**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 240 (julio-diciembre) 2016: 203-214 ISSN 0303-9986

# *COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA*

GONZALO CORTEZ MATCOVICH
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Concepción - Chile

## *TERCERÍA DE PRELACIÓN Y ONUS PROBANDI**

### *Doctrina*

Incumbe al acreedor de primera clase probar que sus créditos no pueden cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, para que su acreencia pueda extenderse a las fincas hipotecadas.

Corte Suprema, 5 de diciembre de 2016.[1]

### *Comentarios*

### *1. La cuestión jurídica*

De acuerdo al artículo 2478 del Código Civil: "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".

Esta disposición resuelve la eventual concurrencia de un acreedor de primera clase y uno hipotecario sobre una misma clase de bienes y lo hace confiriendo prioridad al segundo, a menos que se establezca que los demás bienes del deudor resultan insuficientes para cubrir los créditos de primera clase. Sólo en esta hipótesis los acreedores de primera clase pueden hacer valer sus acreencias sobre los bienes hipotecados.

* Este trabajo presenta resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1140986 "Conceptos fundamentales del Derecho Probatorio en Chile", del cual el autor es coinvestigador.

[1] Corte Suprema, 5 de diciembre de 2016, Rol N° 27.728-2016 (Tercera Sala).

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



En efecto, el art. 2478 del C. Civil plantea una regla general y una de excepción. La primera está referida a que los créditos de la primera clase no pueden extenderse a las fincas hipotecadas y la excepción está dada por la circunstancia de que dichos créditos no puedan cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor.

Es precisamente esta situación excepcional, que permite a los acreedores de primera clase extender sus créditos para hacerlos efectivos sobre inmuebles gravados con hipoteca, la que ha suscitado algunas dificultades de orden probatorio. El núcleo de la controversia está referido a la determinación de la parte que debe soportar el peso de la prueba de la insuficiencia de los demás bienes del deudor para cubrir los créditos de primera clase, como presupuesto para que éstos puedan afectar los bienes hipotecados.

## *2. Doctrina jurisprudencial*

La sentencia que se comenta resuelve la cuestión imponiendo al acreedor de primera clase la carga de probar que sus créditos no pueden ser cubiertos en su totalidad con los otros bienes del deudor, como condición para que su acreencia pueda extenderse a las fincas hipotecadas.

Es la tesis que ha prevalecido en el último tiempo en la jurisprudencia del máximo tribunal,[2] aunque no han faltado votos de minoría como también decisiones de Cortes de Apelaciones que han considerado que la carga de la prueba, en este caso, incumbiría al acreedor hipotecario, lo que hace que la cuestión siga presentándose como discutible y aconseja una adecuada explicación.

## *3. La carga de la prueba*

Para que la regla de la inexcusabilidad tenga genuina virtualidad, es indispensable que se proporcione al juez herramientas que le permitan resolver aquellos asuntos en los que los hechos básicos para resolver la controversia no se encuentran probados. En efecto, frente a situaciones de incertidumbre tanto sobre las cuestiones jurídicas como las fácticas relevantes para adoptar una

[2] Así, entre otras, Corte Suprema, 15 de julio de 2013, Rol Nº 9638-2012; Corte Suprema, 16 de agosto de 2011, Rol Nº 3961-2011; Corte Suprema, 9 de marzo de 2011, Rol Nº 4618-2010; Corte Suprema, 15 de diciembre de 2010, Rol Nº 2938-2010.

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



decisión, una mínima prudencia aconsejaría evitar la decisión, como de forma sensata lo sugiere el refranero (*ante la duda abstente*).

Sin embargo, desde la perspectiva de las garantías del ciudadano, el derecho de acción no se agota en la posibilidad que se le reconoce de activar la función jurisdiccional sino también con el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una resolución fáctica y jurídicamente motivada. Por esto, la prohibición de utilizar el *non liquet*, es decir, la posibilidad de que el juez declare un caso sin solución, no es admitida en nuestro ordenamiento que sanciona incluso penalmente a quien niegue o retarde la administración de justicia (art. 225 3º del C. Penal). Así, para la incertidumbre derivada de la ausencia de una regla jurídica destinada a resolver la cuestión, la regla del art. 170 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil provee lo necesario para que el juez cumpla el mandato constitucional de decidir la cuestión. Tampoco la incertidumbre sobre las cuestiones de hecho permite dejar de resolver la cuestión[3] y es aquí donde entran a operar las reglas sobre distribución del peso de la prueba.

