

CAPÍTULO V

LA DACIÓN EN PAGO

771. Concepto. La dación en pago consiste en que por un acuerdo del acreedor y deudor la obligación se cumpla con un objeto distinto al debido.⁹¹⁶

De acuerdo a lo que hemos estudiado a propósito del pago, ni el acreedor está obligado a recibir cosa distinta a la debida, ni el deudor forzado a hacerlo. Para el primero, lo señala así el inc. 2º del Art. 1569: “el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

Pero si no puede ser obligado a ello, no hay tampoco inconvenientes de ninguna especie para que lo acepte así, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.⁹¹⁷ Por ejemplo, el deudor debe al acreedor la suma de \$ 30.000, y acuerdan que la obligación quede extinguida dándole el primero al segundo

⁹¹⁶ Una sentencia de la *RDJ*, T. 32, sec. 2ª, pág. 39, la define como “la entrega fie el deudor hace de una cosa diversa de la que debe o una prestación distinta de la prometida, con ánimo solvendi, y que el acreedor tolera”. Otra más reciente, de la *RDJ*, T. 64, sec. 2ª, pág. 7, como “un modo de extinguir la obligación por la entrega construida por el acreedor de una cosa distinta de la debida”. CLARO SOLAR dice que “o un acto en que el deudor da al acreedor en ejecución de la prestación a que está obligado y con el consentimiento del acreedor, una prestación diversa”. Ob. cit., T. 12, Nº 1.663, pág. 361. Hernán BARRIOS CARO y Gabriel VALLS SAINTIS en su M.P., *Teoría General de la Dación en Pago*, Editorial Jurídica de Chile, 1961, Nº 36, pág. 53, la definen: “un modo de extinguir las obligaciones, que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a su acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido”.

En todas las definiciones queda en claro el cambio al momento del cumplimiento en el elemento objetivo de la obligación, y varían en cuanto a la extensión de éste.

⁹¹⁷ *RDJ*, Ts. 32, sec. 2ª, pág. 39, y 40, sec. 1ª, pág. 455.

en pago de ella un automóvil. Queda extinguida la deuda de \$ 30.000 con la entrega del vehículo.

La dación en pago importa, en consecuencia, un cumplimiento de la obligación, pero no en forma que ella está establecida; es un modo de extinguir la obligación,⁹¹⁸ y equivale al pago, ya que el deudor se libera de la obligación, y el acreedor si no exactamente lo debido, obtiene la satisfacción del crédito. Por ello se dice que la dación en pago es un sustituto o un subrogado del pago. Lo que pasa es que constituye un cumplimiento por equivalencia voluntario de las partes.

Por tanto, la dación en pago es una convención, ya que supone el acuerdo de ambas partes con el objeto de extinguir una obligación.

772. Origen y desarrollo. La dación en pago bajo la denominación de *datio in solutum* fue ya conocida en Roma, pero no fue objeto de una reglamentación y estudio completos. Las legislaciones del siglo pasado, por regla general, adoptaron la misma política, destinando pocos preceptos aislados a ella, tal como veremos ocurre con el nuestro.

Ello ha provocado arduas discusiones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica, alcance y efectos de la dación en pago; por excepción, los Códigos han destinado una cierta extensión a la institución, como ocurrió ya en el siglo pasado con el Código argentino, y en el presente en los Códigos peruano y brasileño. El Código italiano le destina principalmente el Art. 1197 bajo el epígrafe: "prestación en lugar del cumplimiento".

Sin embargo de la parca reglamentación, la institución ha alcanzado una gran difusión, por su gran conveniencia práctica y su frecuente aplicación; ocurre muchas veces que el deudor no puede cumplir su obligación tal como la contrajo, y el acreedor, ante la posibilidad de no alcanzar a pagarse, acepta alguna especie que puede serle útil o que, ya como dueño, podrá enajenar con más calma, y aplicar el producto a la satisfacción de su crédito. Lo más probable será que en su apuro el deudor entregue una cosa de mayor valor que la deuda, pero que no es de fácil realización. En otras ocasiones, es el acreedor quien ha perdido interés en la prestación primitiva, y ofrece al deudor que le efectúe otra diversa.

⁹¹⁸ RDJ, Ts. 32, sec. 2ª, pág. 39; 64, sec. 2ª, pág. 7, etc.

Tiene, pues, la dación en pago sus peligros para el deudor, por la razón apuntada, y también ha solido utilizarse para eludir prohibiciones legales, como ocurre entre nosotros con la de la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente (Nº 775).

Todo ello se debe a la falta de reglamentación legal.

773. La dación en pago en nuestra legislación. Ésta no escapa a la situación señalada, y carece de reglamentación para la dación en pago, a la cual se refiere en disposiciones aisladas; de ahí que tienen entre nosotros su plena vigencia, todas las discusiones doctrinarias ya advertidas.

Desde luego, destacamos que su establecimiento es indirecto en el Art. 1569, inc. 2º ya citado, reforzado con el concepto de la libertad contractual. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, discrepan sí en cuanto a los preceptos que se refieren a la dación en pago, pero ambas aceptan ampliamente su plena aplicación.

Las disposiciones que se han relacionado con la dación en pago son el Art. 2382, en la fianza y que tiene mucha trascendencia, según veremos; el Nº 2º del Art. 1913 en la cesión de derechos litigiosos; el Art. 125 del Código de Comercio, para la entrega de documentos al portador; el Art. 12 de la Ley de Letras de Cambio y Pagarés; los Arts. 76, Nº 2º y 245 de la Ley de Quiebras; el Art. 1773 del C.C. en la liquidación de la sociedad conyugal; Arts. 2397 y 2424 para la prenda y la hipoteca, 499 y 500 del C.P.C.⁹¹⁹ Veremos las situaciones que ellos plantean, una vez determinada la naturaleza jurídica de la dación en pago, porque ella permite determinar cuándo la hay y en qué casos no.

El legislador actual utiliza directamente la expresión “dación en pago”. El Art. 1792-22 del Código Civil, en la liquidación del régimen de participación de gananciales, dispone:

“Los cónyuges, o sus herederos, podrán convenir dación en pago para solucionar el crédito de participación de los gananciales”.

⁹¹⁹ RDJ, Ts. 32, sec. 2ª, pág. 39, y 40, sec. 1ª, pág. 455.

Como lo hemos señalado, este régimen matrimonial fue introducido por la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que en esta parte se encuentra refundida en el actual texto del Código Civil.

