

PREFERENCIA DE LAS GARANTÍAS REALES FRENTE A CRÉDITOS DE PRIMERA CLASE

COMENTARIOS CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, ROL 834-2008, DE 7 DE ENERO DE 2009

GONZALO FRANCISCO SEVERIN FUSTER*

El caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Valdivia vuelve, una vez más, sobre el que sea quizás uno de los temas en los que más claramente se ejemplifica la falta de uniformidad en los criterios de nuestros Tribunales. Se trata de determinar si, en el contexto de una ejecución, el tercerista de primera clase debe o no acreditar la insuficiencia de otros bienes sobre los cuales pagarse para poder dirigirse contra bienes dados en prenda o hipoteca. El fallo, por tanto, no presenta en sí mismo ninguna novedad, pero nos da la oportunidad de revisar esta discusión y la tendencia jurisprudencial sobre el punto, que podría, tal vez, marcar un destino similar para pretensiones similares. A continuación, comenzamos por la transcripción del fallo.

Valdivia, siete de enero de dos mil nueve.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, parte expositiva, considerandos y citas legales, con excepción de los considerandos noveno y décimo, los cuales se eliminan.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

Que, el Fisco de Chile ha deducido una tercería de prelación para pagarse con preferencia sobre el bien embargado, el automóvil marca Toyota modelo Corolla placa patente única NT-6013, respecto del cual el ejecutante tiene constituida una prenda sin desplazamiento.

* Profesor de Derecho Civil, Universidad de Viña del Mar y Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Que el artículo 12 de la Ley 18.112 sobre Prenda sin Desplazamiento prescribe que “El acreedor prendario tendrá derecho para pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluido los gastos y costas, si los hubiere”.

Se trata de una de las preferencias denominadas especiales, que el artículo 2474 N° 3 del Código Civil clasifica como preferencia de segunda clase.

Que, el Fisco de Chile sostiene tener mejor derecho para pagarse con el producto del bien embargado, por tener contra el ejecutado un crédito emanado de un impuesto de retención y recargo, los que conforme lo dispuesto por el artículo 2472 N° 9 del Código Civil, son créditos de primera clase.

Que el artículo 2476 del Código Civil contiene una regla que la resuelve en forma expresa la situación de autos, señalando: “Afectando a una misma especie créditos de la primera clase y créditos de la segunda, excluirán estos a aquellos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán estos la preferencia en cuanto al déficit y concurrirán en dicha especie en el orden y forma que se expresa en el inciso 1° del artículo 2474”.

En otros términos, el o los acreedores de primera clase deberán primero dirigirse sobre los demás bienes del deudor que no estén afectados por una preferencia de segunda clase y si aquellos no fueren suficientes para cubrir su importe, entonces se dirigirán sobre estos prefiriendo en tal caso a los acreedores de segunda clase; pero corresponderá al acreedor de primera clase probar que los demás bienes del deudor insolvente no son bastantes para cubrir sus acreencias, lo que les obliga a dirigirse sobre los bienes afectados a un crédito de segunda clase.

Que en el caso *sub lite* el Fisco de Chile no rindió ninguna probanza destinada a acreditar que el ejecutado careciera de bienes para solventar su acreencia o que estos fueran insuficientes, por lo que correspondiéndole la carga de la prueba y no habiendo justificado sus pretensiones, no cabe sino rechazar la tercería interpuesta.

Por esas consideraciones y teniendo presente lo prevenido en los artículos 2472 N° 9, 2474 N° 3, 2476, 2491 del Código Civil, 12 de la Ley 18.112 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se REVOCA la sentencia apelada de diecinueve de noviembre de dos mil ocho, escrita de fojas 39 a 41, y en su lugar se declara que se rechaza la tercería de prelación deducida por el Fisco de Chile.

Redacción del Ministro don Rodolfo Patricio Abrego Diamantti.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 834-2008.

En este caso, los hechos (que, frente al planteamiento de la cuestión, no revisten ninguna novedad) son los siguientes: 1.) El ejecutante tiene constituida una prenda sin desplazamiento sobre un automóvil; 2.) El ejecutante demanda al deudor en juicio ejecutivo, y solicita el embargo y realización de la prenda; 3.) El Fisco de Chile interpone tercería de prelación respecto del bien prendado, arguyendo mejor derecho para pagarse con el producto del bien embargado.

