuando carecen de recursos para hacer estos gastos, pues las empresas de pompas fúnebres les otorgan crédito sin mayor problema para este tipo de servicios.

<sup>595</sup> Fallos del Mes N° 452, sentencia 8, pág. 1367. En el mismo sentido, Corte de Concepción, sentencia de 22 de marzo de 2004, causa Rol N° 580-2004.

Es clara la norma en el sentido que el privilegio cubre sólo los gastos “necesarios”, lo que, en cada caso, deberá determinar el juez de la causa. Personalmente estimamos que para esta determinación deberá considerarse la posición social del difunto. Opinión contraria sustenta Clemencia Musalem.<sup>596</sup>

También la norma es clara en el sentido que el privilegio sólo cubre los gastos funerarios “del difunto”, excluyendo los de su familia. En otros países el privilegio también los considera. Así, por ejemplo en España, donde quedan comprendidos los gastos “funerarios del deudor, según el uso del lugar, y también los de su mujer y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios” (art. 1924 N° 2, letra B) del Código Civil español).

**659.- Gastos de enfermedad del deudor (art. 2472 N° 3).** Esta disposición establece que “si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia”. Concordamos con Josserand cuando justifica el privilegio, en la necesidad de asegurar el crédito del deudor en presencia de gastos urgentes.

Dentro de la expresión gastos de enfermedad, deben comprenderse los honorarios médicos, los costos de hospitalización, el valor de los exámenes médicos, etc.

**660.- Gastos generados en la quiebra del deudor (2472 N° 4).** Según el artículo 2472 N° 4, quedan comprendidos en el privilegio “los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, la realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados”.

<sup>596</sup> Ob. cit., pág. 95.

El fundamento del beneficio radica, sin duda, en la necesidad de facilitar la labor del Síndico.

**661.- Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares (art. 2472 N° 5).** Es indudable que el privilegio persigue la protección del trabajador, quien normalmente no tiene otros medios de vida que el producto de su trabajo.

El artículo 2472 N° 4 del Código Civil debe concordarse con el artículo 61 del Código del Trabajo: "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 corresponda a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del Código Civil" (inc. 1°).

El inciso 2° precisa que "estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito"; y el inciso 3° que "para los efectos del número 5 del artículo 2472 del Código Civil, se entiende por remuneraciones, además de las señaladas en el artículo 41, las compensaciones en dinero que corresponda hacer a los trabajadores por feriado anual o descansos no otorgados".

Finalmente, debe señalarse que "sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer" y que "los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados a que se refiere el presente artículo" (incisos 5° y 6°, respectivamente).

**662.- Las cotizaciones para seguridad social (art. 2472 N° 6).** Según esta norma gozan de este privilegio "Las cotizaciones

adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del Fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del decreto ley N° 3.500, de 1980". La Corte de Santiago, en sentencia del 7 de julio de 2003, ha resuelto que la norma del artículo 19 del D.L. N° 3.500 que asigna a las cotizaciones previsionales pagadas a las A.F.P el privilegio del N° 5 del artículo 2472, prefiere al 2472 N° 6.<sup>597</sup>

Es indudable que lo que la norma pretende es asegurar y proteger el pago de este tipo de cotizaciones, para que el trabajador pueda gozar de todos los beneficios que le asegura el sistema de seguridad social vigente en el país.

**663.- Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses (artículo 2472 N° 7).** Este privilegio tiene por objeto facilitar al deudor la adquisición de lo necesario para poder subsistir. Un deudor, en tan precarias condiciones, sólo podrá obtener crédito si el acreedor tiene la garantía de un pago preferente. Así las cosas, vemos que el beneficio está establecido tanto en favor del deudor como del acreedor.

Guillermo Ospina, comentando una norma semejante del código de Colombia, expresa que "la causal de preferencia se refiere exclusivamente a los elementos necesarios para conservar la vida y no a otros suministros distintos, como serían el vestido o la habitación, ni tampoco a los suministros suntuarios que no se compadecen con la mala situación económica del deudor..."<sup>598</sup>. Entre nosotros, Galvarino Palacios es de opinión que este privilegio

<sup>597</sup> *Gaceta Jurídica* 277, pág. 266.

<sup>598</sup> *Ob. cit.*, N° 87, págs. 67-68.

“no puede restringirse tan sólo a los gastos de comida, vestuario, luz y calor, sino que debe extenderse a los gastos de habitación, porque así se abre al deudor la posibilidad de hallar quien le dé en arriendo una casa, debido a que se da al arrendador una eficaz seguridad de que será pagado”.<sup>599</sup>

Agreguemos finalmente que, como el Código Civil no ha dado una definición general de lo que entiende por familia, habrá que estarse a la definición de familia que da el artículo 815 del Código Civil y que alcanza a una serie de personas. En ese sentido.<sup>600</sup>

Sobre esta materia es importante consignar que don Andrés Bello en una de sus notas (Proyecto Inédito, nota al art. 2661 N° 5), señala que “si el deudor fuere un posadero, los comestibles y demás artículos suministrados para el servicio de la posada, es decir, para el consumo de los que se alojan en ella, no gozan de privilegio alguno”.<sup>601</sup>

Será el tribunal, en cada caso particular, el que deberá determinar si el crédito que se está cobrando corresponde o no a “artículos necesarios de subsistencia”.

**664.- Indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral (art. 2472 N° 8).** El artículo 2472 N° 8 otorga un privilegio de primera clase a “las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas”.

Esta disposición está repetida en el artículo 61 inciso 4° del Código del Trabajo: “El privilegio por indemnizaciones legales y

<sup>599</sup> Ob. cit., pág. 32.