A su término se practica una liquidación que puede dar lugar a un crédito a favor de uno de los cónyuges (Art. 1792-19), crédito que se paga en dinero (Art. 1792-21), pero de acuerdo a la disposición transcrita, los interesados pueden acordar una dación en pago. Y es dación en pago y no adjudicación, porque en este régimen matrimonial los patrimonios de los cónyuges se mantienen separados.

774. Naturaleza jurídica de la dación en pago. Enunciación de las diferentes doctrinas. Es éste uno de los problemas más arduamente discutidos y tiene importancia no sólo teórica sino para determinar los casos en que ella existe y sus efectos, pues a falta de reglamentación legal, si se la asimila a otra institución se le aplicarán las normas de ésta.

Dicho a modo de enunciación, las principales doctrinas esgrimidas son las siguientes:

- 1º. De la compraventa, seguida de compensación;
- 2º. Novación por cambio de objeto;
- 3º. Modalidad del pago;
- 4º. Otras doctrinas, del acto complejo mixto, del contrato de transmisión y de institución autónoma.

Las examinaremos en los números que vienen.

775. I. Dación en pago y compraventa. Para algunos autores, entre el acreedor y deudor se produce una compraventa en relación al objeto dado en pago. En virtud de esta compraventa, el acreedor pasa a ser deudor: debe el precio de la venta a su propio deudor. En consecuencia, ambas partes pasan a ser recíprocamente deudoras y acreedoras, produciéndose la extinción de las dos obligaciones por compensación. En el ejemplo dado, el deudor vende el automóvil al acreedor en vez de pagarle los \$ 30.000 que le debe. Continúa debiéndoselos, pero como a su vez el acreedor pasó a adeudarle igual cantidad, ambas obligaciones quedan compensadas.

Se dice que ésta era la interpretación de Ulpiano —“la dación en pago de una cosa es un contrato igual a una venta”— y la opinión dominante en Roma, y la de Pothier. En Francia la sostuvieron Troplong y Laurent.

Pero no ha tenido mayor éxito que el de señalar y permitir la comparación entre ambas instituciones para diferenciarlas y no asimilarlas. El antecedente histórico, que por último nada prueba por sí solo, se ha discutido, además, porque la cita de Ulpiano compara la dación en pago y la compraventa. No dice que lo sea.

Se le ha criticado desde luego su artificialidad; jamás las partes han tenido en mente una compraventa, sino el cumplimiento de la obligación de un modo diferente al convenido. No se ha pretendido celebrar un contrato generador de nuevas obligaciones, llamadas todavía a extinguirse por la vía de la compensación.

Otra crítica que se le ha dirigido, es que limita la dación en pago a las obligaciones de dinero, únicas en que habría precio para la supuesta compraventa. El ámbito de la dación en pago si bien no lo precisa el legislador, no tiene por qué limitarse a este tipo de obligaciones. Entonces esta doctrina tiene que ir variando de posiciones, según los casos, y así si lo debido y dado en pago son objetos, habla de permuta, si se dan en pago el goce de una cosa, de arrendamiento,⁹²⁰ si un hecho, como defender un pleito, de arrendamiento de servicios, de contrato innominado en otros casos, etc.

Entre nosotros se han utilizado, además, dos argumentos de texto legal para rechazarla:

1º. *El Art. 245 inc. 2º de la Ley de Quiebras (véase N° 1044).*

Como veremos en su oportunidad, la cesión de bienes consiste en que el deudor abandone sus bienes a sus acreedores para que se paguen con ellos. Los Arts. 242 a 245 de la ley citada, reglamentan la cesión efectuada a un solo acreedor (N° 1045), y este último precepto señala que si el deudor tuviere la libre administración de sus bienes, podrá entregar desde luego al acreedor, en pago de su obligación, los que se comprendan en la cesión, apreciados de

⁹²⁰ RDJ, T. 32, sec. 2ª, pág. 39.

común acuerdo. Hay, pues, una dación en pago: los bienes se entregan para extinguir la deuda.

Pues bien, el inc. 2º del precepto declara que si entre los bienes cedidos hubiere alguno de los que se mencionan en el inc. 2º del Art. 1801 del C.C., esto es, de aquellos cuya venta debe hacerse por escritura pública, también el acuerdo de la cesión debe reducirse a escritura pública. La exigencia sería innecesaria si el legislador considerara la dación en pago como compraventa; no habría tenido necesidad de decirlo expresamente, máxime si se remite directamente al Art. 1801 en la misma compraventa, y

2º. El Art. 1773 en la liquidación de la sociedad conyugal.

De acuerdo a este precepto, si a la mujer se le adeuda algo en la liquidación, como por ejemplo por aportes a la sociedad conyugal, etc., tiene derecho a deducirlos como cosa previa a la liquidación. El inc. 2º agrega que no siendo suficientes los bienes sociales, podrá la mujer hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo. No acordándose, elegirá el juez.

Cuando la mujer recibe bienes sociales, hay adjudicación, porque tenía un derecho preexistente en ellos, pero si le dan los del marido, sobre ellos no tenía derecho alguno, y por eso hay quienes sostienen que habría una dación de pago legal. Esto último porque no se requiere el acuerdo del deudor, y puede hacerse contra su voluntad.⁹²¹

Pues bien, el Art. 1796, por su parte, prohíbe la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente y en cambio el Art. 1773 aceptaría la dación en pago a la mujer de los bienes del marido, sin distinguir la causal por la cual se ha disuelto la sociedad conyugal, de manera que el matrimonio puede subsistir y no haber divorcio perpetuo, y la dación en pago vale donde la compraventa sería nula. Sin embargo, este argumento nos parece muy relativo, porque en el Art. 1773 propiamente no hay dación en pago y por la excepcionalidad misma de la disposición.⁹²²

⁹²¹ SOMARRIVA, *Derecho de Familia*, ob. cit., N° 324, pág. 325.

⁹²² Creemos que no es dación en pago, justamente por su carácter legal. En ella se supone el acuerdo entre deudor y acreedor; aquí es el acreedor quien tiene derecho a exigir la entrega; se trata, pues, de una garantía para él, y el título es meramente la ley.