Atendiendo a sus destinatarios, la carga de la prueba puede ser analizada como actividad que debe ser desarrollada por las partes y como regla de juicio. En el primer sentido, la carga de la prueba como toda otra carga de naturaleza procesal es un imperativo establecido en el propio interés de la parte para prevenir un perjuicio procesal y en último término una sentencia desfavorable.

Pero, a los efectos de este comentario, resulta más relevante la apreciación del *onus probandi* desde la perspectiva del juez, es decir, como regla de juicio cuyo significado apunta a proporcionarle al juzgador una pauta a seguir al momento de adoptar la decisión sobre unos determinados hechos y ante la concurrencia de ciertos presupuestos.[4]

Como señala Montero,[5] al final del proceso, cuando el juez debe decidir respecto de los hechos, el juzgador puede haber llegado a obtener certeza positiva o negativa respecto de un determinado hecho. De este modo, una primera alternativa es concluir que a partir de la actividad probatoria desplegada en el proceso el hecho afirmado por una de las partes efectivamente existió, lo que en el caso que se comenta significa que se estableció que los demás

[3] Ortells Ramos, Manuel; Mascarell Navarro, María José; Cámara Ruiz, Juan; Juan Sánchez, Ricardo; Bonet Navarro, José; Bellido Penadés, Rafael; Cucarella Galiana, Luis Andrés; Martín Pastor, José, *Derecho procesal civil*, Thompson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2012, 10ª edición [1022 pp.], p. 386.

[4] Garberí Llobregat, José; Buitrón Ramírez, Guadalupe, *La prueba civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. [596 pp.], p. 51.

[5] Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1998 [577 pp.], p. 57.

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



bienes del deudor, excluidos los hipotecados, no alcanzan a cubrir los créditos de la primera clase. En tal caso, el juez tendrá ese hecho como probado en la sentencia y declarará la consecuencia jurídica prevista en la norma del art. 2478 del C. Civil, esto es, permitir que los créditos de primera clase alcancen los bienes hipotecados. Una segunda alternativa es que, a partir de la prueba desarrollada en el proceso, el juzgador arribe a una certeza negativa sobre el supuesto fáctico previsto en la norma y concluya que los demás bienes del deudor son suficientes para el pago de los créditos de primera clase, en cuyo caso, tendrá que negar lugar en la sentencia a la consecuencia jurídica pedida.

Como se puede apreciar, en ambos casos no se suscitan problemas relativos a la distribución del peso de la prueba porque hubo actividad probatoria y ésta fue suficiente para generar certeza positiva o negativa sobre el supuesto de hecho contenido en la norma respectiva. Si en el proceso resultó acreditado que los demás bienes del deudor alcanzan para cubrir los créditos de primera clase o, por el contrario, éstos son insuficientes, poco importa quién tuvo sobre sí el peso de la prueba. El juez tampoco se lo preguntará porque de acuerdo al principio de adquisición procesal los resultados de las actuaciones probatorias se incorporan al proceso con prescindencia de la parte que las haya realizado.[6] Cuando hay prueba –señala Eisner[7]– no importa si la trajo el que estaba con el peso de la carga de la prueba sobre sí o la trajo el adversario.

Por esta razón se ha resuelto que aun cuando en la sentencia se hubiere invertido la carga de la prueba, ello carece de influencia en lo decidido, desde que los jueces ponderando los antecedentes probatorios existentes en los autos llegaron a la conclusión de que los demás bienes hallados en el patrimonio del ejecutado son insuficientes para cubrir a cabalidad el crédito del tercerista.[8]

Pero también puede presentarse una tercera hipótesis: que no se haya generado certeza positiva ni negativa sobre el hecho, ya sea porque no se produjo actividad probatoria a su respecto o porque ésta fue insuficiente para dar por establecido el hecho correspondiente. En tal caso y puesto el juez en la necesidad de pronunciar sentencia, la regla del *onus probandi* le enseña en qué

[6] Palomo Vélez, Diego; Bordalí Salamanca, Andrés; Cortez Matcovich, Gonzalo, *Proceso civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Procedimiento sumario y tutela cautelar*, Thomson Reuters-La Ley, Santiago, 2014 [544 pp.], p. 236.

