

## CREDITOS REFACCIONARIOS Y CREDITOS HIPOTECARIOS

Si el privilegio de los créditos refaccionarios establecido por la Ley de Quiebras N° 4.558 puede perjudicar a los acreedores hipotecarios

*José Joaquín Ugarte Godoy*  
Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil

### I. CUESTIÓN QUE SE PROMUEVE

1. El artículo 118, N° 8, de la Ley de Quiebras N° 4.558 establece el privilegio de los llamados "créditos refaccionarios" en los siguientes términos:

"Se considerarán como pertenecientes a la segunda clase de créditos a que se refiere el artículo 2474 del Código Civil, a más de los que allí se enumeran y de los que se establezcan en otras leyes, los de las personas siguientes:

"8. Los de los acreedores por gastos de construcción, reparación o conservación, mientras la cosa en que hayan sido invertidos exista en poder de la persona por cuya cuenta se hubieren hecho los costos, y sobre esa misma cosa".

"Esta disposición no comprende los costos de construcción o reparación de la nave, graduados en el número 1° de este artículo".

2. Básicamente se suscitan dos problemas con relación a este precepto, a saber: a) el de si el privilegio que él contiene se extiende o no a los inmuebles, y cuál sería su orden de prelación con respecto a la hipoteca, y b) el del efecto que pueda tener la derogación del privilegio por la nueva Ley de Quiebras, respecto de los privilegios que se hubieran constituidos bajo el imperio de la ley antigua.

El problema sobre la extensión del privilegio a los inmuebles surge porque la norma que lo establece habla de "la cosa en que hayan sido invertidos" (los gastos) sin discriminar; la cuestión sobre prelación, para el caso de que el privilegio se aplique también a los inmuebles, se promueve porque el artículo 118, de la antigua Ley de Quiebras decía que los privilegios en él contenidos hacían de los respectivos créditos de segunda clase; y el crédito hipotecario es de tercera; y la cuestión sobre el efecto de la derogación operada por la nueva Ley de Quiebras, se origina en la duda de si los privilegios de los créditos constituyen o no derechos adquiridos; y en la duda si el artículo 1° transitorio de la ley nueva, al seña-

lar que las quiebras cuya tramitación se hubiese iniciado bajo el imperio de la ley antigua se regirían por las normas de ésta, quiso también comprender sus reglas sobre prelación de créditos.

## II. CONSIDERACIONES DE DERECHO

### A. Principios rectores de nuestro régimen sobre prelación de créditos

#### a) *Los privilegios de segunda clase necesariamente recaen sobre bienes muebles*

3. La tradición jurídica distinguía, a la época de dictarse nuestro Código Civil, dos causas de preferencia para el pago de un crédito: el privilegio y la hipoteca. Los privilegios podían recaer sobre todos los bienes, sobre un determinado bien mueble o sobre un determinado bien inmueble. Los privilegios sobre inmuebles prevalecían sobre las hipotecas. Los privilegios, a diferencia de las hipotecas, tenían preferencia en razón de su causa, y no de su antigüedad: "privilegia non tempore aestimantur, sed ex causa", era la formulación clásica de este principio. Las hipotecas, a su vez, podían ser especiales y generales, y, desde otro punto de vista, convencionales, legales y judiciales. Los privilegios especiales sobre determinados inmuebles eran a manera de hipotecas, en cuanto que daban acción persecutoria respecto de la cosa. Gozaban también de hipoteca legal ciertas personas cuyos bienes eran administrados por otras respecto de todos los bienes de éstas, tanto muebles como inmuebles, para garantía de las responsabilidades que de la gestión pudieran derivarse: era el caso de las mujeres casadas, hijos de familia, pupilos, etc. Las hipotecas legales se llamaban tácitas u ocultas y su efecto reipersecutorio no era siempre admitido.

4. El Código Civil francés, en su artículo 2095, definió el privilegio como "un derecho que la calidad del crédito da a un acreedor para gozar de preferencia respecto de los demás acreedores, incluso hipotecarios".

El artículo 2101 estableció los privilegios generales sobre los muebles; el artículo 2102, los privilegios especiales sobre ciertos muebles; el artículo 2103, los privilegios especiales sobre inmuebles; el artículo 2104, los privilegios generales sobre los inmuebles; y el artículo 2121, las hipotecas legales.

5. Entre nosotros, la Ley sobre Prolación de Créditos de 31-X-1845, en la que trabajó Bello, siguió un sistema de estructura muy semejante a la del Código francés. Su artículo 3º declaraba que las causas de preferencia serían solamente el privilegio, la hipoteca y la escritura pública.

Su artículo 4º decía así:

“El privilegio depende únicamente de la naturaleza del crédito, sin relación a su fecha; y prefiere a todas las hipotecas y escrituras, aun las que sean anteriores a la causa del privilegio”.

“Los créditos privilegiados pueden serlo más o menos, y preferir unos a otros”.

Luego, el artículo 6º señalaba los créditos que tenían privilegio sobre todos los bienes, los cuales eran fundamentalmente los de la actual primera clase; el artículo 7º establecía los privilegios sobre los bienes muebles, que son, con algunas diferencias, los que se encuentran en la actual segunda clase; el artículo 10º contenía los privilegios sobre bienes raíces, que el Código Civil no contempló; y después venían las hipotecas legales de ciertas personas cuyos bienes son administrados por otras, y cuyos créditos eran los que se incluyen en la actual cuarta clase.

El mismo régimen de prelación descrito se contemplaba en el Proyecto de Código Civil de 1846-1847 (artículos 677 y siguientes).

6. La ley sobre Prelación de Créditos, de 25-X-1854 suprimió, según se verá más adelante, los privilegios sobre inmuebles.

7. El Código Civil, en su artículo 2470, inciso 1º, dispone que “Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca”; y distribuye los privilegios en tres clases dentro de la graduación que establece: la 1ª, la 2ª y la 4ª. Los privilegios de primera y los de cuarta clase se extienden a todos los bienes del deudor, correspondiendo los últimos a las antiguas hipotecas legales de ciertas personas contra los administradores de sus bienes. La segunda clase la forman los créditos que tienen privilegio sobre determinados bienes muebles: así aparece de su contenido, y así se expresa en el mensaje con estas palabras: “Se dividen en cinco clases los acreedores concurrentes: los que gozan de privilegio general; los que gozan de privilegio sobre especies muebles; los hipotecarios...”.

8. En el sistema del Código Civil, entonces, los privilegios de segunda clase recaen necesariamente sobre bienes muebles.

9. El artículo 118, N° 8, de la Ley de Quiebras 4.558, dice:

“Se considerarán como pertenecientes a la segunda clase de créditos a que se refiere el artículo 2474 del Código Civil, a más de los que allí se enumeran y de los que establezcan otras leyes, los de las personas siguientes:

“8. Los de los acreedores por gastos de construcción, reparación o conservación, mientras la cosa en que hayan sido invertidos exista en poder de la persona por cuya cuenta se hubieren hecho los costos, y sobre esa misma cosa” (inciso primero).

10. De todo lo expuesto brota como natural consecuencia que la cosa en cuya construcción, reparación o conservación se han invertido los gastos ha de ser mueble. En efecto: la norma transcrita se remite expresa-

mente al Código Civil y a su sistema, y en tal sistema, los créditos de segunda clase, entre los que la Ley de Quiebras incluye el crédito por gastos de construcción, son créditos que gozan de privilegio sobre muebles; y, más aún, en el sistema del Código Civil están deliberadamente excluidos los privilegios sobre determinados inmuebles: el mensaje nos dice: “se han abolido varios de los privilegios generales y especiales y entre los últimos todos los que recaían sobre inmuebles”. La razón se ha dado pocas líneas más arriba, donde se lee: “se ha simplificado notablemente el arreglo de la prelación de créditos, el fomento del crédito ha sido en él la consideración dominante”.