Nuestra jurisprudencia ha rechazado reiteradamente esta asimilación de la dación en pago a la compraventa, haciendo una comparación detallada de las instituciones, especialmente en relación al citado Art. 1796. Por no ser compraventa la dación en pago, ella es perfectamente válida entre cónyuges, aun cuando no estén divorciados perpetuamente.⁹²³

Otra consecuencia que deriva de la misma circunstancia es que en la dación en pago no procede la lesión enorme, aunque se reúnan las circunstancias para que ella fuera procedente de acuerdo a los Arts. 1888 y siguientes en la compraventa.

En cambio, si no compraventa, la dación en pago se asemeja a ella en, cuanto, según veremos, constituye título traslativo de dominio (Nº 784), y, en consecuencia, se aplican a ambas, reglas que son comunes para todos ellos, aunque el legislador las reglamentó en la compraventa, como es la obligación de garantía (Nº 786).

776. II. Dación en pago y novación. La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra que queda por tanto extinguida (Art. 1628), y el reemplazo puede operar en cualquiera de los elementos de la obligación, acreedor, deudor y objeto.

Cuando se nova el objeto, el efecto es igual al de la dación en pago, porque en definitiva la obligación se cumplirá en forma distinta a la establecida antes de ella. De ahí que se sostenga que en la dación en pago hay una novación objetiva, con la única diferencia que no se contrae una nueva obligación a cumplirse posteriormente: la nueva obligación sobrevive un instante, aquel que media entre el acuerdo del acreedor o deudor y el perfeccionamiento de la dación. En el ejemplo que hemos usado, acreedor y deudor se ponen de

El precepto hoy habló de separados judicialmente en vez de divorciados perpetuamente, como decía primitivamente, como consecuencia de la dictación de la nueva Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947, de 17 de mayo de 2004, que estableció el divorcio con disolución del vínculo en nuestra legislación, y en reemplazo del antiguo divorcio que no ponía término al matrimonio, reglamentó la institución de la separación judicial.

⁹²³ RDJ, Ts. 23, sec. 1ª, pág. 99, para un caso de cesión de bienes; 32, sec. 2ª, pág. 39; 40, sec. 1ª, pág. 455, para un caso de cesión de derechos hereditarios, y 43, sec. 1ª, pág. 61. Destacan estos fallos la diferente causa entre compraventa y dación en pago, crear obligaciones en la primera, extinguirlas en la segunda.

acuerdo en que este último pague con un automóvil; habría una novación por cambio de objeto con la sola diferencia que la obligación de entregar tan pronto nace como se extingue.

Es la opinión de Aubray et Rau, Demolombe y otros en Francia; de Alesandri, entre nosotros,⁹²⁴ y también de una sentencia de los tribunales⁹²⁵ mientras la rechaza Claro Solar.⁹²⁶

La verdad es que desde un punto de vista teórico se parecen la novación objetiva y la dación en pago y tanto es así que en algunas legislaciones la primera ha desaparecido, siendo reemplazada por la segunda, con ciertas variantes, eso sí a la concepción de nuestra legislación: pero conceptualmente no pueden confundirse, porque hay una diferencia que es fundamental: la novación extingue la obligación anterior porque nace una nueva llamada a cumplirse y que tiene vida jurídica propia. En la dación en pago no nace obligación alguna, se cumple de manera diversa a la convenida. En la novación hay *animus novandi*, aquí *solvendi*.

Legalmente, la discusión entre nosotros se plantea en torno al Art. 2382, ubicado en la fianza, y que dispone: "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto".

Para los partidarios de la idea de la novación, el precepto es lisa y llanamente aplicación del Art. 1645, que señala igual efecto para ella, y yendo más allá, del principio novatorio de extinción de la obligación primitiva y sus accesorios; el legislador lo habría dicho así en la fianza, aplicando nada más que la regla general de la novación.

Para sus contrarios, el argumento es a la inversa: si el legislador lo dijo en la fianza, es porque la dación en pago por regla general no extingue irrevocablemente los accesorios si se produce evicción de la cosa dada en pago. En

⁹²⁴ Ob. cit., pág. 382.

⁹²⁵ RDJ, T. 32, sec. 2ª, pág. 39.

⁹²⁶ Ob. cit., T. 12, N° 1.672, págs. 366 y sigtes., quien cita a los autores franceses señalados. En igual sentido BARRIOS Y VALLS, ob. cit., N° 16 y sigtes., págs. 25 y sigtes.

cambio, esta extinción se produce en la novación, y, en consecuencia, la diversa solución legal probaría que la dación en pago no es novación.

Aún más, se agrega que en la fianza hay una razón especial para que se la dé por irrevocablemente extinguida por la dación en pago, que ya señalaba Pothier, inspirador de esta solución: es el principio de que ningún acuerdo entre acreedor y deudor puede agravar la situación del fiador, y si éste respondiera en caso de evicción del objeto dado en pago, quizás cuánto tiempo después de ella se haría efectiva su responsabilidad, con el riesgo intertanto que el deudor haya pasado a ser insolvente.

La verdad es que el argumento, como lo veremos justamente al hablar de la evicción de la cosa dada en pago (Nº 786), aquí nada prueba, no hay base alguna para sostener que nuestro legislador acoge la doctrina de la novación.

Sin embargo, ya destacamos que hay semejanzas entre las instituciones, lo cual permite a la falta de texto legal aplicarle a la dación en pago algunas soluciones de la novación, sobre todo para determinar cuándo ella se produce (Nºs. 1210 y siguientes).

777. III. La dación en pago como modalidad de éste. Esta doctrina sostiene que la dación en pago es un pago con una ligera variante, por lo cual debe considerársela una modalidad del mismo. La consecuencia es que en todo lo no resuelto, se regiría por las normas del pago.

La verdad es que la dación en pago se parece a éste en cuanto importa cumplimiento, pero hay una diferencia que es fundamental, el pago es el cumplimiento en la forma que la obligación está establecida; la dación en pago un cumplimiento por equivalencia. Es la misma diferencia que hay entre el cumplimiento forzado de la obligación y la indemnización que equivale al pago, equivalencia establecida por la ley, mientras en la dación en pago la pactan las partes.

En la Ley de Quiebras hay un argumento de texto legal en favor de esta tesis. Es el Art. 76, Nº 2º de la Ley de Quiebras (véase Nº 1044) que declara inoponible si se ha ejecutado entre los 10 días anteriores a la fecha de cesación de pagos hasta el día de la declaración de quiebra: "todo pago de deuda vencida que no sea ejecutada en la forma estipulada en la convención". Puede haber dación en pago, y la ley habla de pago, para agregar a continuación: "La dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero".