[7] Eisner, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1964 [101 pp.], p. 55; Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de octubre de 2010, Rol Nº 217-2010: "si un hecho ha resultado probado, el juez debe partir de él en la sentencia, siendo indiferente qué parte lo haya probado."

[8] Corte Suprema, 28 de agosto de 2012, Rol Nº 4258-2011. En similar sentido, Corte Suprema, 10 de noviembre de 2010, Rol Nº 6296-2009; Corte Suprema, 9 de julio de 2015, Rol Nº 7006-2015.

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



sentido debe decidir frente a este supuesto de incertidumbre, debiendo hacer recaer las consecuencias desfavorables de la falta o insuficiencia probatoria en aquélla de las partes que se encontraba gravada con el peso. Recién ahora el juez debe preguntarse ¿quién tenía sobre sí el peso de la prueba?, porque éste tendrá que sufrir los resultados prejudiciales de la ausencia o insuficiencia probatoria.

Por consiguiente, es perfectamente posible que la sentencia favorezca a la parte que no cumplió con la carga de la prueba, ya que la decisión puede estar basada en pruebas producidas de oficio o incluso provenientes de la contraparte,[9] lo que ha llevado a sostener que la teoría de la carga de la prueba no es sino la teoría de las consecuencias de la falta de prueba.[10]

*4. Los criterios de distribución de la carga de la prueba*

Las primeras reglas derivadas de generalizaciones de algunas fórmulas romanas, como aquellas que colocaban sobre el actor el peso de la prueba (*onus probandi incumbit actori*) o las que lo imponían a quien afirma, eximiendo a quien niega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat)*, pronto demostraron su insuficiencia, por lo que fue necesario desarrollar fórmulas más elaboradas y precisas. Así, un criterio muy difundido entre nosotros aunque no exento de críticas, es el que considera que no existe necesidad de probar aquello que se conforma con el estado normal y habitual de las cosas, de modo que se impone la carga a quien alega el hecho anormal, porque el normal se presume.[11] También merece mención aquella que atiende a la naturaleza de los hechos alegados, distinguiéndose entre los hechos constitutivos, por un lado, y los impeditivos, modificativos y extintivos, por otro. Un criterio bastante preciso es el que atiende al efecto jurídico perseguido con los hechos que se plantean, en relación con la norma jurídica cuya aplicación se pretende. Como sostiene Devis Echandía, esta tesis podría enunciarse diciendo que quien resulte favorecido por la norma que consagra el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probar el supuesto de hecho de la misma norma.[12]

[9] Marinoni, Luiz Guilherme; Cruz Arenhart, Sérgio, *La prueba* (trad. Núñez A. R.), Thomson Reuters, Santiago, 2015 [472 pp.], p. 182.

[10] Montero, cit. (n. 5), pp. 57-8. Con mayor detalle, Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba* (trad. Krotoschin), Edit. B de F Ltda., Montevideo, 2002, 2ª edición [460 pp.], p. 23.

[11] Devis Echandía, Hernán, *Compendio de la prueba judicial*, Rubinzal-Culzoni, Bs. Aires, 2007, T. I [336 pp.], p. 203.

[12] Devis Echandía, cit. (n. 11), pp. 207 y ss.

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



### *5. La regla legal de distribución del peso de la prueba*

La norma general sobre la carga de la prueba es la del art. 1698 del C. Civil claramente no es una norma que se haga cargo del fenómeno de la distribución del peso de la prueba de un modo completo e integral. Prescindiendo de la limitada referencia sólo a las obligaciones, lo cierto es que prescinde de la correspondiente alusión a los hechos impeditivos y los excluyentes, abarcando únicamente los constitutivos y los extintivos. Se trata, por consiguiente, de un mero principio, pero que constituye un punto de partida importante porque así lo dispone nuestro derecho positivo,[13] aunque como lo ha reconocido la doctrina no siempre resulta sencillo determinar a quién corresponde probar, aun teniendo en cuenta la regla positiva antes referida.[14]

### *6. La regla legal y los criterios invocados en la sentencia*

Es notable como en el fallo que se comenta se hace una aplicación conjunta, no discriminada, de todos los criterios distributivos recién reseñados. No obstante, pese a este acopio indiscriminado, la aplicación de cualquiera de los criterios más difundidos sobre la materia parece conducir a la misma conclusión mantenida por la Corte Suprema.