Si se hubiera querido extender el privilegio por gastos de construcción a los inmuebles, rompiendo el sistema del Código Civil al que se hacía referencia, se habría advertido así expresamente.

b) *Relaciones entre la segunda y la tercera clase de créditos*

11. Es útil para los efectos de este estudio dejar sentado que el orden de prelación del Código Civil se estableció de tal manera que no pudiese haber cuestión de preferencia entre los acreedores de la segunda y la tercera clase respecto de los bienes afectos a sus créditos; pues una clase se refiere a muebles y la otra a inmuebles.

Si bien es cierto que leyes posteriores han permitido constituir prendas especiales sobre determinados muebles que son inmuebles por accesión (frutos pendientes, máquinas industriales, etc.), no es menos cierto que tales bienes se “mobilizan”, es decir, se hacen muebles por anticipación al constituirse la prenda, y entonces, contra lo que algunos han dicho, el respectivo privilegio de segunda clase recae sobre bienes muebles.

12. Las observaciones precedentes nos permiten refutar la opinión de Somarriva, quien, en su Tratado de las Caucciones, sostiene que el privilegio por gastos de construcción se extiende a los inmuebles, porque la Ley de Quiebras antigua no distingue; y que, siendo este privilegio de segunda clase, prevalece sobre las hipotecas, que otorgan una graduación de tercera clase (*Op. cit.*, Contable Chilena Editores, Santiago de Chile, 1981, N° 456, págs. 465).

“... aplicando la lógica —dice Somarriva— creemos que prefiere el crédito del que ha hecho reparaciones en el inmueble; que es de segunda clase, al del acreedor hipotecario, que es de tercera”. (pág. 466).

La verdad es que el profesor Somarriva identifica injustificablemente el orden de la lógica con el orden numérico. Si Bello puso en la segunda clase a los créditos con privilegio sobre muebles y en tercera a los créditos hipotecarios, no fue porque debieran prevalecer aquéllos sobre éstos, sino por un mero orden de enunciación, desde que, en lo substancial, no cabía conflicto entre unos y otros, estándoles afectos bienes de distinta naturaleza.

Y si bien es efectivo que pueden entrar en pugna los acreedores de segunda y de tercera clase al deber concurrir los bienes que sirven de garantía a unos y otros, al pago de los créditos de primera clase que no alcanzan a cubrirse con otras especies, es evidente que la cuestión no cabe decidirla a favor de la segunda clase por el orden numérico: ¿qué razón puede haber para preferir a un prendario o a un acarreador sobre un hipotecario? La decisión correcta es, pues, que unos y otros acreedores son perjudicados a prorrata.

Por otra parte, es tan cierto que el Código Civil no identificó el orden numérico con el de prelación, que necesitó establecer expresamente en el artículo 2486 que “las preferencias de los créditos de cuarta clase... sólo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases...”.

### c) *Conclusión*

13. Como conclusión de este primer acápite podemos decir, entonces, que el privilegio de los acreedores por gastos de construcción no se aplica a los inmuebles porque se trata de un privilegio de la segunda clase contemplada en el artículo 2474 del Código Civil, y los privilegios de esa clase se refieren a muebles.

## B. *Historia del privilegio de los créditos refaccionarios establecidos por el artículo 118, N° 8, de la Ley de Quiebras 4.558*

### a) *Origen y evolución del privilegio*

14. Los créditos por gastos de construcción, reparación o conservación de una cosa se llaman en doctrina, para los efectos del privilegio que desde antiguo se les ha solido atribuir en muchas legislaciones, “créditos refaccionarios”. El adjetivo “refaccionarios” obedece a una razón histórica, pues primitivamente no daban lugar a preferencia los gastos de construcción de la cosa, sino sólo los de reconstrucción de una casa o edificio destruido (Troplong, *Des Privilèges et Hypothèques*, 5ª ed., Paris, Charles Hingray, Libraire - Editeur, 1854, Nos. 241-242, págs. 315-317).

El privilegio, con hipoteca tácita, se estableció en Roma por un senado-consulta bajo Marco Aurelio.

Los textos pertinentes del Digesto son los siguientes:

*Libro 20, título 2, ley 1:* “En virtud de un senado-consulta de la época del emperador Marco Aurelio, la prenda que se concede al acreedor refaccionario de un edificio corresponderá también al que por mandato del propietario, procuró dinero al contratista”. (Pap. 10 resp.).

*Libro 42, título 5, ley 24, párrafo 1:* “Marco Aurelio, de consagrada memoria, dio un edicto en estos términos: “El acreedor que hubiera pres-

tado una cantidad para la refacción de edificios, tendrá un privilegio para el cobro de aquella cantidad que haya prestado”, lo que también se extiende al que proporcionó dinero al contratista por mandato del propietario del edificio”.

15. El Código de las Partidas contempló también el privilegio. Las leyes 26 y 28, del título XIII, de la Partida 5ª extienden el privilegio a las naves, casas y edificios, y, desde el punto de vista de la obra, a la construcción y a la reconstrucción; y en cuanto a las naves, además, al aprovisionamiento y al pertrecho de armas; y disponen que quede constituida una prenda (hipoteca) tácita que prime sobre las que con anterioridad se hubieren establecido respecto de la misma cosa.

16. El Código Civil francés, en su artículo 2102, N° 3, establece un privilegio a favor del crédito por gastos de conservación de una cosa mueble, sobre esa misma cosa; y en su artículo 2103, bajo el epígrafe “De los privilegios especiales sobre los inmuebles, dispone lo siguiente:

“Los acreedores privilegiados sobre los inmuebles son:

“4º Los arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros empleados para edificar, reconstruir o reparar edificios, canales y otras obras cualesquiera, con tal de que, sin embargo, se haya levantado previamente un acta por un perito designado de oficio por el tribunal de gran instancia en cuya jurisdicción estén situadas las construcciones, con el fin de verificar el estado de los lugares con relación a las obras que el propietario declare tener intención de hacer, y con tal de que las obras hayan sido recibidas por un perito nombrado igualmente de oficio a más tardar en los seis meses contados desde su terminación”.

“Pero el monto del privilegio no puede exceder de los valores verificados en la segunda acta, y se limita a la plusvalía existente a la época de la enajenación del inmueble y que sea un resultado de los trabajos que se hayan hecho en él”.

El artículo 2146 ordena inscribir los privilegios en la oficina de hipotecas, y el artículo 2166 establece que una vez inscritos tendrán efecto contra terceros. El art. 2106 señala que la inscripción es requisito para que los privilegios sobre inmuebles tengan efecto entre los acreedores, y el art. 2110 señala qué se ha de inscribir en el caso de los créditos refaccionarios.

17. La Ley de Prelación de Créditos dictada en Chile el 31-X-1845 establecía el privilegio de los créditos refaccionarios, respecto de los muebles en su artículo 7º N° 6º, y respecto de los inmuebles, en su artículo 10 N° 1º.

El artículo 7º decía:

“Los créditos privilegiados sobre los bienes muebles son los siguientes”,  
“6º Goza, asimismo, de privilegio el crédito de las expensas hechas

para la fabricación o reparación de la nave, pero sólo sobre la nave construida o refaccionada, y mientras ésta se halle en poder del deudor”.