En realidad, también tiene mucho de pago la dación en cuanto, según decíamos, importa un cumplimiento equivalente, y en consecuencia se le aplican muchas normas de éste. Por ejemplo, si se da en pago indebidamente, a falta de otras, deben aplicarse las normas del pago indebido, estudiadas en el capítulo anterior.⁹²⁷ En cambio, por ejemplo, según luego veremos, quien tiene mandato para pagar una deuda no podría dar en pago un bien del deudor.

778. IV. Otras doctrinas: la dación en pago como institución autónoma. Se aprecia por lo dicho anteriormente que todas las interpretaciones anteriores contienen una parte, pero sólo una parte de verdad. La asimilación integral a ninguna de las figuras citadas es posible, pero sí hemos señalado que hay indudables semejanzas entre la dación en pago y la compraventa, en cuanto constituyen títulos traslaticios de dominio, con la novación por cambio de objeto, en tanto varía la prestación y con el pago, porque ambos importan una forma de cumplimiento. De ahí que se haya sostenido por algunos autores, principalmente Colin y Capitant, que se trata de un acto complejo que participa de los caracteres de las instituciones señaladas.⁹²⁸ Otros autores (Enneccerus principalmente) hablan de contrato (convención, hay que decir entre nosotros), oneroso de enajenación, destacando el carácter traslativo de la dación en pago.

Finalmente, una corriente doctrinaria a la que adherimos, sostiene la individualidad propia de la dación en pago como un cumplimiento de la obligación por equivalencia libremente convenido por acreedor y deudor. Ello no significa desconocer en modo alguno su semejanza con las instituciones señaladas y otras aun que diremos en el número siguiente, pero en sí misma no se confunde con ellas.

La verdad es que precisar la naturaleza jurídica de la dación no permite sentar ninguna regla fija para llenar las lagunas legales, pero sí ha servido para señalar sus caracteres, de acuerdo a los cuales es preciso solucionar los problemas que se puedan presentar.

⁹²⁷ *RDJ*, T. 32, sec. 2ª, pág. 39.

⁹²⁸ Nuestra jurisprudencia ha destacado esta mezcla de caracteres de la dación en pago: véanse el fallo de la nota anterior, y los de la *RDJ*, T. 40, sec. 1ª, pág. 351, y *G.J.* N° 252, pág. 66.

Un fallo publicado en *FM*. N° 277, diciembre 1981, pág. 551, señala las diferencias entre dación en pago y cesión de bienes.

779. Paralelo con otras instituciones: obligación alternativa, facultativa, cláusula penal, adjudicación. Todavía, además de lo dicho, la dación en pago presenta ciertas semejanzas con otras figuras jurídicas, pero donde la confusión ya es imposible.

1º. Obligación alternativa (Nº 410).

En la dación en pago, deudor y acreedor acuerdan un pago diferente; se trata de un objeto que no ha figurado en la obligación hasta ese momento. En cambio, en la obligación disyuntiva ha habido desde un comienzo varios objetos debidos, y si la elección es del deudor el acreedor está obligado a recibir el que éste escoja, y si es del acreedor, es el deudor el obligado a cumplir como exija éste.

2º. Obligación facultativa (Nº 415).

Es mayor el parecido de la dación en pago con la obligación facultativa, porque en ésta también se paga en forma distinta a la convenida, y la diferencia está en lo ya dicho: en la obligación facultativa el deudor tiene el derecho a pagar con cosa distinta, y el acreedor está obligado a recibirla, estando preterminado el objeto a darse.

3º. Cláusula penal (Nº 977).

Si el acreedor por el incumplimiento sólo puede exigir la pena, recibe también una cosa distinta a la convenida. El parecido estriba justamente en lo ya señalado: la indemnización de perjuicios, aún convencional, es un pago por equivalencia (Nº 883). Pero la diferencia con la dación en pago que es convención liberadora es evidente, pues la cláusula penal es una sanción preestablecida para el incumplimiento.

4º. Adjudicación.

Nada más diferente que la dación en pago y la adjudicación, pues ésta supone algún título anterior, un derecho preexistente en la cosa que se recibe, que se radica definitivamente y con efecto retroactivo en ella. Por ejemplo, dos personas son dueñas en común de una propiedad y acuerdan adjudicársela a una de ellas, pagándole el alcance el adjudicatario al otro copropietario. Aquel tenía un derecho previo al predio que no existe en la dación en pago.

Por ello es altamente inconveniente la denominación que algunos utilizan para la institución, como ocurre con el Código peruano, de adjudicación en pago, y que no hace sino introducir más confusiones aún en una institución de por sí compleja.

El problema se discutió ante los tribunales, en relación con el retiro de un socio de una sociedad que continúa su giro entre los restantes socios o con el ingreso de otros, recibiendo el primero en pago de sus haberes bienes de la sociedad. La Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado de la época gravaba con un impuesto más alto la transferencia que la adjudicación o retiro de haberes, y el Servicio de Impuestos Internos pretendió que aquel acto era una dación en pago, ya que la sociedad no se liquidaba íntegramente y se daba una cosa distinta a la debida en pago. Los tribunales rechazaron con toda justicia esta interpretación, pues no puede haber dación en pago por el derecho preexistente del socio.⁹²⁹ La actual Ley de Timbres y Estampillas —D.L. N° 3.475 de 29 de agosto de 1980, publicado en el Diario Oficial del 4 de septiembre de 1980— no grava ninguno de estos actos.

780. Requisitos de la dación en pago. Enunciación. Para que nos encontremos ante una dación en pago, es preciso:

- 1º. Una obligación primitiva;
- 2º. Una prestación diferente a la establecida;
- 3º. Consentimiento y capacidad de las partes;
- 4º. *Animo solvendi*, y
- 5º. Solemnidades legales.

Los examinaremos en los números siguientes.

⁹²⁹ En uno de los casos fallados se trataba de dos socios: uno de ellos se retiró, recibiendo mercaderías por sus haberes, e ingresó un nuevo socio en su reemplazo. La Corte Suprema estimó que se había disuelto la sociedad y constituido una nueva, y que en consecuencia había adjudicación; *RDJ*, T. 61, sec. 1ª, pág. 444. En otro fallo de la *RDJ*, T. 59, sec. 2ª, pág. 87, junto con rechazar la asimilación a la dación en pago, la Corte de Santiago estimó que había pago liso y llano.