En este sentido, en el considerando 10º se sostiene que habiendo basado el tercerista su pretensión de pago preferente respecto del predio hipotecado en la insuficiencia de otros bienes de la ejecutada, sobre ese mismo litigante recaía el peso de la prueba "por sostener una proposición que opera como excepción al principio o regla general a que anteriormente se aludió, consistente en que los créditos de primera clase no afectan a los inmuebles gravados con hipoteca". Con esta proposición, el tribunal acoge la tesis de que el peso de la prueba debe soportarlo quien sostenga una situación de carácter excepcional, es decir, que comporte una alteración del estado normal de las cosas, que puede ser calificado como la regla general.

Pero a continuación, en la misma motivación, parece recoger la tesis que considera la naturaleza de los hechos alegados, calificando a la condición de que los créditos de primera clase sólo se extienden a las fincas hipotecadas

[13] MONTERO, cit. (n. 5), p. 63.

[14] PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La prueba en materia sustantiva civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1989 [126 pp.], p. 59.

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



en caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, como "un elemento de la acción de prioridad o preferencia de estos créditos", es decir, un hecho constitutivo.

En fin, no ha prescindido el máximo tribunal de la consideración del efecto jurídico perseguido con los hechos que se plantean, en relación con la norma jurídica cuya aplicación se pretende, cuando se afirma que "al invocar como fundamento de su acción incidental la insuficiencia de otros bienes de la ejecutada para afrontar el pago del crédito de primera clase -del que alega ser titular- sobre ese mismo litigante recaía el peso de acreditar en los aspectos señalados la preferencia que alegaba". En otras palabras, lo que nos dice la Corte Suprema es que quien invoca en su favor el efecto jurídico previsto una norma, carga con el peso de demostrar el supuesto de hecho de la misma norma.

## *7. Los motivos de la discrepancia jurisprudencial*

Según lo que se ha venido diciendo, la decisión del máximo tribunal parece apropiada cualquiera sea el criterio que se emplee para atribuir la carga probatoria. Sin embargo, como se esbozó al comienzo de este comentario, si la solución dada a la cuestión parece resultar tan poco cuestionable a la luz de los criterios más aceptados sobre la determinación de quién debe cargar con el riesgo derivado de la falta o insuficiencia de la prueba, cabe preguntarse por qué hace menos de una década el criterio de la Corte Suprema era exactamente el contrario,[15] por qué hay decisiones de las Cortes de Apelaciones que insisten en gravar al acreedor hipotecario con la prueba[16] y por qué siguen figurando votos de minoría en algunos fallos del tribunal supremo que controvierten la doctrina predominante.[17]

[15] Corte Suprema, 3 de junio de 2008, Rol N° 2019-2007, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/2542/2008; Corte Suprema, 16 de septiembre de 2008, Rol N° 4472-2007; Corte Suprema, 24 de noviembre de 2008, Rol N° 5281-2007, Cita Westlaw Chile: CL/JUR/4210/2008; Corte Suprema, 26 de noviembre de 2008, Rol Nº 5.332-2007; Corte Suprema, 2 de abril de 2012, Rol Nº 501-2012; Corte Suprema, 4 de enero de 2013, Rol Nº 3.554-2012 y anteriormente, Corte Suprema, 14 de noviembre de 1938, en RDJ, T. 36 (1939), Secc. 1ª, p. 10.

[16] Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 2014, Rol N° 147-2014: "2°.- Que la carga de la prueba para convencer a la judicatura acerca de la insuficiencia de bienes del deudor corresponde al tercerista, pues de lo contrario se estaría exigiendo a los ejecutantes acreditar un hecho negativo, como lo es el que no existen otros bienes del deudor, aparte de la finca hipotecada, donde ejercer sus acreencias preferentes". También se sostuvo este criterio en alguna sentencia más antigua: Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 1932, en RDJ, T. 36 (1939), Secc. 1ª, p. 330.