Así las cosas, la sentencia que resuelve la tercería en primera instancia, da la razón al Fisco de Chile. Pero, apelada dicha resolución, la Corte la revoca, rechazando la pretensión del Fisco. En el motivo de esta revocación se encuentra el punto central de la discusión sobre esta materia, y que arranca de la interpretación del texto legal, y que se traduce en determinar sobre quién recae la carga de la prueba: si sobre el tercerista de primera clase o sobre el ejecutante.

Algunas consideraciones previas deben ser hechas, respecto de este caso:

- a. Desde luego, no hay duda que la prenda sin desplazamiento, a pesar de no estar expresamente incluida dentro de la enumeración del Art. 2474, es un crédito de segunda clase. A esta conclusión se llega fácilmente, primero, porque el Art. 2474 N° 3 señala que goza de ella “el acreedor prendario sobre la prenda”, sin distinguir si es o no con desplazamiento; y además, porque está expresamente dicho en el Art. 12 de la ley 18.112: “El acreedor prendario tendrá derecho para pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluidos los gastos y costas, si los hubiere”¹.
- b. Tampoco hay duda que el crédito del Fisco sea un crédito privilegiado. Cabe recordar que los únicos créditos de los que el Fisco es titular respecto de los cuales se otorga privilegio en el Código Civil, son los créditos por los impuestos de retención o recargo. Si bien del fallo no hay datos que nos permitan establecer si era o no efectivo que se trataba de esa clase de créditos, habrá de suponerse, porque se señala que tal es la pretensión del Fisco, y no es un asunto discutido en el fallo si, en atención a la naturaleza de los créditos alegados por este, quedan o no comprendidos en el Art. 2472 N° 9².

¹ En relación con la regulación contenida en la ley 20.190, sobre la prenda sin desplazamiento, se trata al final de estos comentarios.

² Desde luego, el Fisco tiene causa de privilegio respecto de otros créditos no enumerados en el Código Civil, como ocurre por ejemplo, respecto de los que provienen de deudas por concepto de impuestos de tributación aduanera, según el Art. 25 de la Ley N° 18.634. “Los bienes que se internen al país acogidos al sistema de pago diferido y los que se adquieran en el país acogiendo al beneficio de crédito fiscal, garantizarán al Fisco preferentemente a todo otro crédito, el pago íntegro y oportuno total de la deuda. El Servicio de Tesorerías podrá perseguirlo en poder de quien quiera se encontraren para subastarlos y hacerse pago con el producto del remate”.

- c. En el juicio en que se ejecuta la prenda sin desplazamiento constituida sobre el vehículo, cabe la posibilidad de presentar tercerías de prelación, porque la regulación en el Código Civil de la preferencia otorgada no excluye esta posibilidad, sino de hecho, la contempla y regula, y además, porque no hay norma especial en contrario³.

Partiendo de estos elementos, revisemos tres aspectos que vale la pena considerar, comunes a los casos en que hay créditos preferentes en razón de estar garantizados con prenda o hipoteca: primero, la regulación legal y el porqué se presenta este problema; segundo, cómo es que se ha resuelto por nuestros tribunales y los argumentos en que se apoyan las diversas posturas; para concluir con una breve mirada desde la nueva ley 20.190 de prenda sin desplazamiento.

1. Como hemos dicho, el punto central de este debate consiste en determinar si un acreedor de primera clase puede pretender pagarse preferentemente respecto de una cosa sobre la que se ha constituido una garantía real a favor de un determinado acreedor (que será de segunda o de tercera clase según se trate de una prenda o de una hipoteca). Esta primera pregunta tiene una respuesta clara en la ley, que otorga una solución que es consecuente con el sistema de preferencias establecido en el Código, que genera una prelación entre ellas. En efecto, los créditos privilegiados de primera clase son preferentes respecto de cualesquiera otros, incluidos los de segunda y tercera clase, pero (y aquí está realmente el problema) solo en caso que no existan otros bienes distintos con los cuales poder pagarse. La cuestión, como veremos, está en determinar sobre quién pesa la carga de la prueba de la existencia o no de otros bienes distintos de los hipotecados o prendados.