En todo caso es evidente que no hay dación en pago, que está excluida por el derecho que el socio a través de la sociedad tenía en los bienes de ella: su participación en los haberes, como capital aportado y utilidades que le corresponden.

781. I. La obligación primitiva. La dación en pago supone una obligación primitiva que se trata de cumplir en una forma diferente.⁹³⁰

Respecto de ella se acepta mayor amplitud; puede ser de cualquier naturaleza, de dar, hacer o no hacer, etc. No existen limitaciones; basta que la obligación sea anterior a la dación.

782. II. La prestación diferente. Es requisito esencial para que estemos ante una dación en pago que la obligación se cumpla en forma diferente a la establecida o pactada previamente.

Para que ello ocurra es necesario que en la prestación varíe un elemento esencial con respecto a lo anteriormente preestablecido. Cuando estudiemos las variaciones de la obligación, especialmente en relación a la novación objetiva veremos cuándo el legislador considera que se modifica un elemento esencial. Creemos que debe aplicarse igual criterio por la evidente analogía de situaciones en la dación en pago, y nos remitimos a lo que se dirá allí (Nºs. 1210 y siguientes).

Queremos destacar sí que se ha planteado en la doctrina una discrepancia respecto al contenido de la nueva prestación que se da; algunos aplican un criterio amplio, y así se sostiene que podría darse en pago un hecho o una abstención, y aun efectuarse una dación en pago sujeta a modalidades.⁹³¹

Ello requiere la solución de un punto previo: si la ejecución de la dación en pago debe ser inmediata o puede quedar postergada, convenida por las partes para ejecutarse posteriormente. Sólo en este último caso podrían tener lugar las obligaciones de hacer y no hacer como prestaciones en lugar del cumplimiento. Volveremos sobre el punto en la novación, porque en nuestro concepto, de acuerdo al Código chileno, si la nueva obligación queda pendiente, y la anterior extinguida, hay novación y no dación en pago. Y así si un abogado debe una suma de dinero, y en pago de ella se compromete a defender un pleito, hay novación, pues se cumplen todos los presupuestos de ella (Nº 1215).

⁹³⁰ RDJ, Ts. 32, sec. 2ª, pág. 39; 44, sec. 1ª, pág. 397, y 64, sec. 2ª, pág. 7. Por ello es incorrecta la calificación que se hace en ciertos contratos de dación en pago del cumplimiento diferente al normal de la obligación contraída. La dación en pago supone que ya establecida la obligación en una forma, se cumple en otra.

⁹³¹ Véase BARRIOS y VALLS, ob. cit., Nº 46, págs. 65 y sigtes.

783. III. Consentimiento y capacidad de las partes. Como todo acto jurídico, la dación en pago los requiere; veremos qué reglas particulares se les aplican.

Por definición la dación en pago requiere la voluntad de ambas partes, según lo hemos destacado suficientemente. No hay dación en pago si el acreedor está obligado a aceptar un pago diferente, o el deudor forzado a ello. Por eso decíamos que en nuestro concepto no hay dación en pago en el caso contemplado en el Art. 1773 del Código (Nº 775 2º).

También se ha discutido la naturaleza jurídica de la institución contemplada en los Arts. 2397 y 2424 del Código, y 499 y 500 del C.P.C., que dan la posibilidad al acreedor ejecutante de adjudicarse en el juicio de realización de la prenda e hipoteca y ejecutivo en general los bienes perseguidos en pago de su acreencia, porque el acreedor, por las circunstancias del pleito, se ve en la necesidad en cierto modo de aceptar esta forma diversa de solución de la deuda. En principio, y sin perjuicio de las particularidades propias de la institución, hay una dación en pago, pero que incide en el incumplimiento de la obligación, y la voluntad del deudor es reemplazada por la del juez. Así se ha fallado.⁹³²

La determinación de las reglas aplicables para el consentimiento como la capacidad resulta de la posición que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago, y así, en cuanto a la segunda si para la capacidad aplicamos las reglas de la novación, debemos concluir que el acreedor debe tener la necesaria para renunciar al crédito primitivo y el deudor, para contraer la nueva obligación.

Nos parece preferible aplicar las reglas del cumplimiento, con las variantes que resultan naturalmente de la modalidad que éste adopta. En consecuencia, el deudor debe tener capacidad para transferir la cosa que da en pago, y el acreedor para adquirirla. La mayoría de los autores rechazan la posibilidad de que la dación en pago la efectúe un tercero extraño a la obligación, sin consentimiento del deudor; pero evidentemente puede efectuarla un fiador o un codeudor solidario. El mandatario que actúe por el deudor debe tener, según decíamos, facultad de disposición de los bienes del deudor, o un mandato especial con expresa posibilidad de dar en pago; igualmente, desde el punto

⁹³² C.A. de Santiago, 14 de agosto de 2003.

de vista del acreedor, por lo que un mandato especial para pagar o recibir el pago no es suficiente para dar o recibir en pago, si no se ha facultado especialmente al mandatario.

Igualmente, respecto del acreedor en nuestra legislación debe reconocerse que si son varios y solidarios, cualquiera de ellos puede aceptar una dación en pago, ya que la ley los faculta para remitir, compensar v novar la deuda (Nº 438).

A la dación en pago se aplican todos los demás requisitos de los actos jurídicos, y es así como se ha declarado su nulidad por falta de causa.⁹³³

784. IV. Solemnidades legales del acto: la dación en pago como título traslativo de dominio. La dación en pago en sí misma no está sujeta a solemnidad alguna, es consensual.

Pero la dación en pago, si se trata de dar una cosa, es título traslativo de dominio. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia⁹³⁴, y no cabe discusión posible, porque con ella, seguida de la tradición, el acreedor adquiere el dominio u otro derecho real que se le transfiere. En consecuencia, la dación en pago deberá cumplir los requisitos del acto de que se trate.

En el ejemplo que hemos dado, si el deudor da en pago al acreedor un vehículo en lugar de lo adeudado, la dación en pago es el título traslativo y la entrega del vehículo, la tradición.

Pero si se trata de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, deberá otorgarse escritura pública, única manera de que pueda efectuarse la tradición que consistirá en la inscripción de la dación en pago en el Conservador de Bienes Raíces. Así lo dijo expresamente, según vimos, la Ley de Quiebras para la cesión de bienes a un solo acreedor.