<sup>600</sup> ALESSANDRI: ob. cit., N° 30, pág. 24; Galvarino PALACIOS: ob. cit., pág. 32.

<sup>601</sup> Arturo ALESSANDRI: ob. cit., N° 29, pág. 24.

convencionales previsto en el número 8 del artículo 2472 del Código Civil no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con un límite de diez años; el saldo, si lo hubiere, será considerado crédito valista. Si hubiere pagos parciales, éstos se imputarán al máximo referido”.

En conformidad al inciso 5° del artículo 61 del Código del Trabajo “sólo gozarán de este privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer”; y según lo prescribe el inciso 6° “Los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados a que se refiere el presente artículo”.

**665.- Los créditos del Fisco por los impuestos de retención y de recargo (artículo 2472 N° 9).** En relación con este privilegio es importante tener presente que los impuestos de retención y de recargo son aquellos en que el sujeto pasivo (aquel legalmente obligado al pago del impuesto) no soporta en su patrimonio el gravamen, sino que lo traslada a un tercero que es el verdaderamente incidido. En ambos casos, la ley autoriza al sujeto pasivo para trasladar la incidencia del gravamen, actuando dicho sujeto como un verdadero recaudador fiscal. De allí que el legislador en diversas disposiciones (véanse los artículos 24 inciso final, 97 N° 11, 147 inciso 7°, todos del Código Tributario), les otorga un tratamiento especial e idéntico, en general más drástico frente a las hipótesis de incumplimiento. La diferencia entre ambos tipos de impuesto resulta de la dirección de los flujos de dinero: si la prestación va del incidido al sujeto pasivo, el impuesto es de recargo, como ocurre con el Impuesto al valor agregado del Título II del decreto ley N° 825; en caso contrario, es de retención, como acontece en el impuesto único a las rentas del trabajo dependiente del artículo 42 N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, decreto ley N° 824.

Quedan excluidos, por consiguiente, los demás impuestos que no tengan este carácter y que constituyen la regla general, como por ejemplo el impuesto de primera categoría o el impuesto global complementario, ambos de la Ley sobre Impuesto a la Renta. También quedan fuera los demás tributos que no son impuestos, como las tasas y las contribuciones especiales o de mejoras.

A nuestro juicio, no quedan cubiertas con el privilegio en estudio las multas, por el carácter excepcional de los privilegios. Pero sí los intereses, en virtud de lo establecido en el artículo 2491, y los reajustes, por tratarse simplemente de un valor actualizado.

**666.- Créditos con preferencia superior a los de primera clase.** Con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil, se fueron dictando leyes que otorgan preferencias a ciertos créditos para ser pagados antes que cualquiera otra obligación deudor. Así ocurrió, por ejemplo, con el privilegio en favor de la Caja de Crédito Agrario en el Contrato de Prenda Industrial; con el privilegio del acreedor en el pagaré agrario; con el privilegio del acreedor en el pagaré industrial; con el privilegio de la Bolsa de Comercio sobre la garantía constituida por el corredor, etc.

Esa nueva realidad creada por leyes especiales llevó a Galvarino Palacios a afirmar que existía una nueva categoría de créditos que se pagaban antes que los de primera clase, que él denominó créditos de grado superior y que otros llamaron "Superpreferencias".<sup>602</sup>

El problema fue muy discutido pues había quienes negaban la existencia de estas superpreferencias.<sup>603</sup>

El asunto ha venido a quedar solucionado con el nuevo inciso final que la ley N° 19.250 del año 1993 agregó al artículo 148 de la

<sup>602</sup> Ob. cit., págs. 111 y siguientes.

<sup>603</sup> Jaime ILLANES: *La primera clase de créditos privilegiados*, 1943, pág. 52; Clemencia MUSALEM: ob. cit., pág. 81.

Ley de Quiebras: "los créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecidos por leyes especiales. De consiguiente, ya no se puede seguir hablando de "superpreferencias".

**667.- Créditos de segunda clase.** El artículo 2474 trata de los créditos de segunda clase: "A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

- 1° El posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezca en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños";
- 2° El 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.  
Se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta;
- 3° El acreedor prendario sobre la prenda".

Debe agregarse que en virtud de leyes especiales, gozan de preferencia de segunda clase otros créditos, como por ej. el derecho legal de retención declarado judicialmente, sobre bienes muebles (art. 546 Código de Procedimiento Civil).

**668.- Características de los créditos de segunda clase.** Las características de estos privilegios son las siguientes:

- a) son privilegios especiales, es decir, afectan sólo a bienes determinados. De consiguiente, si el acreedor no se alcanza

a pagar con ellos, pasa a ser acreedor valista en el exceso (artículo 2490);

- b) se pagan con preferencia a los demás créditos, salvo respecto de los de primera clase (artículo 2476).

Y en el caso de quiebra del deudor, “los acreedores de la segunda clase, incluidos 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 aparecieran suficientes para satisfacerlos” (art. 149 inc. 1º Ley de Quiebras).

**669.- Crédito del posadero sobre los efectos del deudor introducido en la posada (art. 2474 N° 1).** Este privilegio se justifica plenamente porque el posadero –hotelero diríamos hoy día- está contratando con personas que no conoce- y cuya solvencia sólo podrá apreciar por el equipaje que lleva. De no existir una norma como ésta los empresarios hoteleros se verían obligados a exigir pagos anticipados a sus pasajeros.

El privilegio sólo puede hacerse efectivo:

- a) sobre los efectos del deudor (maletas, baúles y sus respectivos contenidos);
- b) que sean de su propiedad;
- c) que él haya introducido en la posada;
- d) mientras estas especies permanezcan en la posada; y
- e) sólo para cubrir los gastos de alojamiento, expensas y daños (artículo 2474).