El artículo 10° decía por su parte así:

“Los créditos privilegiados sobre los bienes raíces son los siguientes:

“1° Los arquitectos, empresarios de edificios, canales, puentes, y de toda especie de obras y construcciones adherentes al suelo, los albañiles, carpinteros y otros obreros empleados en levantar o reparar los edificios, obras y construcciones, gozan de privilegio sobre estos objetos, hasta concurrencia del valor de su industria, materiales y dinero adelantado”.

El N° 2° del art. 10 instituía el privilegio del vendedor de una finca y del que había prestado dinero para su compra, con relación a la misma finca, para el pago del precio o del préstamo. No había otros privilegios especiales sobre inmuebles.

Y el artículo 11 inciso 3° agregaba:

“Concurriendo sobre una misma finca dos o más privilegios de la clase enunciada bajo el número 1° del artículo anterior, y no teniendo cabida todos, preferirán unos a otros en un orden inverso al de su antigüedad”.

Como puede apreciarse, la Ley de 1.845 quitaba a los privilegios especiales sobre inmuebles el carácter hipotecario que bajo la forma de la prenda tácita les conferían las leyes romanas y las de Partida.

18. La Ley de Prelación de Créditos siguientes se dictó en Chile el 25-X-1854 y suprimió del todo los privilegios especiales sobre inmuebles. Explicando esta medida, el mensaje con que el Presidente Don Manuel Montt envió el proyecto respectivo al Parlamento —redactado por Don Andrés Bello— decía así:

“El privilegio del arquitecto y refaccionador abre una ancha puerta a créditos exagerados o ficticios, como lo ha manifestado la experiencia en los países en que le han dado lugar. En algunas partes, se ha tratado de remediar este mal por medio de reconocimientos y avalúos, antes y después de la edificación o refacción; trabas que encontrarían una porfiada resistencia en nuestros hábitos, y embarazarían no poco la activa industria que engrandece y hermosea nuestras principales ciudades. Se ha juzgado preferible abolir un privilegio que necesita tan onerosas precauciones”. (Obras Completas de Don Andrés Bello, Nascimento, Santiago de Chile, 1932, t. VIII, pág. 485).

Poco más adelante, el mensaje citado trae un pasaje que contiene la razón para eliminar los privilegios sobre inmuebles —que, como hemos dicho, prevalecían sobre las hipotecas—:

“... La parte de este Proyecto, que recomiendo más particularmente a vuestra atención, es la concerniente a la hipoteca especial que es la prenda por excelencia... Rodear a esta garantía de todas las seguridades, alejar de ella todos los peligros posibles, es disminuir la cuota del

interés, actualmente ruinoso para los especuladores que necesitan de capitales ajenos, es promover del modo más eficaz la industria . . ." (Obras de Bello, t. cit., pág. 489).

19. El Código Civil mantuvo la supresión. Su mensaje se refiere expresamente al punto (Véase el numerando 10° de este estudio).

20. El Código de Comercio, promulgado el 3-XI-1865, al reglar las quiebras, estableció los créditos privilegiados de segunda clase que luego se habrían de contener en el artículo 118 de la Ley de Quiebras 4.558, que es la norma que nos ocupa. Más aún, ambas disposiciones son casi iguales, y la primera es evidentemente el origen de la segunda.

El artículo 1521, N° 7°, del Código de Comercio, decía así:

"Se considerarán como pertenecientes a la segunda clase de créditos establecida por el art. 2474 del Código Civil, a más de los que allí se enumeran, los de las personas siguientes:"

"7° Los de los acreedores por costos de construcción, reparación o conservación, mientras la cosa en que han sido invertidos exista en poder de la persona por cuya cuenta se hubieren hecho los costos".

"Esta disposición no comprende los costos de construcción o reparación de la nave, graduados en el número 1° de este artículo".

¿Quiso el redactor del Código, don Gabriel Ocampo, incluir en el vocablo "cosa" puesto en la regla transcrita a los inmuebles? De ninguna manera, porque el artículo 1502 de ese cuerpo de leyes, también relativo al régimen de las quiebras, disponía que los síndicos podrían pagar a los acreedores hipotecarios sin aguardar las resultas del concurso, con tal de que éstos hiciesen la consignación o prestasen la fianza que prescribe el art. 2479 del Código Civil, si había lugar; es decir, con tal de que garantizaran la satisfacción de los privilegios de primera clase. Pues bien, si el privilegio del constructor instituido en el número séptimo del artículo 1521 se hubiera extendido a los inmuebles, y, de consiguiente, hubiera podido existir conflicto de intereses entre los acreedores hipotecarios y los refaccionarios, Ocampo habría sin duda exigido que, para hacer pago a los hipotecarios, éstos caucionasen no sólo la satisfacción de los créditos de primera clase, sino también la de los créditos refaccionarios de segunda clase.

El art. 1502 decía así:

"Los síndicos podrán hacer pago en cualquier estado de la quiebra, con autorización previa del juzgado de comercio, a los acreedores privilegiados, y aun sin ella a los hipotecarios que hagan la consignación o presenten la fianza que prescribe el art. 2.479 del Código Civil, si hubiere lugar".

El texto del artículo 2479 del Código Civil es el siguiente:

"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 la primera clase en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones”.

22. Tampoco puede pensarse en que el señor Ocampo, por no haber hecho un reglamento completo de la prelación de créditos, haya incurrido en una inadvertencia. En efecto: el proyecto presentado por Ocampo a la comisión revisora respectiva contenía un régimen completo de graduación de acreedores, paralelo al del Código Civil. Su artículo 1709 ordenaba formar un proyecto de graduación de los acreedores privilegiados y comunes y otro de los hipotecarios; su artículo 1713 contenía el primer grado, semejante a la primera clase del Código Civil; su artículo 1714 contenía el segundo grado, y era el que quedó como 1521 en el Código que se aprobó como ley, y que luego pasó con el número 118 a la Ley 4.558 de Quiebras; y el artículo 1716 establecía un tercer grado equivalente a la cuarta clase del Código Civil<sup>1</sup>.

23. En el primer proyecto del señor Ocampo sobre Quiebras, el artículo 1521 del Código (118 de la Ley de Quiebras) lleva el número 210, y no hay anotación alguna al margen, como sí las hay para la mayoría de los demás artículos. Pero en el folio 167 vta., margen izquierdo, se lee la siguiente advertencia:

“El sistema en que se procede a la graduación es el del Código holandés, art. 861 y siguientes. Se ha seguido también el Código argentino de Comercio”.

El Código holandés no aporta nada para nuestro estudio. El argentino era el del Estado de Buenos Aires, de 1857, que en 1862 se aprobó como ley para toda la República Argentina. Este cuerpo legal contenía un sistema completo de prelación de créditos muy semejante al de los proyectos de Ocampo que se inspiraron en él. El artículo 1698, N° 4, decía así:

“Son acreedores con privilegio especial aquellos cuyos créditos proceden de alguna de las causas siguientes:

“4° Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, mientras exista todavía en poder de la persona por cuya cuenta se hicieron los gastos”.

<sup>1</sup> Este proyecto presentado por Ocampo a la Comisión, que fue el segundo que hizo, se conserva en la biblioteca del Colegio de Abogados de Santiago, en un ejemplar impreso con márgenes muy amplios, que probablemente fue hecho para los miembros de la Comisión, sin indicación de fecha ni lugar de impresión, y en cuya tapa dice “Encuadernación El Mercurio”; son dos tomos. También se conserva en la mencionada biblioteca el ejemplar manuscrito que contiene los dos proyectos de Ocampo sobre Quiebras, en un volumen cuyo rótulo dice, L. 3.4. Los artículos citados están en los folios 241 y siguientes de este manuscrito.