Cabe tener presente que el Código Civil regula en forma separada la regla de concurrencia de los créditos de primera clase con los de segunda y con los de tercera, como pasamos a revisar.

Respecto de los créditos de segunda clase, el Art. 2476 del Código Civil, consagra la regla, y señala *“Afectando a una misma especie créditos de la primera clase y créditos de la segunda, excluirán estos a aquellos; pero si fueren*

³ Menciono esto porque la cuestión es, al menos, discutible tratándose de juicios en los que la garantía prendaria que se busca ejecutar se regule por la ley de prenda industrial (Ley 5.687), que contempla un procedimiento ejecutivo especial, a partir de lo dispuesto en el Art. 25, que señala “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”; y particularmente, de lo dispuesto en el Art. 43: “No se admitirán tercerías de ninguna clase en los juicios ejecutivos que tengan por objeto la enajenación de los bienes afectos al contrato de prenda industrial.” No obstante, sobre este particular se ha resuelto que la tercería de prelación interpuesta por un acreedor privilegiado de primera clase, procede (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6411-2000, 15 de septiembre de 2005).

insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán estos la preferencia en cuanto al déficit y concurrirán en dicha especie en el orden y forma que se expresa en el inciso 1º del artículo 2474”.

Hay que tener presente que, cuando este artículo se pone en el supuesto de que “afecten a una misma especie” créditos de la primera y créditos de la segunda, no cabe sino concluir que se trata de un mismo bien respecto del cual se ha trabado embargo por ambos acreedores, o bien, que uno ha interpuesto la respectiva tercería en la ejecución iniciada por el otro. La primera clase de créditos privilegiados es una causa de preferencia que tiene la característica de ser general, es decir, no se tiene respecto de determinados bienes, sino respecto de todo el patrimonio, a diferencia de las causas de preferencias constituidas por la segunda (y también la tercera clase), que son específicas, en cuanto la preferencia solo está dada respecto del bien que el acreedor tiene en garantía. Bien, como se observa, la regla expone en qué consiste la garantía del acreedor prendario: no solo tiene una causa de preferencia que lo pone en mejor posición, respecto del valor que pueda obtenerse del bien prendado, en relación con los otros acreedores cuyas causas de preferencia se ubican más abajo en la prelación, sino que ese derecho preferente se extiende incluso respecto de los acreedores de primera, quienes no pueden dirigirse contra estos bienes sino en cuanto no existan otros que sean suficientes para cubrir sus créditos.

Tratándose de los créditos de tercera clase (señalados en el Art. 2477) la cuestión de la concurrencia de pretensiones en relación a la preferencia para el pago con la cosa hipotecada, entre el acreedor hipotecario y un acreedor de primera clase, está contemplada en el Art. 2478, que en su inciso primero señala: “*Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse es su totalidad con los otros bienes del deudor*”. Como se ve, la preferencia otorgada a los créditos hipotecarios, que es también especial –en cuanto es relativa solo al bien hipotecado– es también, y por lo mismo, preferente no solo respecto de otros acreedores de grado inferior, sino también respecto de aquellos que pertenecen a primera clase, porque estos solo podrán dirigirse contra dichos bienes en cuanto no puedan cubrirse en su totalidad con los demás bienes del deudor.

Así, a partir de la misma regulación en el Código Civil, podemos concluir que los créditos de segunda y tercera clase son tratados en forma similar, pues al estar dados respecto de bienes específicamente gravados en garantía de los créditos, la preferencia es, en principio, respecto de cualquier otro acreedor, incluso los de mejor grado, pero, siempre que estos puedan pagarse con otros bienes.

Sin embargo, de la lectura de estas normas que hemos citado no queda claro a quién corresponde la prueba de la existencia de otros bienes distintos con los cuales pagarse, y es precisamente aquí el problema: a quién

corresponde el *onus probandi*, si al tercerista o al acreedor de segunda o tercera clase. Interesa saber, entonces, cómo se ha resuelto por nuestros tribunales.