La ley presume que los efectos que el deudor introduce en la posada son de su propiedad (art. 2474 N° 2, inc. 2º).

**670.- Crédito del acarreador o empresario de transporte sobre los efectos acarreados.** El acarreador o empresario de transporte tiene un crédito preferente sobre los efectos acarreados, que sean de propiedad del deudor, que sólo puede hacer efectivo mientras estos efectos se encuentren en su poder o en el de sus agentes o dependientes. El crédito cubre lo que se le deba por gastos de acarreo, expensas y daños.

La ley presume que los efectos acarreados son de propiedad del deudor (art. 2474 N° 2 inc. 2º).

Hacemos notar que el privilegio lo tiene exclusivamente el empresario de transporte, que bien puede no ser el dueño del vehículo en que este transporte se realiza. En ese sentido Guillermo Ospina (ob. cit. N° 94, pág. 71).

**671.- Crédito del acreedor prendario sobre la prenda.** La prenda otorga al acreedor prendario un derecho real que le permite perseguir la cosa pignorada en poder de quien se encuentre, para pagarse preferentemente con su producido.

**672.- Nueva realidad creada con las prendas especiales sin desplazamiento.** Bajo la sola vigencia del Código Civil, no era concebible que una misma cosa fuere entregada en prenda a varios acreedores, por tratarse de un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa. Esta realidad se ha visto alterada con la aparición de las distintas prendas sin desplazamiento, lo que plantea de inmediato el saber cómo prefieren los diversos acreedores prendarios cuando sobre una misma cosa se constituyen diferentes prendas.

En el caso de la Prenda Industrial los acreedores prefieren por el orden de sus inscripciones. Así parece desprenderse del art. 42 de la ley N° 5.687, que en su inciso 1º habla de “grados”, lo que da a entender que los acreedores prendarios concurren de acuerdo a un determinado orden de prelación, y lo confirma el inciso 3º, que hace

referencia al artículo 2477, norma que para el caso de la hipoteca establece que concurren en el orden de sus fechas y para el caso que las hipotecas sean de una misma fecha preferirán unas a otras en el orden de sus inscripciones.

En la prenda agraria, la ley N° 4.097 no resuelve el problema. Sin embargo, como para poder constituir una nueva prenda cuando la cosa ya está empeñada se requiere el consentimiento del primer acreedor, parece razonable entender que concurren a prorrata, pues de no ser así no se ve para qué tendría que autorizar el primer acreedor, cuando en definitiva no sería afectado<sup>604</sup>. Otros, en cambio, piensan que deberían preferir en el orden de sus inscripciones, que es el sistema empleado en el Código Civil para los acreedores hipotecarios y por la ley de prenda industrial.<sup>605</sup>

En la prenda sin desplazamiento –ley N° 18.112– en principio no debiera haber problema pues el deudor no puede gravar ni enajenar lo dado en prenda, sin previo consentimiento por escrito del acreedor (art. 18). Luego, si el acreedor otorga su consentimiento y en esa virtud se constituye una segunda prenda, estimo que ambos acreedores prendarios concurren a prorrata. Las razones son las mismas dadas para el caso de la prenda agraria. En este sentido Bahamóndez.<sup>606</sup>

También estas nuevas prendas sin desplazamiento han creado algunos problemas en el caso de que el deudor tenga las especies dadas en prenda en un predio arrendado. La duda es saber quién prefiere, si el arrendador, en virtud del derecho de retención que le confiere el artículo 1942 del Código Civil, o el acreedor prendario.

<sup>604</sup> En este sentido Galvarino PALACIOS: ob. cit., N° 61, pág. 62; Felipe BAHAMÓNDEZ: ob. cit., pág. 101; Antonio ZULOAGA VILLALÓN: *Derecho Industrial y Agrícola*, Editorial Nascimento, N° 215, págs. 183-184.

<sup>605</sup> En este sentido, Arturo ALESSANDRI: ob. cit., N° 51, pág. 43.

<sup>606</sup> Ob. cit., pág. 105.

En el caso de la prenda industrial el conflicto lo resuelve el artículo 45 de la ley de prenda industrial, en relación con el artículo 26 de la misma ley. Prefiere el acreedor prendario, a menos que al momento de perfeccionarse la prenda el arrendamiento constare por escritura pública inscrita antes de la prenda.

En la prenda agraria el problema lo soluciona el artículo 23 de la ley respectiva: “El acreedor prendario podrá ejercitar, en todo caso, sus derechos con preferencia al de retención, que pudiera hacer al arrendador; pero éste conservará sus derechos sobre los bienes que resten, una vez hecho entero pago al acreedor prendario”. “Esta preferencia no regirá respecto de los bienes depositados en predios urbanos”.

**673.- Tercera clase de créditos: créditos hipotecarios (art. 2477).** El artículo 2477 señala que “la tercera clase de créditos comprende los hipotecarios” (inc. 1°). Y el artículo 2480 agrega a esta clase los censos debidamente inscritos, los que según esta misma norma serán considerados como hipotecas y concurrirán indistintamente entre sí y con las hipotecas según las fechas de las respectivas inscripciones.

También quedan comprendidos en esta clase los bienes inmuebles, respecto de los cuales se ha declarado judicialmente el derecho legal de retención, siempre que este decreto se encontrare inscrito; y el crédito del aviador en el contrato de avío minero, reglamentado en los artículos 206 y siguientes del Código de Minería.

Respecto al derecho legal de retención, así lo señala el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil: “Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas”.