Como puede apreciarse, la similitud de esta norma con la del artículo 1521 del Código de Ocampo es manifiesta. El Código argentino, redactado por el Dr. Acevedo con la supervisión de Vélez Sarsfield, que luego había de componer el Código Civil, hubo de regular la prelación de créditos precisamente porque aún no había Código Civil.

24. Entre nosotros, el orden de preferencia de los créditos era superfluo en el Código de Comercio, pues ya existía el Código Civil; y por ello fue suprimido, y ya no figura en el "Proyecto de Código de Comercio presentado al Congreso Nacional por el Presidente de la República de Chile" (Imprenta Nacional, 1865); en el cual sólo hallamos sobre la materia el artículo 1521, que se aprobó con el mismo número y que en su número 7º otorga privilegio de segunda clase a los créditos de construcción.

5. Ni las Actas de la Comisión Revisora del Código de Comercio ("transcripción tomada por Enrique Testa A., del traslado existente en la Biblioteca de don Alfredo Lewin, Santiago, julio de 1956", Biblioteca del Colegio de Abogados de Santiago), ni la discusión del Proyecto de Código de Comercio en el Parlamento, ni la de la Ley de Quiebras, que prácticamente no tuvieron lugar, dan luz alguna sobre el tema de este estudio<sup>2</sup>.

26. En síntesis, entonces, y volviendo a nuestro argumento, el señor Ocampo no pudo tener la intención de extender el privilegio de los créditos refaccionarios a los inmuebles porque, al haberse ocupado en establecer un régimen completo de la prelación de créditos, no habría podido olvidar el exigir a los hipotecarios que garantizasen el pago de los créditos refaccionarios, y no sólo el de los de primera clase.

Por otra parte, el señor Ocampo, como es sobradamente sabido, fue miembro pocos años antes de la Comisión Revisora del Código Civil. ¿Cómo concebir que hubiese querido restablecer un privilegio sobre los inmuebles, que aquel cuerpo de las leyes quiso abolir, de manera ocasionada a tantas deudas?; ¿cómo pensar que jurista tan prolijo y profundo, y que disponía de la redacción de nuestra Ley de Prolación de Créditos de 1845, y del artículo 2103 del Código Civil francés, se haya li-

<sup>2</sup> La tramitación del proyecto de Código de Comercio en el Parlamento puede consultarse en el Boletín de Sesiones de las Cámaras, según las siguientes citas e indicaciones:

1863, 12 Oct. Mensaje, pág. 2. Se exime de Comisión. (Dip. Extr. 1863, ses. 1ª).

1865, 19 Oct.; 7 Nov. Disc. se aprueba el Pr. (Dip. Extr., 1865: A) pág. 15, ses. 3ª; B) pág. 21, ses. 4ª).

1865, 20 Nov. Ofic. Dip. con el que remite el Pr. Tabla. Pág. 23. Aprob. pág. 24, (Sen. Extr. 1865, ses. 4ª).

1865, 21 Nov. Ofic. Sen. con el que devuelve aprob. el Pr. (Dip. Extr. 1865, pág. 26, ses. 5ª).

mitado a hablar de "cosa", cuando tales textos hablaban de "edificios, canales, puentes y toda especie de obras y construcciones adherentes al suelo", el segundo, y de "construcciones, canales y otras obras cualesquiera", el primero?; ¿cómo concebir que el Dr. Ocampo omitiera referirse a los "arquitectos, empresarios, albañiles y otros obreros" que menciona el Código francés, o a los "arquitectos, empresarios de edificios . . . albañiles, carpinteros y otros obreros de que hablaba la ley nuestra"?<sup>3</sup>.

b) *Limitación del artículo 1521 del Código de Comercio a las quiebras de los comerciantes*

28. Debe recordarse que el instituto de la quiebra que regulaba entre nosotros el Libro IV del Código de Comercio, era aplicable sólo a los comerciantes. En efecto, el artículo 1325, primero de ese libro, definía la quiebra en estos términos:

"Quiebra es el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles".

Sólo con el precepto del artículo 1º de la Ley 4.558, la institución se hizo aplicable a los no comerciantes. Para éstos, con anterioridad, existía el sistema del "concurso", regulado por los artículos 572 a 696 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil, que ninguna norma daban sobre créditos refaccionarios.

En consecuencia, hasta la dictación de la Ley de Quiebras 4.558, el privilegio de los créditos refaccionarios sólo tenía lugar cuando el deudor era comerciante, mas no en caso contrario. Y, por tanto, si diéramos por establecido que ese privilegio se extiende también a los inmuebles, tendríamos que llegar a la conclusión aberrante de que el espíritu del Código de Comercio fue que los acreedores por gastos de construcción y refacción de inmuebles tuviesen privilegio cuando su deudor fuera comerciante, y no cuando no lo fuese.

¿Qué razón pudiera aducirse en abono de una discriminación semejante? Es evidente que ninguna. ¿Qué antecedente histórico la apoyaría? Por lo que hemos expuesto, ninguno.

29. El distingo entre el comerciante y el no comerciante era razonable, en cambio, tratándose de muebles: aquél suele necesitar de la fabricación de bienes muebles, a veces valiosos, para sus actividades, como, por ejemplo, las maquinarias industriales, los instrumentos de pequeños

<sup>3</sup> "Por decreto de 6-X-1852, se nombró la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil. Más tarde se llamó a integrar la Comisión al Dr. don Gabriel Ocampo". (Antonio Vodanovic, Curso de Derecho Civil, t. I, Nascimento, 1945, Santiago, págs. 62-63).

comerciantes artesanos, etc. Asimismo, los comerciantes pueden encomendar la fabricación de los objetos que han de vender a otras personas.

c) *Conclusiones*

30. El examen de la historia de la norma en comento nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

I. El privilegio de los créditos refaccionarios establecido por la Ley de Quiebras 4.558 no puede extenderse a los inmuebles, porque el Código de Comercio —del que ese privilegio trae su origen— no exigió a los acreedores hipotecarios que para pagarse anteladamente garantizaran su cumplimiento, sino sólo el de los de primera clase.

II. No es concebible que Ocampo haya querido restablecer un privilegio sobre inmuebles que el Código Civil —en cuya redacción había participado el propio Dr. Ocampo— quiso abolir, sin aclarar perfectamente esta intención.

III. El privilegio no pudo extenderse a los inmuebles, pues se habría hecho una discriminación absurda, sin ningún antecedente lógico ni histórico, entre los acreedores de los comerciantes y de los no comerciantes.

C. *Otros criterios interpretativos*

a) *El régimen de pago de los acreedores hipotecarios contenido en el artículo 121 de la Ley de Quiebras 4.558*

31. La Ley de Quiebras 4.558, reproduciendo la norma del artículo 1502 del Código de Comercio, disponía en el inciso primero de su artículo 121 lo siguiente:

“Los acreedores de tercera clase se pagarán en la forma que determinan los artículos 2477, 2478, 2479 y 2480 del Código Civil”.

Es decir La Ley de Quiebras disponía, en fin de cuentas, que los hipotecarios se pagasen sin esperar los resultados del concurso, con tal de garantizar la satisfacción de los créditos de primera clase, y sin referirse para nada a los refaccionarios, que ella mantenía entre los de segunda clase. ¿Puede darse una prueba más clara de que, en el sistema de la Ley 4.558, el privilegio de los créditos refaccionarios no se extendía a los inmuebles?

b) *La falta de precauciones para evitar fraudes y promover el crédito hipotecario*

32. Otro argumento no despreciable para demostrar que el privilegio de los créditos refaccionarios establecido en nuestra antigua Ley de Quiebras no se quiso hacerlo extensivo a los inmuebles, consiste en la falta de las precauciones que el legislador hubiera debido adoptar a fin de pre-

caver fraudes y robustecer la confianza en la garantía hipotecaria. Cuando la Ley de Prelación de Créditos de 1854 suprimió el privilegio de los créditos refaccionarios, el Presidente de la República —según aparece de transcripción hecha más arriba en este estudio— se refirió expresamente en el mensaje respectivo a las precauciones destinadas a evitar que se quisiese hacer valer créditos exagerados o ficticios; y las tuvo por onerosas, contrarias a nuestros hábitos e inconvenientes para la propia industria de la construcción; y, estimando que sin aquellas precauciones el privilegio no podía mantenerse, propuso su supresión.

