

La preferencia de la hipoteca.

Por Ivo Skoknic L.

Revisando las sentencias dictadas por la Corte Suprema en los años recientes, he encontrado algunos fallos –no muchos-, relacionados con aspectos procesales de la hipoteca, de los cuales emanan interesantes y novedosas doctrinas, que, de lograr uniformidad, podrían transformarse en jurisprudencia.

Uno de esos aspectos, se refiere al beneficio de que goza el acreedor hipotecario, para ser pagado con preferencia en su crédito de tercera clase, en caso de concurso de acreedores, sin que medie declaración de quiebra. En efecto, el inciso primero del artículo 2473 del Código Civil, establece la regla general respecto de los créditos privilegiados de primera clase, al disponer que “Los créditos enumerados en el artículo precedente afectan todos los bienes del deudor; 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”. Pero, más adelante, el artículo 2478 del mismo Código, establece otra regla general en beneficio del crédito hipotecario, expresando que “Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor.

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”.

El citado inciso primero del artículo 2478, fue interpretado, en un principio, en el sentido de que para que el acreedor hipotecario pudiera hacer efectiva su preferencia en desmedro del acreedor privilegiado de primera clase, debía acreditar que el deudor no tenía otros bienes en que hacer efectivos los créditos privilegiados en su totalidad o en el déficit.

Esa era la opinión, por lo demás, de don Manuel Somarriva Undurraga, quien, y citando jurisprudencia de fines del siglo XIX y principios del XX, argumentaba que “Al acreedor privilegiado le sería difícil por no decir imposible producir esta prueba; tendría que acreditar un hecho negativo, cual es que el deudor carece de bienes. En cambio, la prueba del acreedor hipotecario será relativamente fácil; podrá probar que el deudor tiene bienes mediante las inscripciones de dominio de bienes raíces, por certificados bancarios de depósitos, por certificados expedidos por las distintas sociedades anónimas en que se certifique que el deudor posee acciones, por declaraciones de testigos, etc. Fuera de esto, hay otra razón para resolver la cuestión como lo hemos hecho: de ordinario el acreedor que tiene un crédito de primera clase hará valer su privilegio entablando tercería de prelación. Ante esta pretensión el acreedor hipotecario se excepcionará alegando que el deudor tiene otros bienes en los cuales el tercerista puede hacer efectivo su derecho, y de acuerdo con los principios generales aquel que opone una excepción le incumbe probar los hechos en qué la fundamenta”.

La segunda parte de este argumento no es sólida, ya que, alterando los papeles, se iría en contra de la misma; en efecto, de seguir con dicha tesis, si la tercería de prelación es interpuesta por el acreedor hipotecario, y el privilegiado se excepciona, debería probar este último la no existencia de otros bienes del deudor, ya que, evidentemente opondría dicha excepción.

En cuanto a la primera parte del razonamiento del profesor Somarriva, hay que encuadrarla en el contexto histórico en que fue efectuado – década de 1940 -, ya que, con los avances tecnológicos e informáticos habidos hasta ahora, la prueba acerca de la existencia o inexistencia, esta última vía presunciones, de otros bienes del deudor, tiene actualmente el mismo grado de dificultad tanto para el acreedor hipotecario como para el privilegiado. Así, este último, y para probar la carencia de bienes del deudor, conclusión a la que se llega por intermedio de presunciones, puede obtener un certificado de un ministro de fe, respecto de que en el domicilio del deudor no existen bienes embargables, o estos son de escaso valor; también existen instituciones privadas que obtienen

información de los registros públicos de propiedades, vehículos motorizados, acciones, etc., las cuales pueden emitir un informe en que no aparezcan consignados bienes del deudor, etc, por lo que, e insisto en el punto, ambos acreedores se encuentran en la actualidad en condiciones de igualdad, para obtener la prueba de su pretensión.

Entonces, si la carga probatoria no es el antecedente que permita determinar a quién corresponde acreditar que el deudor carece de otros bienes, debemos buscar otra respuesta a esta pregunta.

Creo que esta respuesta puede ser dada desde dos perspectivas, una fáctica y otra jurídica.

En cuanto a lo primero, no cabe duda de que en las últimas décadas, la institución de la hipoteca, como fuente de crédito y financiamiento, especialmente de parte de Bancos comerciales e Instituciones Financieras, y tanto para empresas como para personas naturales, ha adquirido un papel primordial. Tal es así que la Ley General de Bancos, dictada para incentivar la adquisición de la vivienda propia y proteger a las instituciones que otorgaban dichos créditos, restringió expresamente el privilegio del n°9 del artículo 2472 del Código Civil, solo tratándose de impuestos que afecten directamente a la propiedad hipotecada y que tengan por base el avalúo de la propiedad raíz, y de créditos a favor de los servicios de pavimentación, de conformidad con las leyes respectivas.

La ley y sus instituciones deben ser interpretadas progresivamente, ajustándose al momento histórico y a la realidad social que se vive, y es evidente que en la actualidad la certeza en el pago preferente que da la hipoteca al acreedor que la posee, debe ser protegida; a fin de no perjudicar el emprendimiento, y de no encarecer o dificultar el crédito y el financiamiento, tan importante y necesario en estos momentos.

Desde el punto de vista jurídico, y para una adecuada solución del problema, deben tenerse presente dos ideas: a.- Por regla general, los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas; y b.-

Excepcionalmente, y solo en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, se extenderán a las fincas hipotecadas.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse: ¿a quién beneficia la excepción?; no cabe duda de que al acreedor privilegiado, y por tratarse de un caso excepcional, del cual él se quiere aprovechar, y que altera una regla general impuesta por el legislador, cabe concluir que a dicho acreedor incumbe probar el hecho en qué se funda el beneficio que reclama.

Esta conclusión ha sido aceptada por la jurisprudencia casi uniforme, emanada en el último tiempo de nuestros tribunales de justicia, aunque también existen un par de sentencias en este sentido, dictadas en la década del 40, pero sin que dicha doctrina se consolidara, sino hasta los últimos años, como señalé precedentemente.

Es así que la Primera Sala Civil de nuestro máximo tribunal ha sostenido reiterada y uniformemente, y por la unanimidad de sus integrantes, la doctrina de que la prueba de la carencia de bienes del deudor, recae sobre el acreedor de la primera clase. Para demostrarlo están las sentencias de 24 de enero de 2006, autos caratulados “Banco de Crédito e Inversiones con Campos Heyboer Santiago”; de 6 de diciembre de 2006, autos caratulados “Banco Santander Chile con Miguel Pérez V. y Cía Ltda.”; de 25 de enero de 2007, en los autos caratulados “Banco Santander Chile con Aguilar Vidal, Emelina y otros”; y de 29 de marzo de 2007, en autos caratulados “Banco de Chile con Grohnert Moreno, Raúl”.