En cuanto al avío minero “no existe una norma explícita que aclare de cuál clase es el crédito que tiene el aviador, porque el inciso segundo del artículo 2475 del Código Civil remitió el asunto al de Minería y éste nada señaló sobre el particular. No obstante, el artículo 219 del Código de Minería vigente, unido al inciso segundo del artículo 202 del Código de 1930 (antecedente del inciso segundo del actual art. 230), permite deducir que el crédito del aviador – como el del acreedor hipotecario– es de tercera clase y que, por lo tanto, goza de la correspondiente preferencia en relación con la pertenencia aviada. Por otra parte, si bien normalmente el aviador tiene derecho a pagarse sólo con los productos de las pertenencias y el precio de la subasta de ella no lo es, el aviador puede pagarse en este caso con cargo a dicho precio”.<sup>607</sup>

**674.- Características de los créditos de tercera clase.** Los créditos de tercera clase presentan las siguientes características:

- a) Constituyen créditos preferentes, pero no privilegiados (artículos 2470 y 2471);
- b) Otorgan una preferencia especial, que sólo puede hacerse valer sobre la finca hipotecada. Si el valor de ésta no es suficiente para pagar la totalidad del crédito, la parte no cubierta no goza de preferencia, pasando “por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirá a prorrata” (artículo 2490);
- c) Los créditos hipotecarios (lo mismo en el caso de los censos o avíos inscritos) se pagan con el producto de la finca hipotecada, con preferencia a todos los demás créditos que se hagan efectivos contra el deudor. Sin embargo, si hay acreedores de primera clase y los demás bienes del deudor

<sup>607</sup> Juan Luis OSSA BULNES, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 281.

no son suficientes para cubrir sus créditos, el déficit se hace efectivo en las fincas hipotecadas “dividiéndose entre ellas a prorrata del valor de éstas y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el orden y forma que se expresa en el artículo 2472”<sup>608</sup>. Así lo dispone el artículo 2478.

Puede darse el caso que existan bienes hipotecados y bienes dados en prenda. Cabe preguntarse ¿qué ocurre si los bienes del deudor no son suficientes para pagar a los acreedores de la primera clase de créditos? ¿el déficit debe hacerse efectivo únicamente sobre los bienes hipotecados, tal como lo dice el artículo 2478? ¿o deben hacerse efectivos sobre los bienes dados en prenda, como lo señala el artículo 2476?

El problema no está resuelto en la ley. Alessandri es de opinión que en la situación propuesta deben concurrir por el déficit primeramente los bienes dados en hipoteca y después los pignorados. Por algo la ley estimó que unos son créditos de segunda clase y los otros de tercera. Una opinión distinta tiene Abeliuk, quien estima que el déficit debe prorratearse entre los acreedores de segunda y tercera clase.<sup>609</sup>

- d) Los créditos hipotecarios (y lo mismo en el caso de los censos inscritos) prefieren en el orden de sus fechas y en el caso de ser de una misma fecha, prefieren en el orden de su inscripción. Así está dicho en el artículo 2477, que señala en el inciso 2° que a los acreedores hipotecarios se les pagará en el orden de las fechas de sus hipotecas, agregando en el inciso 3° que “las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras en el orden de su inscripción”. El artículo 2477 inciso final agrega que “En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él”.

<sup>608</sup> Arturo ALESSANDRI: *La Prelación de Créditos*. N° 56, pág. 47.

<sup>609</sup> Ob. cit., N° 1015, págs. 835-836.

- e) En conformidad al artículo 2477 inciso 2º, “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”.

El artículo 2479 agrega que “los acreedores hipotecarios no estarán obligados a aguardar las resultas del concurso general para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas: bastará que consignen o afiancen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de primera clase en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones”.

De manera que la hipoteca constituye no sólo una garantía eficaz en cuanto permite hacer efectivo el crédito sobre la finca sin importar quién la esté poseyendo, sino que, además, presenta la utilidad de que los acreedores hipotecarios pueden pagarse de inmediato sin tener que esperar el resultado de la quiebra, reservándose únicamente lo necesario para asegurar el pago a los acreedores de primera clase.

La Ley de Quiebras no ha modificado estas disposiciones, pues en su artículo 150 dispone que “los acreedores de la tercera clase se pagarán en la forma que determinan los artículos 2477, 2478, 2479 y 2480 del Código Civil” (inc. 1º) agregando que “los concursos especiales de hipotecarios que se formen sin declaración de quiebra se regirán por las disposiciones del Código Civil y del de Procedimiento Civil” (inc. 2º).

De acuerdo a lo que se viene diciendo, la preferencia hipotecaria puede ser alegada de diversas formas:

- a) mediante la correspondiente tercería de prelación, en un juicio ejecutivo, iniciado por un tercero que embargue el bien hipotecado;

- b) cuando el juicio ejecutivo es iniciado por otro acreedor hipotecario de grado posterior, se puede hacer efectiva la preferencia en el mismo juicio en que se pide la subasta, mediante la correspondiente tercería de prelación. En ese sentido Rafael Mery B. y Abeliuk.<sup>610</sup>
- c) puede ser alegada en el concurso particular de acreedores hipotecarios a que se refiere el artículo 2477, independientemente de si el deudor esté o no declarado en quiebra. Se ha fallado que si existe un concurso particular de acreedores, la adjudicación hecha a un acreedor hipotecario en juicio seguido separadamente del concurso es nula<sup>611</sup>. Esta decisión se ajusta a lo establecido en el artículo 71 inciso 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 perseguirla separadamente”;
- d) si el deudor está en quiebra, los acreedores hipotecarios deben verificar sus créditos en la quiebra, de acuerdo a las reglas generales, pues la ley no contempla ninguna excepción (arts. 131, 132 y 150 de la Ley de Quiebras). Esta interpretación no es contraria a lo que establece el artículo 71 de la Ley de Quiebras, que permite a los acreedores hipotecarios y prendarios iniciar o llevar adelante sus acciones en los bienes afectos a la seguridad de sus respectivos créditos (art. 71 inciso 1º de la Ley de Quiebras). En ese sentido Abeliuk, quien afirma que “estamos por la opinión de quienes consideran que siempre el acreedor hipotecario