¿Cómo se concibe que el privilegio se restableciese once años después sin adoptar ninguna medida de cautela y sin exigencia publicitaria de ninguna clase?

33. Más aún, ese temperamento hubiera ido directamente contra el principio de la publicidad de los gravámenes inmobiliarios, que se imponía ya en todas partes por aquella época.

Para mejor reforzar este argumento no resulta inoficioso exponer los preceptos de otros sistemas legislativos.

34. El Código Civil francés, como se recordará, en su artículo 2103, N° 4, establece el privilegio de los créditos refaccionarios con primacía sobre las hipotecas; pero exige tasación pericial anterior y posterior a las obras, formación de sendos expedientes e inscripción de los mismos en el Registro de Hipotecas; y además, restringe el privilegio a la plusvalía (Ver numerando decimosexto).

35. El proyecto español de García Goyena, de 1948, de tan conocida influencia en nuestra codificación, en su artículo 1927, N° 2, decía así:

“Gozan de privilegio especial sobre los bienes inmuebles que respectivamente se designan en los números siguientes, los créditos por:”.

“2º Gastos de construcción y reparos mayores, no comprendidos en el número anterior, sobre los bienes que los causan”.

“Este privilegio está sujeto a lo determinado en los artículos 1874 y 1875, y no surte efecto contra los acreedores anteriores a la data de la anotación preventiva, sino en cuanto al aumento de valor de los edificios u obras”.

El artículo 1874, relativo al Registro de Hipotecas, era del siguiente tenor:

“Los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros, y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de sus edificios u obras, deben requerir la anotación preventiva de su contrato; y en otro caso, no tendrán el privilegio que se les concede en el artículo 1927...”.

El art. 1875 regulaba la conversión de esta anotación preventiva en inscripción.

36. Posteriormente en España se optó por mantener la exigencia de inscripción, y, además, por quitar al privilegio refaccionario su preferencia sobre las hipotecas de data anterior. Así, el Código Civil que se promulgó dispuso lo siguiente:

Art. 1927, regla 2ª:

“Los (créditos) hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el N° 3° del citado artículo 1923 y los comprendidos en el N° 4° del mismo gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de Propiedad”.

37. El Código Civil argentino sencillamente pospuso a los acreedores refaccionarios con respecto a los hipotecarios. He aquí el texto de su artículo 3196:

“Si los inmuebles del deudor están afectos al privilegio del vendedor, o si se trata de una casa o de otra obra, que esté afecta al privilegio de los obreros que la han construido, o reparado, o al de los individuos que han suministrado los materiales serán pagados sobre el precio del objeto que les está afecto con preferencia a los otros acreedores privilegiados; con excepción de los acreedores hipotecarios en el inmueble, que serán pagados primero, y de los gastos funerarios y de justicia que han sido necesarios para la venta de ese objeto”.

38. De los antecedentes expuestos puede apreciarse que en unos sistemas legislativos se han sujetado los privilegios de los créditos refaccionarios a la publicidad propia de las hipotecas; y en otros sencillamente se ha hecho prevalecer a éstas, o por antigüedad, o en absoluto.

c) *Los otros privilegios establecidos por el artículo 118 de la Ley de Quiebras 4.558 y por el antiguo artículo 1521 del Código de Comercio se refieren a muebles*

39. Otro argumento, de carácter sistemático, consiste en que los restantes privilegios especiales del artículo 118 de la Ley de Quiebras 4.558, al igual que del antiguo artículo 1521 del Código de Comercio, recaen sobre bienes muebles: en efecto, se trata de la nave; de las mercaderías y objetos materia del salvamento; de las bestias, carruajes, barcos, aparejos y demás instrumentos principales y accesorios del transporte terrestre; de los efectos conducidos por el porteador; del cargamento de la nave y los objetos introducidos por el pasajero en ella; de la carga que garantice un préstamo a riesgo marítimo; y de los objetos asegurados por prima, único caso que podría prestarse a dudas, a semejanza del de la cosa construida, reparada o conservada.

Si bien este argumento no es por sí mismo demostrativo, no cabe duda de que refuerza los otros que se exponen en el presente estudio.

d) *El requisito de existir la cosa en poder del deudor*

40. El requisito de hallarse la cosa afecta a un privilegio en poder del deudor, para que pueda operar dicho privilegio —requisito que se contempla en el caso de los créditos refaccionarios—, sólo se pone respecto de los bienes muebles.

En efecto: históricamente, cuando el privilegio lleva aneja una facultad de seguimiento, se le ha dado siempre la forma de una hipoteca. Y la hipoteca confiere al acreedor una acción real, que lo habilita para verificar su crédito en la quiebra o concurso de los bienes del tercero poseedor, haciendo valer allí su privilegio para el pago preferencial, que es parte de la acción real. Por eso, tal privilegio existe aunque la cosa haya pasado a la posesión de un tercero.

Tratándose de muebles, en cambio, ni siquiera en el caso de haber una acción real con facultad de seguimiento, como ocurre en la hipoteca de la prenda, el acreedor tiene preferencia en el concurso o quiebra del tercer poseedor. Como la prenda está ideada para que la cosa empeñada quede en manos del acreedor, o —por excepción— del deudor, no existe el privilegio sino respecto de éste, y sólo en su quiebra o concurso se puede hacer valer la preferencia. Cuando hay acción real ella sólo tiene por objeto que el acreedor recupere la tenencia de la cosa.

Mas se han dado, y se dan en otras legislaciones, casos en que se faculta al acreedor para perseguir la restitución del bien mueble afecto a su privilegio, y que ha salido de su esfera de custodia. Por ejemplo, el artículo 2102, N° 1 del Código Civil francés, que trata del privilegio del arrendador sobre los muebles del arrendatario, dispone lo siguiente: “El propietario podrá embargar los bienes muebles que guarnecen su casa o su predio rústico, cuando hayan sido sacados sin su consentimiento, y conserva sobre ellos su privilegio, con tal de que haya hecho la reivindicación, cuando se trate del mobiliario que guarnecía un predio rústico, en el plazo de cuarenta días; y en el de quince, cuando se trate de bienes muebles que guarnecían una casa”.

Pero, en general, la tendencia legislativa es negar el derecho de seguimiento tratándose de muebles afectos a un privilegio, con el fin de no embarazar el comercio. De allí el conocido adagio francés de que en materia de muebles la posesión equivale a título. Es lo que nos dice Goyena comentando el requisito de hallarse la cosa mueble afecta al privilegio del que la ha fabricado, en poder del deudor:

*“Mientras no ha pasado, etc.* Los bienes muebles no son de suyo susceptibles de gravámenes o afección que los sigan, desde que pasan al dominio de un tercero: además, esto perjudicaría a su rápida circulación y abriría las puertas a fraudes: el privilegio concedido sobre los muebles

del deudor no puede subsistir desde que los muebles dejaron de pertenecerle". (Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil, Madrid, 1852, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, t. 4., págs. 282-283, el art. 1926).