⁹³³ EM. Nº 384, sent. Nº 6, pág. 677.

⁹³⁴ RDJ, Ts. 35, sec. 1ª, pág. 12; 37, sec. 1ª, pág. 449, y 40, sec. 1ª, pág. 351, y L.S. Nº 17, pág. 116 (C.A. de Rancagua de 25 de abril de 2006).

Esta última sentencia agregó que si no se efectuó la tradición, la dación en pago no transfirió el dominio, por lo que rechazó una acción reivindicatoria de quien la había recibido. Analizo por ello el punto señalado al final del Nº 781, por haber quedado pendiente la tradición, y si ello constituía o no una novación, lo cual era indiferente para los efectos del rechazo de la acción reivindicatoria.

En este sentido, no hay duda que la dación en pago se asemeja a los demás títulos traslativos, como compraventa, permuta y la propia novación por cambio de objeto.

785. *Animo solvendi. La dación en pago de créditos.* Lo que caracteriza la dación en pago es el ánimo solvendi, esto es, el afán de las partes de extinguir una obligación anterior. Y así en los contratos reales también existe una entrega de la cosa, que perfecciona el acto (Nº 70); lo que distingue a la dación en pago de ellos, es que no tiene por objeto crear obligaciones, sino extinguirlas.

La intención de las partes determinará igual el efecto extintivo que puede tener la dación en pago de un crédito. Al estudiar la cesión de créditos, veremos que el deudor puede entregar al acreedor un crédito suyo contra un tercero, para que con su producto quede pagada su propia deuda, de dos formas: la *cessio in solutum*, con la cual el deudor queda libre de su propia deuda y en consecuencia constituye una dación en pago o una novación, según los casos, y la *cessio pro solvendo*, para pagar, en que el deudor responde de la solvencia del crédito cedido, y no queda, en consecuencia, libre mientras no sea pagado. En tal caso no ha habido dación en pago.⁹³⁵

El Código se refiere a la dación en pago de un crédito en el Nº 2º del Art. 1913, a propósito del derecho de retracto litigioso, en cuya virtud el demandado se libera pagando al cesionario lo mismo que éste pagó al cedente para adquirir el crédito (Nº 1183). Este derecho no existe en la cesión de crédito litigioso hecha “a un acreedor en pago de lo que debe el cedente”.

Por su parte, el C. Co. (Art. 125) y la Ley de Letras de Cambio y Pagarés Nº 18.092, de 14 de enero de 1982, se refieren al caso de que el acreedor reciba en pago documentos negociables, como por ejemplo letras de cambio, pagarés, etc. En virtud de esos preceptos dicha dación en general no produce “novación” de la obligación, a menos que se trate de documentos al portador y el acreedor no haya efectuado formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagados. En el mismo orden de ideas, el Art. 37 de la Ley Nº 7.498, de 24 de noviembre de 1943, sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, dispone: “el cheque girado en pago de obligaciones, no produce la novación de éstas cuando no es pagado”.

⁹³⁵ Véanse Nºs. 1155 y sigtes., donde se examina el complejo tema de las variaciones en la obligación.

En consecuencia, la extinción de la obligación no se produce mientras no sean efectivamente pagados dichos documentos, y no hay por tanto dación en pago. Por ejemplo, A debe a B \$ 30.000 y para pagarle le endosa una letra de cambio aceptada por C a su favor, o le gira un cheque por igual valor. Su obligación no se extingue para con B mientras los documentos no sean efectivamente cancelados. Pero las partes pueden convenir lo contrario y dar por inmediatamente extinguida la obligación.⁹³⁶

786. Efectos de la dación en pago. La obligación de garantía. Equivaliendo al cumplimiento, la dación en pago produce los efectos propios de éste, extinguiendo la obligación y sus accesorios. Si es parcial, ella subsistirá por el saldo insoluto en la forma anteriormente establecida si las partes no disponen otra cosa. Si la prestación era indebida, habrá derecho a la repetición, decíamos, en los términos del pago indebido.

El problema que se presenta al respecto es determinar lo que sucede cuando el acreedor sufre evicción de la cosa recibida en pago; en el ejemplo que hemos dado, el deudor no era dueño del automóvil cedido en pago, y el verdadero dueño lo reivindica de manos del acreedor. Ello no afectará la validez de la dación en pago, pues, según hemos dicho, los actos sobre bienes ajenos no son nulos en nuestro derecho, sino que inoponibles al verdadero propietario. Pero ¿qué responsabilidad tiene el dador en pago con el acreedor evicto?

Prácticamente existe hoyen día unanimidad en los autores de que el deudor debe garantía al acreedor que es evicto, y aplican por analogía las normas que el legislador da para la compraventa; justamente fue uno de los principales motivos para la asimilación de la dación en pago a este contrato, pero ella resulta innecesaria, porque no se discute actualmente que hay obligación de garantía en todo traspaso oneroso, y se aplican las reglas de la compraventa, donde el legislador la reglamentó, únicamente porque en ella nació.

En consecuencia, no hay duda alguna que en virtud de la acción de garantía el acreedor reclamará las indemnizaciones correspondientes contra el deudor que le dio en pago cosa ajena.

Entonces el problema se traslada de frente y pasa a ser determinar qué ocurre con la obligación primitiva, si ella renace o no. Dicho de otra manera, ¿podrá

⁹³⁶ Véase BARRIOS y VALLS, ob. cit., N° 78, págs. 92 y sigtes.

el acreedor ejercer no sólo la acción de garantía, sino también la emanada de la obligación primitiva, que se dio extinguida con la dación en pago? Ello tiene especial importancia por las garantías y accesorios que pueden haber accedido a ella: hipotecas, prendas, etc.

El Código, según ya lo hemos dicho anteriormente, solucionó expresamente el problema para la fianza en el Art. 2382: la fianza no renace si el acreedor que recibió una cosa en pago es evicto de ella.

¿Qué ocurre con los demás accesorios? Aquí tiene importancia determinar la naturaleza jurídica de la dación en pago: si es novación, no renace la obligación primitiva ni sus accesorios que quedaron definitivamente extinguidos (Nº 1204). En tal caso, el Art. 2382 se limitaría a aplicar en la fianza un criterio más general de la legislación (Nº 776).

Para quienes piensan que se trata de una modalidad de pago, la obligación primitiva renace, porque de acuerdo al Art. 1575, el pago no es eficaz si quien lo hace no es dueño de la cosa pagada (Nº 659); si no es eficaz, no ha extinguido ni la obligación ni sus accesorios, e igual pasaría con la dación en pago.