<sup>610</sup> Rafael MERY BERISSO: *Derecho Hipotecario*, Editorial Jurídica, Santiago, 1958, págs. 390-391. Otros autores estiman que no se requiere de tercería. Abeliuk: ob. cit., T. II, N° 1019, pág. 837.

<sup>611</sup> Gaceta de los Tribunales, 1922, 1º semestre, pág. 392.

debe verificar, únicamente que su verificación es diferente a la de los demás acreedores, pues no va a concurrir a la liquidación general de bienes, sino en cuanto cobre el mencionado déficit. Pero su crédito y preferencia pueden ser impugnados; en ese sentido se ha orientado la última jurisprudencia<sup>612</sup>. Somarriva, en cambio, afirma que no tienen necesidad de verificar a menos que estén cobrando un déficit no cubierto con la finca hipotecada”.<sup>613</sup>

#### **675.- Bienes sobre los cuales recae la preferencia hipotecaria.**

Por tratarse de una preferencia especial, se hace efectiva sobre el precio que resulte de la subasta de la finca (o sobre la indemnización, en el caso del seguro, si se produjo el siniestro, o en el caso de la expropiación). También por aplicación de lo que disponen los artículos 2420 a 2422, sobre los inmuebles por destinación o adherencia, frutos, aumentos y mejoras que haya tenido la cosa hipotecada.

Por el hecho de afectar la hipoteca no sólo la finca sino también los bienes que por accesión se reputan inmuebles según el artículo 570 –artículo 2420– pueden generarse conflictos cuando sobre algunos de esos bienes se ha constituido también una prenda especial, sin desplazamiento. En algunos casos, la ley resuelve el conflicto. Así ocurre con la prenda agraria, en que por disposición del artículo 4º de la ley Nº 4.097 “el crédito prendario gozará de preferencia en estos bienes, sobre el acreedor hipotecario”. En otros, la ley nada ha dicho, como ocurre, por ej. con la Ley sobre Prenda Industrial Nº 5.687. En este caso se plantea el problema de saber cuál crédito prefiere ¿el prendario? ¿o el hipotecario? Para Somarriva prefiere el crédito prendario, conclusión a la que llega

<sup>612</sup> Ob. cit., Nº 1021 pág. 839.

<sup>613</sup> Ob. cit., Nº 458, págs. 468-469.

aplicando por analogía lo dicho para la prenda agraria<sup>614</sup>. Para otros<sup>615</sup> deben concurrir ambos a prorrata, por ser ésa la regla general contenida en el artículo 2469. Bahamóndez, al parecer, opta por la primera posición señalando que “no debemos perder de vista que la prenda es un crédito de segunda clase, mientras que la hipoteca es un crédito de tercera clase”.<sup>616</sup>

En el caso de la prenda de la ley Nº 4.702, de cosas muebles que se vendan a plazo, no hay problemas pues la cosa comprada (sobre la que recae la prenda) no le afectará ninguna hipoteca o gravamen sobre el inmueble, sin previo consentimiento del acreedor prendario (art. 8º). De esta norma se colige que si el acreedor prendario autoriza, ambos –acreedor prendario e hipotecario– concurren a prorrata. Una situación semejante se da en la prenda sin desplazamiento –ley Nº 18.112– por cuanto, para enajenar o gravar las cosas dadas en prenda se requiere el consentimiento por escrito del acreedor.

En el caso de la hipoteca sobre una concesión minera, los bienes que quedan afectos a la hipoteca no pueden ser dados en prenda sin el consentimiento del acreedor hipotecario. Así quedó constancia al discutirse el Código de Minería en las Comisiones Legislativas<sup>617</sup>. Luego, si hay consentimiento, creemos que el acreedor prendario e hipotecario deben concurrir a prorrata.

**676.- Situación especial de la Hipoteca sobre Aeronaves.** El Código Aeronáutico, en sus artículos 114 y siguientes, regula la hipoteca y privilegios sobre aeronaves, estableciendo todo un sistema especial de prelación de créditos. Se ha dicho que constitu-

<sup>614</sup> Ob. cit., pág. 239.

<sup>615</sup> GÓMEZ REYES, citado por Luis Felipe BAHAMÓNDEZ.

<sup>616</sup> Ob. cit., pág. 116.

<sup>617</sup> Juan Luis OSSA BULNES: ob. cit., pág. 385.

yen una superpreferencia por cuanto confiere preferencia sobre toda clase de créditos, salvo tres excepciones:

- a) costas judiciales de la acción en que se enajena forzosamente la aeronave;
- b) gastos por el salvamento de la aeronave, y
- c) gastos extraordinarios para la conservación de la misma.<sup>618</sup>

**677.- Cuarta Clase de Créditos.** El artículo 2481 señala que "la cuarta clase de créditos comprende:

- 1° Los del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales;
- 2° Los de los establecimientos nacionales de caridad o educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas contra los recaudadores y administradores de sus fondos;
- 3° Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales;
- 4° Los de los hijos sujetos a patria potestad, por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos;
- 5° Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores;
- 6° Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del artículo 511". (Este numeral 6° quedó tácitamente derogado con la entrada en vigencia de la ley N° 5.521).