2. En cuanto a la tendencia de la Corte Suprema sobre el punto, y en contra de lo sostenido en este fallo que comentamos, en muchas ocasiones se ha liberado al tercerista que invoca el privilegio de primera clase de la prueba de la inexistencia de otros bienes en los que pagarse, poniendo, en cambio, de cargo del ejecutante (acreedor prendario o hipotecario) la de acreditar la existencia de otros bienes distintos.

Un fallo ilustra bien cuál es el criterio y los argumentos utilizados (Corte Suprema, Recurso de Casación, Rol N° 2019-2007, de 3 de junio de 2008). Se trata de un juicio en que se interpuso una tercería de prelación invocando créditos privilegiados de primera clase derivados de relaciones laborales, siendo el ejecutante acreedor hipotecario. En primera y segunda instancia se dio la razón a la parte ejecutante, desestimando la tercería, por no haber rendido prueba el tercerista, pero la Corte Suprema sostuvo que había infracción a lo dispuesto en los Arts. 2472 N° 8, 2478 y 1698 del Código Civil. Los argumentos en que basa ello (y que, como hemos dicho, ilustran en general la cuestión) son los siguientes:

- Siendo necesario interpretar el verdadero sentido del Art. 2478, “*es del todo pertinente atenerse a la regla primera de hermenéutica legal que consigna el inciso primero del artículo 19 del Código Civil y que indica al intérprete tener presente que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, ya que ella conduce a precisar la voluntad del legislador en la materia*”. (Considerando sexto). Para ello, cita a Alessandri (*La Prolación de Créditos*) y Roberto de Ruggiero (*Instituciones de Derecho Civil*), quienes, en términos generales, sostendrían que la primera clase de preferencia afecta a todos los bienes del deudor, sin distinción, incluso los afectos al privilegio de segunda clase y las fincas hipotecadas o acensuadas.
- De lo anterior se desprende que, siendo los créditos de primera clase preferentes respecto de cualquier otra clase, la situación contemplada en el Art. 2478 es excepcional, y si quiere el acreedor aprovecharse de dicha excepción, corresponde a él la prueba (considerando séptimo), y por ende, infringe lo dispuesto en el Art. 1698 el tribunal que exige al tercerista la prueba, porque varía el *onus probandi*.

No obstante, decíamos que este fallo de la Corte Suprema es interesante como ejemplo, pues además fue acordado con el voto en contra de dos ministros, y aparecen, por tanto, los argumentos en contrario que vale la pena considerar:

- Según el voto de minoría, habría, en realidad, una tendencia en contrario de la Corte Suprema, en orden a exigir que sea el tercerista quien acredite la inexistencia de otros bienes, y cita algunos fallos: Rol N° 5.321-2000 Banco Santander Chile con Miguel Pérez V y Cia. Ltda., 6 de diciembre 2006; Rol N° 266-2002 Banco de Chile con Grohnert Raúl, 29 de marzo de 2007; Rol N° 8.490-2002 Banco Santander Chile con Empresa de Servicios y Comercialización Limitada y otra, 25 de enero de 2007.
- Además, se señala que *“el artículo 2478 del Código Civil en su inciso primero reconoce un privilegio al acreedor de créditos de primera clase, al extenderlos a las fincas hipotecadas, prerrogativa que está sujeta a una condición, cual es la de que opera solo en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor. Lógico es entonces que quien quiera valerse del privilegio pruebe el cumplimiento de la condición, circunstancia que da lugar al nacimiento del derecho o prerrogativa, de acuerdo con la norma general prevista en el artículo 1698 del mismo cuerpo legal”*.