[17] Corte Suprema, 12 de agosto de 2015, Rol N° 23641-2014 (Voto de minoría). También hay votos de minoría en fallos de las Cortes de Apelaciones, como el que figura en la sentencia de la Corte de

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



A mi juicio, hay algunos elementos que pueden resultar perturbadores en el análisis y que merecen ser aclarados tales como la imprecisión de los criterios de distribución, la consideración de la posición procesal que ocupa la parte y la incomprensión que suscita la identificación negativa del supuesto normativo de la regla del art. 2478 del C. Civil.

Una primera razón que provoca discordancia jurisprudencial radica en la imprecisión de los criterios propuestos para la distribución del peso de la prueba. En este sentido, existe abundante jurisprudencia del máximo tribunal que establece que la condición de que los créditos de primera clase sólo se extienden a las fincas hipotecadas en caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor, corresponde a un elemento de la acción de prioridad o preferencia de estos créditos,[18] lo que viene a significar que se trata de un hecho constitutivo, es decir, de aquellos que configuran una situación jurídica[19] y le dan vida al derecho alegado por el acreedor de primera clase. Sin embargo, en sentido contrario, el máximo tribunal tiene resuelto que "... la necesidad de acreditar la insuficiencia de los bienes del deudor no aparece como un supuesto de procedencia de tal acción,[20] lo que significa que si bien la distinción entre las clases de hechos presenta utilidad, no siempre resulta sencillo identificar la naturaleza constitutiva del hecho.[21] Incluso, en algún voto de minoría se ha sostenido que "la existencia de otros bienes constituye un hecho impeditivo que no permitirá la eficacia de la tercería de prelación invocada en contra de su hipoteca, con lo cual, si en el presente caso, no se demostró la existencia de bienes distintos del inmueble hipotecado, el privilegio de primera clase se sobrepone, conforme con la ley, a la preferencia hipotecaria."[22]

Otro tanto sucede respecto de la aplicación del criterio de la alteración de la normalidad. Se sostiene que le corresponde cargar con el peso de la prueba

Apelaciones de Temuco, de 18 de marzo de 2010, Rol Nº 1839-2008: "Que corresponde la carga probatoria al acreedor hipotecario en orden a justificar la existencia de otros bienes en que pueda hacerse efectivo el crédito del trabajador, toda vez que exigir lo contrario -la prueba al tercerista de no poder cubrir su crédito con otros bienes del deudor- importa la obligación de acreditar un hecho negativo, lo cual repugna a los principios de la teoría general de la prueba."

[18] Corte Suprema, 7 de junio de 2016, Rol N° 11587-2015; Corte Suprema, 19 de mayo de 2014, Rol Nº 9427-2013; Corte Suprema, 29 de marzo de 2007, Rol Nº 1477-2006; Corte Suprema, 27 de enero de 2006, Rol Nº 1347-2005; Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de julio de 2007, Rol Nº 1017-2007.

[19] Peñailillo, cit. (n. 14), p. 53.

[20] Corte Suprema, 2 de abril de 2012, Rol Nº 501-2012.

[21] Montero, cit. (n. 5), p. 61.

[22] Corte Suprema, 15 de diciembre de 2010, Rol Nº 2938-2010. (Voto de minoría).

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



a quien afirme una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas.[23] Aplicando esta idea, se tiene resuelto que como la regla general es que los créditos de primera clase no se extienden a las fincas hipotecadas y la excepción es que tales bienes o preferencias pueden ser afectados en el caso de que los créditos no puedan ser cubiertos en su integridad con los otros bienes del deudor, razón por la cual "tal excepción a la situación normal y general, corresponde al acreedor de primera clase probar los hechos que la configuran, esto es, la carencia de otros bienes del deudor o que su valor es insuficiente para pagar su crédito".[24] Sin embargo, aplicando el mismo criterio de la alteración de la normalidad se ha decidido en sentido contrario y se tiene resuelto que siendo los créditos de primera clase preferentes respecto de cualquier otra clase, afectando a todos los bienes del deudor, sin distinción, la situación contemplada en el artículo 2478 del Código Civil es excepcional y si quiere el acreedor hipotecario aprovecharse de dicha excepción, corresponde a él la prueba.[25] Estas decisiones contrapuestas revelan que no es sencillo determinar en abstracto lo que debe entenderse por estado normal de las cosas.[26]