<sup>618</sup> Luis Felipe BAHAMÓNDEZ PRIETO: ob. cit., pág. 126.

**678.- Características de los créditos de cuarta clase.** Se pueden señalar como características de los créditos de esta cuarta clase, las siguientes:

- a) Constituyen un privilegio de carácter general, es decir, se pueden hacer efectivos sobre todo el patrimonio del deudor (excluidos los inembargables y los de segunda y tercera clase, por ser especiales) (art. 2486);
- b) Prefieren entre sí según las fechas de sus respectivas causas. Así lo establece el artículo 2482. Nótese la diferencia entre estos créditos y los de primera clase que prefieren por el orden en que están tratados en el artículo 2472 y los de tercera clase, que prefieren por las fechas de las hipotecas (art. 2477).

Consignemos de inmediato que hay un caso especial que estudiaremos al final —crédito por expensas comunes de un piso o departamento acogido a la ley de pisos— en que no opera para determinar el orden de concurrencia, la fecha de la causa. En conformidad al artículo 2482, las fechas de las causas son respecto de cada uno de estos créditos, las siguientes:

- a) en los casos 1 y 2 del artículo 2482, la de los respectivos nombramientos;
  - b) en los casos 3 y 6, la del matrimonio;
  - c) en el 4, la fecha de nacimiento del hijo; y en el caso del N° 5, la fecha del discernimiento de la tutela o curatela.
- c) No dan derecho de persecución contra de terceros (artículo 2486 segunda parte). Hace excepción a esta regla el crédito por los gastos comunes de la unidad de un condominio, que da derecho de persecución en contra de los que adquieran el piso o departamento. Así está establecido en el artículo 4°

inciso 4° de la Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria (Diario Oficial del 16 de diciembre de 1997).

- d) Sólo se hacen efectivos después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquier fecha que sean (artículo 2486);
- e) En general, están destinados a proteger a una persona cuyos bienes son administrados por otro.

**679.- Distinción entre los diferentes créditos de cuarta clase.** Se puede distinguir, dentro de la enumeración del artículo 2481, dos clases de créditos: a) los de ciertas personas en contra de quienes administran sus bienes (números 1, 2 y 3); y b) los de los incapaces en contra de sus representantes legales (N°s. 4 y 5).

**680.- Estudio particularizado de los créditos de cuarta clase.** En los números siguientes se irá haciendo un estudio especial, respecto de cada uno de los numerandos del artículo 2481.

**681.- Créditos del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales (art. 2481 N° 1).** Como afirma Alessandri, cualquiera que sea el motivo por el que una persona recaude o administre bienes fiscales, opera este privilegio sin que importe la denominación del cargo (ob. cit. N° 60, pág. 50). Si el crédito del Fisco deriva de otras causas, distinta a la recaudación o administración, no queda comprendido dentro de este numerando.

**682.- Crédito de los establecimientos públicos en contra de sus administradores y de los recaudadores de sus fondos (art. 2481 N° 2).** Este crédito lo tienen exclusivamente las personas jurídicas de Derecho Público, distintas del Fisco, cualquiera sea su denominación: Municipalidades, Establecimientos Públicos, Servicios Semifiscales, Iglesias y Comunidades Religiosas. Respecto de

estas últimas, Luis Felipe Bahamóndez Prieto estima que en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política del Estado la preferencia rige para las Iglesias de cualquier culto.<sup>619</sup>

**683.- Privilegio de la mujer casada, por los bienes de su propiedad que administra el marido (art. 2481 N° 3).** Esta disposición sólo tiene cabida respecto de la mujer que se encuentra casada en régimen de sociedad conyugal, pues sólo en ese caso el marido administra los bienes sociales y los bienes propios de la mujer (artículo 1749 del Código Civil). Ello a pesar que desde que entró en vigencia la ley 18.802 (año 1989), la mujer casada es plenamente capaz.

Respecto a los matrimonios celebrados en el extranjero, el artículo 2484 prescribe que "Los matrimonios celebrados en país extranjero y que según el artículo 119 deban producir efectos civiles en Chile, 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".

Sobre este punto es importante tener presente que con las modificaciones de las leyes N°s. 18.802 y 19.335, la situación de los que se casan en el extranjero es la siguiente: se entenderán separados de bienes, sin perjuicio de que al inscribir su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, pacten Sociedad Conyugal o el régimen Participación en los Gananciales (art. 135 inciso 2° del Código Civil). Si optan por el régimen de sociedad conyugal, el marido administrará los bienes de la mujer y sociales, del mismo modo que si el matrimonio se hubiere celebrado en Chile.

**684.- Personas que pueden alegar la preferencia del artículo 2481 N° 3.** Pueden alegar este privilegio sólo las mujeres casadas

<sup>619</sup> Ob. cit., págs. 132-133.

en régimen de sociedad conyugal; sus herederos, en virtud del artículo 1097, y sus cesionarios.

**685.- Algunos problemas a que da lugar el privilegio en favor de las mujeres casadas.** Se han planteado respecto a esta causal de privilegio varias interrogantes:

- a) qué bienes de la mujer quedan amparados;
- b) oportunidad en que la mujer debe hacer efectiva la preferencia; y
- c) sobre qué bienes se hacen efectivos.

En los números siguientes, iremos resolviendo cada uno de estos problemas.

**686.- Bienes de la mujer amparados por el artículo 2481 N° 3.** El problema lo plantea la disposición que comentamos al decir "por los bienes de su propiedad que administra el marido". ¿Se está refiriendo únicamente a los bienes propios de la mujer o comprende también los bienes que ella aportó con cargo de recompensa, que integran el activo relativo de la sociedad conyugal?