Reconociendo lo discutible del asunto, parece preferible inclinarse por la primera posición, ya que el legislador manifestó su opinión en la fianza; por muchas que sean las razones particulares que para ello tuvo (Nº 776), es la única disposición existente en el punto.⁹³⁷⁻⁹³⁸

787. Revocación de la dación en pago por fraude. Ya hemos señalado que de acuerdo al Art. 76, Nº 2º de la Ley de Quiebras (ver Nº 1044) son inoponibles relativamente a la masa los pagos de deudas vencidas que no sean ejecutados en la forma estipulada en la convención por el deudor comerciante industrial,

⁹³⁷ El Código italiano en su Art. 1197 reconoce la existencia de la obligación de garantía, y respecto de las cauciones distingue: las constituidas por terceros no renacen, pero sí las del propio deudor.

⁹³⁸ Se ha solido sostener que para el acreedor también podría nacer una obligación de la dación en pago: indemnizar al deudor si la prestación es de valor superior a la deuda, acción que se fundaría en el enriquecimiento sin causa. Discrepamos de tal interpretación, porque no se trata de enriquecimiento injustificado, sino de un problema de lesión en el otorgamiento del acto, que el legislador acepta en contados y calificados casos. Aunque fuere de bienes raíces la dación en pago, no podrían aplicarse las normas de la compraventa, a menos que se resuelva que la dación lo es, cosa que no nos parece, según dijimos en el Nº 775.

minero o agricultor declarado en quiebra, desde los 10 días anteriores a la fecha de cesación de pagos hasta el día de la declaración de quiebra. Para tales efectos la dación en pago de efectos de comercio se considera pago en dinero.

Para los deudores que no se encuentren en los casos señalados, se aplican las reglas generales de la acción pauliana (Nº 849).⁹³⁹

⁹³⁹ Véase *RDJ*, Ts. 23, sec. 1ª, pág. 99, anterior a la modificación de las quiebras, y 35, sec. 1ª, pág. 12.

Igualmente, pueden las partes convenir en que las rentas, cánones y pensiones periódicos atrasados devenguen intereses; así lo aceptó la Corte Suprema en un caso de rentas de arrendamiento.¹¹⁵⁰

También de acuerdo a la Ley N° 18.010, de 27 de junio de 1981, es posible estipular que los intereses atrasados devenguen a su turno nuevos intereses.

Sección Cuarta *La cláusula penal*

976. Reglamentación y pauta. A la cláusula penal se refiere el Código en el Título II del Libro 4°, Arts. 1535 a 1544, como una categoría particular de obligaciones: "De las obligaciones con cláusula penal".

En señalar la convención que pasamos a estudiar como una clase aparte de obligaciones acompañan a nuestro Código la mayoría de las legislaciones; en cambio, en los autores es corriente, desde Zacharie a nuestros días, tratar de ella a propósito de la evaluación de los perjuicios.

La verdad es que ambas posiciones admiten defensa, porque si en la cláusula penal hay una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, como luego lo veremos, la institución excede en mucho a tan estrecho marco.

En un primer párrafo estudiaremos el concepto y caracteres, en un segundo, sus efectos, y en el último, la cláusula penal enorme.

Párrafo 1° *Concepto y caracteres*

977. Concepto. Hemos dicho que la regulación de la indemnización no tiene por qué forzosamente someterse a los tribunales; bien pueden las partes convenirla, tanto una vez producido el incumplimiento como antes de él y en previsión de que acontezca, mediante una cláusula penal.

¹¹⁵⁰ RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 162.

Se la suele definir como la *avaluación* convencional y anticipada de perjuicios que hacen las partes, definición que peca por considerar sólo el aspecto indemnizatorio de la estipulación sin detenerse en otro que es tan importante como éste: su calidad de *caución*.

Más completa es, pues, la definición del propio Código en su Art. 1535: "es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal".

A la cláusula penal se le señalan tres funciones, de las cuales las dos primeras son indiscutidas, no así la última. Son ellas, dicho a modo de enunciación:

1º. Avaluar anticipada y convencionalmente los perjuicios;

2º. Caucionar la obligación, y

3º. Servir de pena civil.

Las veremos en los números siguientes.

978. I. La cláusula penal como avaluación de perjuicios. Si en el estudio de la indemnización de perjuicios algo ha quedado en claro, es la dificultad con que el acreedor tropieza para justificarlos, quedando en muchos aspectos al criterio del juez determinarlos; con la cláusula penal el acreedor evita este grave inconveniente, porque de antemano quedan fijados los perjuicios que deberá indemnizarle el deudor si no cumple la obligación principal.

Si bien la cláusula penal es convencional y anticipada, y, según veremos, accesoria a la obligación principal, no es forzoso que nazcan juntas. Por el contrario, la cláusula puede convenirse junto con el nacimiento del contrato, o cuando la obligación ya existe, y en tal caso ella no tiene por qué forzosamente ser convencional. Así lo confirma por lo demás el Art. 1647, que se refiere precisamente al caso de que la nueva obligación pactada sea una pena para el caso de no cumplirse la primera, y determina cuándo ello lleva envuelta una novación (Nº 1212). Por ello la denominación de "cláusula" para esta convención no es totalmente correcta, pero está impuesta por el uso inveterado.

Como indemnización convencional la cláusula penal es anticipada, porque el monto de los perjuicios queda fijado antes de producirse, mientras que en la judicial y legal la avaluación se realiza una vez ocurridos los mismos.

Puesto que la cláusula penal es una indemnización de perjuicios, puede ser compensatoria y moratoria;¹¹⁵¹ así lo confirma el Art. 1535, que habla de no ejecutar o retardar la obligación principal. La no ejecución es la que da lugar a la indemnización compensatoria, y el retardo, a la moratoria.