Asimismo, pese a existir consenso en orden a que en la distribución del peso de la prueba tiene incidencia la naturaleza de las afirmaciones de las partes y no su posición procesal, en ocasiones, para asignar la carga parece primar la condición que el litigante desempeña en el proceso. Hay que considerar que, en el caso que nos ocupa, pueden presentarse al menos dos escenarios de alegaciones de la norma en estudio. El primero, que es el más frecuente, se plantea mientras el acreedor hipotecario ejecuta al deudor y adviene al proceso un acreedor de primera clase interponiendo la correspondiente tercería. Pero también es posible que sea el acreedor de primera clase el que haya iniciado la ejecución y trabe embargo sobre un bien hipotecado. En tal caso, es el acreedor hipotecario el que debe interponer la tercería. Pues bien, como se indicó, la forma en que se produce la intervención no debiera alterar la conclusión sobre quién tiene sobre sí la carga de la prueba, pero el peso de la fórmula romana (*onus probandi incumit actori*) parece ser tan fuerte que es posible apreciar

[23] Corte Suprema, 29 de marzo de 2016, Rol N° 20406-2015.

[24] Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de enero de 2008, Rol N°4061-2004; en similar sentido se tiene resuelto que "…corresponde al acreedor de primera clase acreditar la situación excepcional que destruye la regla general contemplada en la disposición legal antes citada, para que opere la posibilidad de pagarse con el acreedor hipotecario con el valor del inmueble hipotecado…". (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de agosto de 2007, Rol Nº 744-2007).

[25] Corte Suprema, 4 de enero de 2013, Rol Nº 3.554-2012. En el mismo sentido, Corte Suprema, 31 de diciembre de 2007, Rol Nº 3604-2007.

[26] Peñailillo, cit. (n. 14), p. 52.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



cierta tendencia a imponer la conducta probatoria sobre aquél que interpone la tercería, con prescindencia de su carácter de acreedor hipotecario o de primera clase. Así, cuando el tercerista es el acreedor hipotecario que adviene a un proceso de ejecución iniciado por el acreedor que hace valer un crédito de primera clase se hace recaer sobre el tercerista (acreedor hipotecario) el peso de la prueba, pues "siendo el tercerista el que invoca una excepción para impedir que el crédito de primera clase pueda extenderse al bien hipotecado, se ha aplicado correctamente el peso de la prueba, ya que como se dejó asentado en el fallo que por esta vía se impugna, el tercerista no pudo cumplir con dicha carga probatoria".[27] Inversamente se ha sostenido que no procede imponer el peso de la prueba al acreedor hipotecario pues ello "…desnaturalizaría el carácter de actor que al tercerista da el artículo 540 del Código de Procedimiento Civil" (hoy art. 518 del mismo código).[28]

En fin y también como resabio de las fórmulas romanas que oscurecen el análisis, a raíz de la enunciación negativa del supuesto normativo (*no poder cubrirse en su totalidad los créditos de primera clase*) persiste en algunas sentencias la idea de que los hechos negativos no admiten prueba, por lo que la carga de acreditar la insuficiencia de bienes incumbe no a quien lo alega sino a la contraparte. En este sentido, se ha resuelto que la carga de la prueba acerca de la insuficiencia de bienes del deudor correspondería al acreedor hipotecario, pues de lo contrario se estaría exigiendo a los ejecutantes acreditar un hecho negativo, como lo es el que no existen otros bienes del deudor, aparte de la finca hipotecada, donde ejercer sus acreencias preferentes.[29] Pero la jurisprudencia reciente ha desestimado este razonamiento invocando una doble clase de argumentos: a) Reconociendo que la doctrina refuta la afirmación de no ser posible la prueba de los hechos negativos y que incluso admite la necesidad de su demostración bajo las ciertas circunstancias, que estarían presentes en este caso;[30] b) Desestimando que en la especie se esté frente a la prueba de un hecho negativo, sino ante el hecho positivo de cuáles son y a cuánto asciende el valor de los otros bienes del deudor, lo que es perfectamente posible en nuestro derecho, si se considera que muchos bienes están sujetos al régimen de inscripciones conservatorias o afectos a obligaciones contables o tributarias, que exigen ser

[27] Corte Suprema, 8 de octubre de 2009, Rol Nº 4753-2009. Cita Westlaw Chile: CL/JUR/2012/2009.