Alessandri sostiene que limitar el privilegio sólo a los bienes propios de la mujer (bienes que el marido debe restituir en especie) importa limitar los efectos de la norma, pues tratándose de bienes propios de la mujer, no necesita la protección. Por ello afirma que también quedan comprendidos en el privilegio los créditos "que la mujer casada tenga contra el marido por los precios, saldos o recompensas de los bienes que ella aportó o adquirió a título gratuito durante el matrimonio".<sup>620</sup>

<sup>620</sup> Ob. cit., N° 66, pág. 57. En el mismo sentido, Luis Felipe BAHAMÓNDEZ: ob. cit., págs. 136 y 137, quien cita también a Hernán LARRAÍN RÍOS: *La Cuarta Clase de Créditos Privilegiados ante nuestra legislación*, año 1940, pág. 92.

**687.- Oportunidad en que la mujer puede hacer efectiva su preferencia.** La respuesta a esta interrogante es simple. Vigente la sociedad conyugal, ningún crédito tiene la mujer contra el marido por la administración que éste realiza. Como los privilegios son inherentes (accesorios) al crédito (art. 2470 inc. 2°), es evidente que la mujer no puede hacer efectivo el privilegio hasta que la sociedad conyugal se disuelva. No se debe pensar por ello que la mujer se perjudica dado que si la administración del marido es fraudulenta o inconveniente o está en notoria insolvencia, la mujer tiene derecho a demandar la separación judicial de bienes, en conformidad al artículo 155 del Código Civil, que produce la disolución de la sociedad conyugal.

**688.- Bienes sobre los que se hace efectiva la preferencia.** La cuestión a resolver es si la mujer puede hacer efectivo el privilegio exclusivamente en bienes del marido o también en los bienes sociales.

El punto ha sido discutido. Según algunos, sólo se puede hacer efectivo el privilegio en los bienes propios del marido, pues el artículo 2481 emplea la expresión "sobre los bienes de éste".

Alessandri no participa de esta opinión, fundado en varias razones:

- a) porque de admitirse esa interpretación "sería hacer responder a la mujer con sus bienes propios más allá de la mitad de gananciales por las deudas sociales cuando el marido no tuviere bienes o sus bienes y los sociales fueren insuficientes para cubrir la totalidad de los créditos". Y más adelante agrega que "la única manera de proteger los intereses de la mujer y de conciliar las reglas que rigen la responsabilidad de ella por las deudas del marido, es admitir que la mujer goza de preferencia no solamente en los bienes que forman

el patrimonio propio del marido, sino en los bienes que constituyen el patrimonio de la sociedad conyugal”<sup>621</sup>. Agrega una razón de historia fidedigna: en el Proyecto de Código Civil se decía que esta preferencia se ejerce sobre los bienes del marido y los bienes sociales, pero esta última frase fue suprimida, con razón, a su juicio, porque “si hay discusión entre los diversos acreedores del marido y es menester aplicar las reglas de la prelación de créditos, quiere decir que los bienes del marido son insuficientes para pagarlos a todos, y ¿cuándo hay gananciales? Cuando los cónyuges han retirado sus aportes y los acreedores de la sociedad conyugal han sido pagados. Y si hay conflicto entre los acreedores que pretenden pagarse, no parece propio hablar de bienes sociales”<sup>622</sup>.

- b) porque el artículo 2481 forma parte del Título “De la prelación de créditos” que “tiene por objeto reglar los derechos de la mujer en concurrencia con otros acreedores. Si respecto de éstos la sociedad conyugal no existe y sólo hay marido y mujer, era lógico que se refiriera a los de aquél únicamente”<sup>623</sup>.

La Jurisprudencia se ha inclinado por la tesis de Alessandri.<sup>624</sup>

**689.- Alegación y prueba en el caso del privilegio invocado por la mujer casada.** La mujer debe alegar el privilegio y, además, en conformidad al artículo 2483, debe probar la existencia de los

<sup>621</sup> Ob. cit., N° 68, págs. 59 a 61.

<sup>622</sup> Ob., cit, N° 68, págs. 62 y 63.

<sup>623</sup> Ob. cit., N° 68, pág. 62.

<sup>624</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 33, sec. 1ª, pág. 53; T. 27 sec. 2ª, pág. 41. En el mismo sentido de ALESSANDRI, Luis Felipe BAHAMÓNDEZ: ob. cit., pág. 137.

bienes administrados por el marido, mediante inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad. En el caso que lo demandado fueren indemnizaciones por una administración culpable o dolosa, los cargos podrán probarse de cualquier modo fehaciente (art. 2385 inciso 2º).

Además, debe tenerse presente que en conformidad al artículo 2485 “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”. Ello con el objeto de evitar una posible colusión entre marido y mujer, en perjuicio de los acreedores.

**690.- Crédito privilegiado del hijo por los bienes administrados por su padre o madre (2481 N° 4).** En conformidad a esta disposición los hijos tienen un crédito privilegiado de cuarta clase, respecto de los bienes que administra su padre o madre, privilegio que se hace efectivo sobre los bienes de éstos.

Cabe precisar que este privilegio corresponde al hijo no emancipado, que se encuentra sometido a la patria potestad de su padre, de su madre o de ambos (art. 244 del Código Civil).