41. Por esta razón es que el artículo 2474, al establecer el privilegio del posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, dice "mientras permanezcan en ella"; y al establecer el privilegio del acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, dice "que tenga en su poder". También los Proyectos de nuestro Código Civil seguían este predicamento. Por ejemplo, el artículo 680 del Proyecto de 1846-1847 pone el requisito de hallarse la especie en poder del deudor respecto de cinco de los siete privilegios sobre muebles que establece.

42. El hecho de que el legislador haya indicado como requisito del privilegio de los acreedores refaccionarios que la cosa se encuentre en poder del deudor, demuestra, por las razones precedentemente desarrolladas, que se está refiriendo a una cosa mueble.

43. Más aún, la terminología del legislador así lo da a entender. El artículo 1521 N° 7° del Código de Comercio, y el 118 N° 8 de la Ley de Quiebras antigua, decían "mientras la cosa ... exista en poder de ...". Pues bien, la expresión "estar en poder de", si bien se puede usar gramaticalmente tanto para muebles como para inmuebles, en la práctica se emplea más bien respecto de los primeros, pues parece que connota en cierto modo la potestad física que se tiene sobre el mueble. Es así como el Código Civil, tratando de la facultad de persecución del acreedor prendario, dice, en el artículo 2393 que éste tendrá acción "contra toda persona *en cuyo poder se halle ...*" la cosa; en cambio, el artículo 2428, contemplando idéntica facultad del acreedor hipotecario, dice "La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere *el que la posea ...*". Sería menos propio decir "aquel en cuyo poder exista".

#### D. *Jurisprudencia y Doctrina*

##### a) *Jurisprudencia*

44. El único fallo que hemos encontrado sobre la materia, y que en la práctica nos da la razón, es uno de la Corte de Apelaciones de Santiago, acordado por unanimidad, de 11-I-1875, que lleva la firma del célebre magistrado, y mercantilista y comentarista de nuestro Código de Comercio, que formulara para su obra consultas directas al Doctor Ocampo: Don Francisco Ugarte Zenteno.

En un concurso especial de acreedores hipotecarios alegó preferencia un acreedor por gastos de construcción de la casa concursada. La Corte rechazó su pretensión considerando "que el crédito de ese acreedor, además de estar graduado en lugar preferente en el concurso general, pertenecía a la segunda clase de créditos privilegiados, y, por consiguiente, no podía tener cabida en el concurso particular de acreedores hipotecarios, pues la ley (art. 2478 del Código Civil) sólo otorga el beneficio de concurrir con estos acreedores a los créditos de primera clase, bajo ciertas bases". (Gaceta de los Tribunales, 1875, pág. 49, s. 89).

b) *Doctrina de los autores*

45. Se pronuncian expresamente por la tesis que sustentamos, Don Carlos Vasallo Rojas y Don Galvarino Palacios; y estimando que la cosa afecta al privilegio puede ser un inmueble, decide sin embargo, que prefiere el crédito hipotecario, Don Alberto Pulido Morgan.

46. Dice el señor Vasallo: "... no debe dudarse que este privilegio sólo favorece a los acreedores que hayan construido, reparado o conservado muebles, porque se trata de un privilegio de segunda clase, de una preferencia especial que únicamente puede recaer sobre determinados bienes muebles". ("Créditos Privilegiados de Segunda Clase". Talleres Gráficos Hoy, 1934, págs. 83-84).

Por su parte, Don Galvarino Palacios manifiesta su opinión en estos términos:

"Se discute acerca de si el privilegio comprende o no los gastos mencionados cuando digan relación con una cosa raíz. En mi concepto, si bien el problema no se presenta fácil de resolver y habría razones para estimar lo contrario, el privilegio sólo favorece a los créditos por gastos de construcción, reparación y conservación de cosas muebles. Dos razones tengo para pensar así: 1) que los privilegios de segunda clase se ejercen solamente sobre los bienes muebles, y 2) que el crear sobre bienes raíces un privilegio de segunda clase en favor de créditos que pueden alcanzar montos considerables, se introduciría un factor de incertidumbre para los acreedores hipotecarios, cuyos créditos estarían pospuestos por ser de tercera clase, en el evento imprevisible de que el inmueble necesitare reparaciones con posterioridad a la hipoteca". (La Prelación de Créditos en la Legislación Chilena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1939, pág. 71).

47. Don Alberto Pulido Morgan estima que la cosa afecta al privilegio puede ser inmueble, por cuanto la ley no distingue; pero decide que el crédito hipotecario prefiere sobre el refaccionario. Dice así:

"... la ausencia de un precepto legal que resuelva el conflicto entre créditos de segunda clase y de tercera clase, les da preferencia a los de

ésta, al situarlos expresamente el artículo 2478 del Código Civil, sólo propuestos a los de primera clase". (Los Créditos Refaccionarios en la Ley de Quiebras, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 59, 1ª p., pág. 96).

48. Hay también en favor de nuestra tesis una opinión muy autorizada, que si bien no se refiere expresamente al privilegio establecido en el artículo 1521 del Código de Comercio, vigente en la época, da por sentado que no existe en Chile el privilegio de los créditos refaccionarios respecto de los inmuebles. Se trata de Don Luis Barros Borgoño, que fue Director y Fiscal de la Caja de Crédito Hipotecario, y Profesor de Derecho en la Universidad de Chile, y que compuso un extenso tratado en dos volúmenes sobre nuestro sistema hipotecario.

Dice el señor Barros Borgoño:

"... Nuestro Código Civil sólo establece el privilegio general en la forma que se deja expuesta, y ha suprimido el privilegio especial sobre inmuebles que reconocen otras legislaciones y que existía también en Chile antes de la vigencia del Código".

En nota agrega: "El Código eliminó este privilegio especial, y ha considerado los créditos del número 1º (refaccionarios) como simplemente valistas y los del número 2º (los por precio de compraventa) se hallan reglados por las disposiciones especiales del contrato de compraventa. (Se refiere al precepto que establecía privilegios especiales sobre inmuebles en la Ley de Prelación de Créditos de 1845). ("La Caja de Crédito Hipotecario, su organización y régimen económico, con un estudio sobre la constitución de la propiedad y el régimen hipotecario. Por Luis Barros Borgoño, Director de la Caja, Ex Fiscal de la misma y antiguo Profesor de Derecho en la Universidad del Estado. Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1912, t. 1, págs. 105-106).

La opinión de Barros Borgoño tiene un peso muy grande, no sólo por las condiciones personales de quien la emite, y lo acucioso y prolijo de su tratado, sino también y muy particularmente por el hecho de haber sido el señor Barros Borgoño Fiscal y Director de la Caja de Crédito Hipotecario, lo cual supone que el autor en referencia contaba con todo el acervo de experiencia y conocimientos que había podido reunir una institución para la cual el tema de nuestro estudio era de tan vital trascendencia.

49. En contra de nuestra tesis sólo está, que sepamos, el profesor Somarriva, cuyos argumentos —no obstante la respetabilidad del autor— nos parecen inconsistentes; y carecen de la base que puede dar un estudio profundo de la cuestión.

Dice Somarriva que "el número octavo habla simplemente de "cosa", sin distinguir y por lo tanto, es forzoso concluir que se refiere tanto a

los muebles como a los inmuebles" (Tratado de las Cauciones, Contable Chilena-Editores, Santiago de Chile, 1981, N° 456, pág. 466).

Luego añade: "...aplicando la lógica (como acabamos de hacerlo para solucionar el conflicto que se presenta entre los créditos de segunda y de tercera clase para el pago del déficit de los de primera), creemos que prefiere el crédito del que ha hecho reparaciones en el inmueble —que es de segunda clase— al del acreedor hipotecario, que es de tercera". (loc. cit.).