[28] Corte Suprema, 25 de marzo de 1942, en RDJ., T. 39 (1942), Secc. 1ª, p. 510.

[29] Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 2014, Rol N° 147-2014.

[30] Corte Suprema, 12 de agosto de 2015, Rol Nº 23641-2014.

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



inventariadas.[31] Esta segunda comprensión me parece equivocada. Es claro que el legislador ha utilizado la identificación negativa de un hecho para poner énfasis en una específica situación por sí misma negativa ("insuficiencia de bienes") para la producción de un determinado efecto jurídico. La generalización de los glosadores, que condujo a sostener que los hechos negativos no requieren probarse parece haber sido abandonada, aceptándose que las afirmaciones de hechos negativos en ocasiones deben probarse.[32] Por consiguiente, el problema se traslada a la forma en que deben ser demostrados tales hechos, predominando la idea de que dicha prueba se logra, indirectamente, mediante la prueba de un hecho *distinto,* incompatible con la existencia del hecho que se niega,[33] como lo sería la demostración de la existencia y cuantía de los bienes de propiedad del deudor, como forma indirecta de demostrar su insuficiencia para cubrir los créditos de primera clase. Sin embargo, en ocasiones se ha insistido con la idea de que los hechos negativos en nuestro derecho no se prueban.[34] En otros casos, se ha resuelto que los hechos negativos se acreditan sólo excepcionalmente.[35] En cualquier caso, la prueba de las negaciones presenta mayor dificultad, por lo que la doctrina acepta que el tribunal adopte un criterio de valoración menos riguroso.[36]

Es interesante constatar cómo en algunas sentencias se justifica este modo de proceder aludiendo a que en la actualidad numerosos bienes están sujetos a régimen registral o afectos a obligaciones contables o tributarias que exigen ser inventariadas, es decir, formulan una sutil referencia al principio de *facilidad probatoria*.[37] En realidad, como las hipótesis más recurrentes en la que se discute la aplicación del art. 2478 del C. Civil supone un enfrentamiento entre los acreedores de primera clase (paradigmáticamente trabajadores

[31] Corte Suprema, 15 de diciembre de 2010, Rol Nº 2938-2010; Corte Suprema, 7 de junio de 2016, Rol Nº 11587-2015; Severin Fuster, Gonzalo, "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", *Nomos - Universidad de Viña del Mar*, 2009, Nº 4 [pp. 55-63.], pp. 62-63.

[32] Hunter Ampuero, Iván, "Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2015, 22, Nº 1 [pp. 209-257], p. 218.

[33] Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos* (trad. Ferrer B., J.), Edit. Trotta. Milán, 1992 [545 pp.], p. 140.

[34] Corte de Apelaciones de Rancagua, 30 de abril de 2007, Rol Nº 932-2006.

[35] Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de noviembre de 2007, Rol Nº 625-2007.

[36] Rioseco Enríquez, Emilio, *La prueba ante la jurisprudencia*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, T. I [491 pp.], p. 75; Peñailillo, cit. (n. 14), pp. 81-2.

[37] Corte Suprema, 15 de diciembre de 2010, Rol Nº 2938-2010.

Artículo: JURISPRUDENCIA

Tercería de prelación y onus probandi
Revista: Nº240, año LXXXIV (Jul-Dic, 2016)
Autor: Gonzalo Cortéz Matcovich

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



dependientes) y el acreedor hipotecario (típicamente entidades financieras), perfectamente podría aplicarse otra regla de experiencia, que enseña que una institución bancaria tiene mayor disponibilidad y facilidad probatoria para la indagación del patrimonio del deudor, es decir, está en mejores condiciones para demostrar el supuesto de hecho de la norma.[38]

[38] "Es un principio generalmente aceptado en materia probatoria que la prueba debe aportarla quien esté en mejores condiciones para hacerlo...". (Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de octubre de 2008, Rol Nº 4226-2004).