El padre o la madre, en su caso, administran y usufructúan de la generalidad de los bienes del hijo, salvo aquellos que éste adquiere con su trabajo, que constituyen su peculio profesional o industrial, bienes estos últimos que el hijo administra personalmente (artículo 250 N° 1); o aquellos bienes que el hijo recibe a título de donación, herencia o legado, a condición de que no tenga el goce o la administración quien ejerce la patria potestad; o en que se ha dispuesto que tenga el goce de estos bienes el hijo (250 N° 2) o cuando corresponden a herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad (250 N° 3).

Este privilegio tiene por objeto que el hijo pueda cobrar preferentemente a su padre o madre, lo que éste o ésta le adeude cuando termine su administración, sea a título de restituciones, indemnizaciones, intereses, etc.

Lo mismo que para el caso anterior, para que el hijo pueda gozar de este privilegio tiene que alegarlo y además debe probar, en la forma señalada en el artículo 2483, cuáles son los bienes que ha administrado su padre. No rigen estas exigencias para justificar las indemnizaciones que deba el padre al hijo por su administración descuidada o dolosa. (2483 inc. 2°). También en este caso debe tenerse presente la norma del artículo 2485.

El privilegio lo hace efectivo el hijo en los bienes de su padre (o de su madre si es ella la que administra) (art. 2481 N° 4, parte final).

**691.- Privilegio de los pupilos sobre los bienes de sus guardadores (art. 2481 N° 5).** Esta disposición otorga un privilegio de cuarta clase a las personas que se encuentran bajo tutela o curatela, contra sus respectivos tutores o curadores.

En conformidad al artículo 391 del Código Civil “el tutor o curador administra los bienes del pupilo, y es obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive”.

Por su parte el artículo 415 le obliga a llevar una cuenta fiel, exacta y, en lo posible, documentada, con el objeto de que terminada su gestión pueda restituir los bienes a quien corresponda y pague los saldos que resulten en su contra. El privilegio que estamos estudiando tiene por objeto defender al pupilo de una administración fraudulenta de su guardador.

La doctrina entiende que este privilegio sólo cabe respecto de los tutores o curadores que ejercen la guarda sobre la persona del

pupilo, siendo por ello improcedente en las curadurías de bienes. Tampoco cabe en las curadurías especiales.<sup>625</sup>

Lo mismo que los casos anteriores, el privilegio debe ser alegado y debe probarse, en la forma que indica el artículo 2483, la existencia de los bienes administrados por el tutor o curador. Rige también en este caso la limitación probatoria del artículo 2485.

**692.- El privilegio contemplado en el artículo 2481 N° 6 se encuentra tácitamente derogado.** Esta norma establece que goza de privilegio “todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del artículo 511”. Tenía sentido la disposición cuando el artículo 511 del Código Civil era el siguiente: “Si la ascendiente legítima o madre natural, tutora o curadora, quisiera casarse, lo denunciará previamente al magistrado, para que se nombre la persona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración extendiéndose la responsabilidad del marido aun a los actos de la tutora o curadora anteriores al matrimonio”. Sin embargo, la ley N° 5521 de 19 de diciembre de 1934, cambió su texto, eliminando la responsabilidad solidaria de los que casaren con la madre, abuela, tutora o curadora del pupilo.

En la forma explicada, debe entenderse tácitamente derogado el numeral 6° del artículo 2481.

**693.- Privilegio por expensas comunes de una Unidad que forme parte de un Condominio.** Al respecto el artículo 4° inciso 4° de la Ley N° 1.953, sobre Copropiedad Inmobiliaria, publicada en el Diario Oficial del 16 de diciembre de 1997, establece lo siguiente: “La obligación del propietario de una unidad por los

<sup>625</sup> Luis Felipe BAHAMÓNDEZ: ob. cit., pág. 146. En igual sentido, Gaceta de los Tribunales, año 1883, N° 1024, pág. 524.

gastos comunes seguirá siempre al dominio de su unidad, aun respecto de los devengados antes de su adquisición, y el crédito correspondiente gozará de un privilegio de cuarta clase, que preferirá, cualquiera que sea su fecha, a los enumerados en el artículo 2481 del Código Civil, sin perjuicio del derecho del propietario para exigir el pago a su antecesor en el dominio y de la acción de saneamiento por evicción, en su caso”.

Este privilegio presenta algunas características especiales que constituyen excepciones a las reglas generales aplicables a los créditos de cuarta clase:

- a) Hace excepción a la norma del artículo 2482, según la cual los créditos de cuarta clase prefieren según las fechas de sus causas. En este caso, el privilegio prefiere, cualquiera sea su fecha, a los enumerados en el artículo 2481;
- b) El privilegio en estudio constituye una excepción a la regla, contenida en el artículo 2486, de que las preferencias de la cuarta clase afectan a todos los bienes del deudor por cuanto sólo se hace efectivo sobre la Unidad del propietario moroso en el pago de las expensas comunes;
- c) El privilegio alcanza a quien adquiere la unidad aun respecto de las expensas generadas antes de su adquisición. Constituye por ello una excepción a la regla del 2486 de que los créditos de cuarta clase no dan derecho contra terceros poseedores.

Cabe agregar que este privilegio es equivalente al que establecía la Ley N° 6.071 sobre Propiedad Horizontal, artículo 48, hoy derogada por el artículo 48 de la ley N° 19.537, publicada en el Diario Oficial del 16 de diciembre de 1997.

**694.- Créditos de quinta clase, acreedores valistas o quirografarios.** En conformidad al artículo 2489 la quinta y última clase

comprende los créditos que no gozan de preferencia. De acuerdo al inciso 2° de esta disposición “los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha”.

Debe recordarse que los créditos preferentes que no se cubren en su totalidad por los medios contemplados en la ley para la respectiva preferencia “pasarán por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirán a prorrata”. Así está dicho en el artículo 2490.