En cuanto a la extensión del privilegio a los inmuebles, Somarriva se basa, evidentemente, en el adagio "donde la ley no distingue no debe el hombre distinguir"; pero esta base que lleva a Somarriva a decir "es forzoso concluir", es una base muy débil. Podría decirse que la interpretación de la ley consiste de modo muy principal en distinguir donde la ley no distingue. Veamos lo que dijo al respecto Don Andrés Bello en el pasaje que a continuación se transcribe:

"Las palabras de una ley han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador... La interpretación podrá ser en estos casos unas veces extensiva y otras restrictivas".

"Si, por ejemplo, la ley ordenase que no puedan enajenarse los bienes raíces del pupilo sin autorización de la justicia, debería extenderse esta prohibición a la hipoteca, porque la hipoteca equivale a una enajenación condicional".

"En las leyes penales, se adopta siempre la interpretación restrictiva: si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición".

"Donde la ley no distingue, dice una máxima vulgar, no debe distinguir el hombre. Entendida como suena, se hallaría muchas veces en conflicto con la que permite restringir el sentido literal de la ley, cuando así lo requiera la intención del legislador, suficientemente conocida. Su legítima aplicación es a los casos en que, para limitar la extensión de la ley, no hay alguna razón poderosa deducida de los motivos manifiestos que han obrado en el ánimo del legislador". (Andrés Bello, Obras Completas, Nascimento, Santiago, 1932, t. V, págs. 38-39: se trata de una nota puesta por Bello al Proyecto inédito y que da a conocer en la introducción compuesta para el mismo Don Miguel Luis Amunátegui Reyes).

50. Por lo tocante al argumento que hace el Sr. Somarriva para demostrar la preferencia que tendrían los créditos refaccionarios con privilegio sobre inmuebles, respecto de los hipotecarios, nos remitimos a lo dicho en la sección A de este trabajo: el orden numérico no es, en nuestro sistema de prelación de créditos, un orden de preferencia, sino un orden enunciativo o expositivo, lo que se aplica precisamente tratándose de las

clases segunda y tercera, que tienen entre sí relaciones de analogía y paralelismo —por decirlo de una manera gráfica—, y no de anteposición y posposición.

Y aún cuando leyes especiales hubieran desfigurado el sistema del Código Civil sobre prelación —lo que negamos—, las normas de éste deben regir mientras su inaplicabilidad no resulte cierta —lo que está muy lejos de ocurrir en la materia en examen—.

E. *Si la derogación del privilegio por la nueva Ley de Quiebras pudiera afectar a los privilegios constituidos bajo el imperio de la antigua ley*

a) *Norma especial de la nueva ley sobre su efecto en el tiempo*

51. La nueva Ley de Quiebras, en su artículo 1° transitorio, inciso primero, dice así:

“Las quiebras y cesiones de bienes en actual tramitación y aquéllas cuyas solicitudes se presenten hasta dentro de los diez días corridos contados desde la fecha de la publicación a que se refiere el inciso siguiente, se regirán por las disposiciones de la Ley N° 4.558”.

52. Como la nueva ley derogó el privilegio de los créditos refaccionarios, al no haberlo contemplado ella, y al haber suprimido la antigua norma, surge la duda acerca de qué ocurre con los privilegios constituidos bajo el imperio de la ley derogada: si resultan abolidos o mantienen su vigor.

Y la cuestión se suscita aún respecto de las quiebras cuya tramitación se haya iniciado en el término establecido por el artículo primero transitorio de la nueva ley, por cuanto bien pudiera sostenerse que la regla especial de vigencia allí dada se refiere a las normas relativas propiamente a las quiebras, y no a las que son relativas a preferencias de pago; normas estas últimas que pudieran estimarse ajenas al régimen de las quiebras, y sólo accidentalmente contenidas en la ley del ramo.

b) *Si los privilegios y causas de prelación que tienen los créditos bajo el imperio de una ley pueden ser extinguidos por otra posterior*

53. Es éste un problema en extremo arduo, y que merece estudio aparte, por lo que sólo nos limitaremos ahora a dar algunas nociones al respecto.

La doctrina clásica es que los privilegios de los créditos forman parte de ellos y no pueden ser afectados por la ley nueva.

54. En el Repertorio Fuzier Herman leemos lo siguiente:

“La regla de la no-retroactividad se aplica a las seguridades y garantías que atribuía al acreedor la ley bajo la cual han nacido sus derechos. El acreedor continúa gozando de aquéllas de conformidad con esta ley, no

obstante la dictación de una ley nueva que modifique la antigua. Aubry et Rau, t. I, p. 123, párrafo 30”.

“Se ha fallado, a este respecto, que la disposición del antiguo artículo 531 del Código de Comercio, que restringía la hipoteca legal de las mujeres de comerciantes en falencia a los solos inmuebles que el marido poseía el día del matrimonio, no es oponible a la mujer casada antes de la promulgación del Código de Comercio . . . Ello es así incluso para los créditos de indemnización nacidos después del Código de Comercio” (cita tres fallos a favor y uno en contra).

“Incluso se ha decidido que la mujer casada bajo el imperio de una ley que le aseguraba hipoteca, a la fecha del matrimonio, por todos sus créditos indistintamente, debía, a pesar de las disposiciones contrarias del artículo 2135 del Código Civil, ser colocada en esta misma fecha en cuanto a los retiros o indemnizaciones que le fueran debidas por enajenaciones realizadas o deudas contraídas con posterioridad al Código. (Se citan numerosos fallos y autores) . . . Troplong, *Hypothèques*, t. 2, N° 630; Demolombe, t. 1 N° 60; Aubry et Rau, t. 1, p. 123, párrafo 30, nota 55; Merlin, V° Efecto retroactivo, sec. 3, párrafo 3, art. 2, Grenier, *Hypothèques*, t. 1, N° 239”.

“El orden de colocación de los privilegios e hipotecas es determinado por las leyes en vigor al momento en que han nacido. Casación 9-V-1860 . . . , 3-VII-1866”.

“El principio que hemos sentado no debe limitarse a los acreedores cuyo privilegio o hipoteca tienen un carácter especial, como parece darlo a entender un fallo de la Corte de Burges del 13 de mayo de 1895 . . . No habría motivo alguno para distinguir, y además, todos los fallos que acabamos de citar, y que consagran el principio, son relativos a la hipoteca legal de la mujer casada, es decir, a una hipoteca general”. (*Répertoire Général Alphabetique du Droit Français*, t. XXVI, Paris, 1898, *Librairie Recueil Sirey*, V° Lois et Décrets, N°s. 661-665).

55. Troplong, tratando de la hipoteca de las mujeres casadas, explica así el fundamento de la doctrina expuesta:

“En efecto, los derechos que resultan de unas capitulaciones matrimoniales, e incluso de todo contrato cualquiera que él sea, están fuera del alcance de la ley posterior, aun cuando no sean sino eventuales . . .”. (*Op. cit.*, t. 2, N° 630, pág. 442).

56. Modernamente algunos disienten de estas enseñanzas. Paul Roubier en su célebre obra “*El Derecho Transitorio*” nos dice que él adhería a la doctrina de la intangibilidad del privilegio en la primera edición de ese libro (II, p. 273 y s.); pero que un examen más atento lo ha conducido a abandonarla (*Le Droit Transitoire*, Dalloz et Sirey, 2ª ed., Paris, 1960, pág. 319, nota 2).