En todo caso, esta pretendida tendencia es, cuando menos, no del todo clara, pues en otro fallo de fecha posterior, la primera sala de la Corte Suprema (civil) volvió a señalar que la carga de la prueba corresponde al acreedor hipotecario (Recurso de Casación, Rol N° 5281-2007, de 28 de noviembre de 2008). En este nuevo fallo, además de reiterar los argumentos que hemos ya señalado, se agrega que no es posible exigir al tercerista la prueba de un hecho negativo (la inexistencia de otros bienes distintos sobre los cuales poder perseguir el pago). Sin embargo, también con el voto de minoría de dos ministros (entre ellos, Muñoz, quien también fue de opinión de desestimar la casación en el fallo anterior), se desarrollan otros dos nuevos argumentos en contra de la tesis anterior: primero, que la preferencia reconocida a los créditos hipotecarios es especial, y que la posibilidad del acreedor de dirigirse contra los bienes hipotecados es condicional, correspondiendo al tercerista probar la verificación de la condición (la no existencia de otros bienes); y segundo, que sostener lo contrario sería inadmisibles en consideración de la calidad procesal del tercerista (demandante), correspondiéndole a él probar los hechos en que funda su pretensión, entendiéndose que la prueba no puede buscar acreditar en forma absoluta el hecho de no existir otros bienes, pero sí, de haber desplegado alguna actividad probatoria mínima dirigida a ello, y se agrega que, además, hoy existen registros públicos y privados de los cuales es posible obtener certificaciones inmediatas respecto de la situación económica de una persona. La lógica aquí presentada respecto de la interpretación del Art. 2478 referido a la hipoteca, es común al caso de la prenda contenido en el Art. 2476, y por ello, los fundamentos generalmente citados son los mismos.

3. Por último, cabe señalar que la ley 20.190, que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales, conocida como la ley de mercado de capitales II (MK II) regula, en su Art. 14, orgánicamente la prenda sin desplazamiento, derogando diversas leyes que regulan regímenes de prendas sin desplazamiento, entre ellas, la ley 18.112 de prenda sin desplazamiento; la ley 4.097 de prenda agraria; ley 5.687, sobre el contrato de prenda industrial, entre otras (las que en todo caso continuarán vigentes para el efecto de regular las prendas sin desplazamiento constituidas bajo su imperio). Esta ley solo entrará en vigencia noventa días después que se dicte el reglamento que regula el Registro de prendas sin desplazamiento que la misma ley crea, y al que se hace referencia en el Art. 28.

Pues bien, en su Art. 15, se consagra también la preferencia de la prenda, en los siguientes términos: *“El acreedor prendario tendrá derecho a pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere. Este privilegio se extenderá, además, al valor del seguro sobre la cosa dada en prenda, si lo hubiere, y a cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios que ella sufriere”*. No hay, por tanto, ninguna referencia especial a la cuestión que hemos tratado en estas líneas, de forma que seguirá resolviéndose la cuestión a partir de la interpretación que se haga del Art. 2476.

4. Finalmente, creemos que el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que motiva estas líneas, es acertado, y nos parecen más razonables los argumentos a favor del acreedor hipotecario o prendario. A lo ya señalado, agregamos que no se trata en realidad de una prueba de hechos negativos, sino positivos, y que consiste precisamente en establecer cuántos y cuáles son los restantes bienes del deudor, diferentes de los gravados, sobre los cuales puede obtenerse parte del pago, pues efectivamente siendo el tercerista el demandante, corresponde a él la prueba de los elementos que apoyan la acción interpuesta (y como se ha indicado, existen hoy registros para determinarlos). Pero además, porque, a nuestro juicio, ello puede obtenerse del mismo texto, pues tanto en el Art. 2476 como en el Art. 2478 (inciso segundo) se establece que la preferencia de los créditos de primera clase será “en cuanto al déficit”, y por lo tanto, de ello puede deducirse que es indispensable acreditar que dicho déficit existe, esto es, que hecho el pago con los demás bienes (o al menos, hecho el pago en forma ideal) hay una diferencia, un una parte que quedará insoluta. La prueba de ello supone, por cierto, alguna actividad destinada a determinar que los otros bienes distintos de los gravados con prenda o hipoteca son insuficientes. Sin esta

mínima exigencia de actividad, no es posible entender que el tercerista, en los casos que comentamos, reúne los requisitos para obtener el pago preferente en los bienes hipotecados o embargados, que por lo demás, lo han sido precisamente para garantizar especialmente los créditos a estos acreedores, y es más, quienes muy posiblemente han consentido en el crédito exclusivamente bajo la condición de la constitución de dichas garantías.