Exponiendo su actual punto de vista, expresa Roubier:

“Las leyes que establecen privilegios a favor de ciertos créditos deben ser clasificados en el mismo grupo (relativas a los efectos futuros del crédito, no producidos todavía en el momento mismo de su nacimiento). En efecto, el principio es que, en caso de insuficiencia del activo del deudor, todos los acreedores (salvo, por cierto, aquellos que han obtenido una seguridad especial, prenda o hipoteca) están en igualdad de condiciones y han de obtener solamente un dividendo proporcional a su crédito. Mas este principio sufre excepciones a causa de la misma ley, que ha creado derechos de preferencia llamados privilegios, a favor de ciertos créditos. La creación (o la supresión) de estos privilegios es parte del régimen o regulación legal de esos créditos. Las leyes nuevas, en semejante caso, se refieren a los efectos del crédito en el procedimiento de distribución del activo del deudor. Estas leyes tienen efecto inmediato, es decir, se aplican a todas las graduaciones de acreedores posteriores”. (Op. cit., p. 319).

Luego señala la jurisprudencia del Tribunal de Casación que concuerda con su tesis, y añade: “Esta jurisprudencia era muy discutida entre los civilistas a causa de sus consecuencias desastrosas para el crédito privado (H. Solus, Rev. Trim. de dr. civ., 36.838; Planiol, Ripert et Becqué, Tr. prat. de dr. civ., XII, Sûretés réelles, 2ª ed., Paris, 1953, N° 60 bis. p. 66, N° 2 ...”.

“En una hipótesis, sin embargo, la Corte de Casación (com. 7-V-1957) ha fallado que las condiciones de existencia de un privilegio son determinadas por la ley en vigor al día del nacimiento del crédito. Se trataba de saber durante qué plazo el pago de cotizaciones de la Seguridad Social se encontraba garantizado por el privilegio, en presencia de leyes sucesivas que habían modificado este lapso. El crédito y el privilegio se encuentran aquí disociados en cuanto a su duración”. (Op. cit., pág. 319, nota 3).

57. Hemos hecho estas larguísimas citas, que se nos han de disculpar, para que pueda apreciarse cuán discutible es el punto del efecto temporal de la ley en materia de privilegios para el pago.

Entre nosotros, Claro Solar está con el principio de la intangibilidad del privilegio, aún cuando no lo dice explícitamente. Tratando del artículo 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, expresa:

“La aplicación del principio que sanciona el artículo 22 ha sido frecuente:

“1º La ley vigente a la época del matrimonio es la que regla, en principio, los derechos de los esposos”;

“2º La misma ley es la que determina y rige las seguridades legales que garanticen el crédito de una mujer casada bajo el imperio de una

ley que le concedió hipoteca legal sobre los bienes del marido indistintamente por todos sus créditos". (T. I, N° 146, ed. 1898, págs. 83-84).

58. En cuanto a nuestra jurisprudencia, sólo hemos encontrado un fallo sobre la materia: una persona que se había subrogado en un crédito fiscal, interpuso tercería en la ejecución promovida por un acreedor hipotecario para ser pagada preferentemente. La Corte Suprema decidió que, al haber restringido la Ley 5.441 la preferencia de los créditos fiscales respecto de las Instituciones Hipotecarias, sólo a los casos de impuestos que afectaran directamente a la propiedad hipotecada y que tuviesen por base el avalúo de la propiedad raíz, había desaparecido el privilegio que antes guarnecía el crédito del tercerista, originado bajo el imperio de la ley antigua. Los considerandos básicos dicen así:

8° "Que si bien es cierto que el artículo 1612 del Código citado establece que la subrogación tanto legal como convencional traspaasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo contra el deudor principal, también lo es que esta disposición sólo puede referirse a los derechos, acciones y privilegios que son inherentes o pertenecen al crédito cedido y que le favorecieran en el momento de reclamarse su pago en virtud de la cesión";

9° "Que en el presente caso, el crédito del tercerista —apoyado en el mérito de la escritura extendida el año 1935 (se refiere a escritura de reconocimiento de deuda), esto es, en una fecha en que los créditos a favor del Fisco ya habían pasado a gozar de una preferencia limitada con respecto a los créditos a favor de las instituciones hipotecarias—, no puede considerarse con la preferencia que se le quiere atribuir, supuesto que al estimarlo así se haría revivir un privilegio ya extinguido por disposiciones de una nueva ley";

11° "Que, en efecto, por lo que hace a ésta (ley sobre efecto retroactivo), conforme ha dicho el artículo 12, recién citado, "todo derecho real adquirido bajo una ley o en conformidad a ella subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción prevalecerán las disposiciones de la nueva ley", y es evidente que la ley posterior ha debido prevalecer en el goce del derecho real de hipoteca en favor del banco, goce que se identifica, haciéndose práctico y tangible, en la operación de obtener el pago efectivo de la deuda y, en consecuencia, el fallo debió, lo que no hizo, reconocer que los créditos a favor del Fisco pasaron a gozar sólo de una preferencia limitada, porque no se puede poner en duda que la nueva ley 5.441, en su artículo citado, incrementa el goce del derecho de hipoteca, siendo evidente que este derecho al ser ejercitado adquiere una mayor amplitud en virtud de una disposición nueva".

La sentencia de reemplazo agrega esta motivación:

4º “Que el imperio de esta ley (la que restringió el privilegio) debe considerarse en vigencia desde la fecha en que fue promulgada y su aplicación coexistir con el momento en que se trata de resolver el derecho que tienen los acreedores fiscal o particular hipotecario para pagarse preferentemente con los bienes del deudor afectados con este gravamen”. (Revista del Derecho y Jurisprudencia, t. 38, sec. 1ª, pág. 295).

59. El caso resuelto por la Corte Suprema es análogo al que se plantearía ahora si se tratase de alegar el privilegio de la antigua Ley de Quiebras por un acreedor refaccionario, contra uno hipotecario —supuesto que aquel privilegio se extendiese a los inmuebles—.

### c) *Conclusión*

60. Podría sostenerse con buena probabilidad:

a. Que el artículo 1º trans. de la Ley 18.175, al decir que las quiebras cuya tramitación se hubiese iniciado o se iniciara dentro de cierto plazo, se seguirían rigiendo por la ley antigua, no comprendió las normas sobre prelación de créditos de esta última. Y que, en consecuencia, tales reglas no dependen, en cuanto a su aplicación, de la época de incoación de los trámites de la quiebra, habiendo quedado en absoluto derogadas al dictarse la nueva ley. Parecería, en efecto, bastante absurdo que la preferencia del acreedor refaccionario por un crédito nacido bajo el imperio de la antigua ley pudiera estar subordinada a la época en que se iniciase la tramitación de la quiebra del deudor. Y más absurdo aún parecería que un crédito por construcción originado después de derogada la ley antigua, gozase del privilegio de ésta si el deudor alcanzase a ser declarado en quiebra en el plazo indicado por el artículo 1º transitorio de la nueva ley.

b. Que los privilegios para el pago no constituyen derechos adquiridos, y que, de consiguiente, el privilegio de los créditos refaccionarios fue abolido por la nueva Ley de Quiebras aun para los créditos constituidos bajo el imperio de la antigua.

### III. CONCLUSIONES FINALES

a. El privilegio de los créditos refaccionarios establecidos por el artículo 118 de la antigua Ley de Quiebras, ciertamente no se extendía a los inmuebles;

b. Probablemente la abolición del privilegio de los créditos refaccionarios ha surtido efecto desde la fecha misma de la Ley 18.175, y ha afectado a los créditos originados bajo el imperio de la ley antigua, de manera que aun si se considerase que el privilegio se extendía a los inmuebles, debiera estimárselo fenecido.