La cláusula penal como indemnización de perjuicios tiene una serie de peculiaridades que la diferencian de la normal, principalmente porque:

1º. En la avaluación judicial y legal los perjuicios se reparan en dinero; en la cláusula penal puede contraerse una obligación de dar, como por ejemplo, comprometerse a entregar un vehículo en caso de incumplimiento; de hacer, como si al dar en mutuo una cierta cantidad a un pintor, éste se obliga en caso de incumplimiento a pintar un cuadro; y aunque el Art. 1535 no lo diga expresamente, no habría inconveniente para que fuera una abstención lo prometido para el caso de no cumplirse la obligación principal, y

2º. El acreedor tiene derecho a cobrar la pena, aun cuando realmente no haya habido perjuicios; no necesita acreditarlos, ni tampoco el deudor puede eximirse de ella, alegando que no los hubo. Así lo dispone el Art. 1542 (Nº 985), de modo que en definitiva bien puede ocurrir que el deudor sea obligado a pagar la pena, aun cuando el acreedor ningún perjuicio haya sufrido, o, al contrario, haya resultado beneficiado. Pero si así no fuera, la cláusula penal perdería gran parte de su eficacia indemnizatoria, pasando a ser una mera inversión del *onus probandi* en materia de perjuicios, y no podría desempeñarse como caución, carácter que destacamos en el número siguiente.

979. II. La cláusula penal como caución personal. Varias veces hemos destacado el indiscutible carácter de caución personal de la cláusula penal; la seguridad que otorga es meramente psicológica: el deudor, ante el evento de verse obligado a pagar una pena, que puede ser considerable, para el caso de no cumplir su deuda, se sentirá más forzado a pagarla buenamente que en aquellas en las cuales podrá discutir judicialmente cada uno de los posibles aspectos de los perjuicios.

En tal sentido la mayor eficacia de la cláusula penal depende de su monto, y a fin de evitar los excesos a que puede llegarse por esta vía, se contempla la reducción por lesión (cláusula penal enorme: Nº 993).

¹¹⁵¹ RDJ, T. 55, sec. 2ª, pág. 123.

Este carácter de caución de la cláusula penal era aún más acentuado en el derecho romano, donde a las obligaciones que no daban acción se les otorgaba mediante una cláusula penal, algo como lo que ocurre ahora con la cláusula penal constituida por un tercero para caucionar una obligación natural (Nº 369).

En la disposición que a esto se refiere (Art. 1472) queda muy en claro que el Código considera la cláusula penal como caución personal, pues valida las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para la seguridad de las obligaciones naturales; punto que confirma, además, la propia definición del Art. 1535, que la considera destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

En virtud de este carácter de caución de la cláusula penal pueden explicarse diversas soluciones de la ley, y que, mirándola únicamente como indemnización de perjuicios, carecen de justificación. Desde luego, la ya señalada de que puedan cobrarse perjuicios, aunque no los haya.

Pero puede irse más lejos aún, y por estipulación expresa de las partes, según veremos, al acreedor le es posible cobrar tanto la obligación principal como la pena, y, por otro convenio también expreso, la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios; todo ello sería inexplicable si se trata de una mera evaluación convencional de los daños.

Como caución la cláusula penal es personal, y no pasa a ser real, aun cuando consista en dar una especie o cuerpo cierto; en consecuencia, si el deudor o el que constituyó la pena enajenan el bien que se obligaron a dar, el acreedor carece de derecho de persecución de la cosa en manos del adquirente.

980. III. La cláusula penal como pena civil. El Código en la propia definición califica de pena a la cláusula penal y en muchos contratos suele hablarse de "multa".

Ello ha hecho sostener a algunos que en la cláusula penal, además, de una caución y una indemnización de perjuicios, hay una pena civil,¹¹⁵² de aquellas que la ley faculta a los particulares para imponer.

¹¹⁵² Nunca podría ser penal, y por ello se ha rechazado hace bastante tiempo una cláusula penal en que el deudor en caso de incumplimiento se sujetaba a la pena de la estafa: *G.T.* de 1884, Nº 2.122, pág. 1.311.

Es indudable el carácter sancionador de la pena, común por lo demás a toda indemnización de perjuicios, pero no parece necesario recurrir a la calificación de pena, porque tiende fundamentalmente a que la obligación se cumpla en naturaleza, o por equivalencia.

981. Paralelo con otras instituciones. A lo largo de este estudio ya hemos señalado semejanzas y diferencias de la cláusula penal con las obligaciones alternativas y facultativas (Nº 418), y las cláusulas limitativas de la responsabilidad (Nº 935).

Veremos ahora sus relaciones con la fianza, arras y astreintes.

1º. Fianza.

La cláusula penal, cuando es constituida por un tercero, se asemeja mucho a la fianza en que también alguien ajeno a la deuda responde en caso de incumplimiento del deudor principal. Se diferencian en que la primera puede consistir en dar, hacer o no hacer algo, cualquiera que sea la obligación principal, mientras la fianza sólo se refiere a obligaciones de dinero (Art. 2343); además, el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, mientras la pena no tiene más límite que la lesión (Nº 993).¹¹⁵³

2º. Las arras.

El legislador se refirió a ellas en los Arts. 1803 a 1805, en la compraventa. De acuerdo a ellos en las arras se da una cosa con el fin de constituir una seguridad de la celebración o ejecución del contrato, o como parte de precio o señal de quedar convenidos.

En este último caso, la venta queda perfecta, salvo que ella requiere escritura pública. Si no se han utilizado tales expresiones, las arras dan derecho a retractarse de la celebración de la compraventa, “el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas”.

¹¹⁵³ En un caso publicado en la *RDJ*, T. 32, sec. 1ª, pág. 188, se discutió el carácter de cláusula penal de la obligación de un tercero de pagar una cierta suma como fiador y codeudor solidario, en caso de no entregar el deudor principal un cuerpo cierto debido.

Hay una gran semejanza con la cláusula penal, pero con algunas diferencias: las arras garantizan la celebración del contrato y no el cumplimiento de la obligación contraída; pero fundamentalmente en las arras hay una entrega actual de dinero u otra cosa, mientras en la cláusula penal la entrega deberá hacerse en caso de incumplimiento.¹¹⁵⁴

3º. *La astreinte.*

Es una interesante institución, creación de la jurisprudencia francesa, que Mazeaud define como “una condena pecuniaria pronunciada por el juez, que tiene por objeto vencer la resistencia de un deudor recalcitrante, y llevarlo a cumplir una resolución judicial. El juez une a su resolución una ‘astreinte’ o conminación de tanto por día o por mes de retraso”.¹¹⁵⁵

La astreinte no tiene por objeto indemnizar los perjuicios al acreedor; es una medida coactiva sobre los bienes del deudor vencido, y tiende a presionarlo, como un verdadero apremio patrimonial, a cumplir la sentencia. El deudor se ve constreñido a cumplir para eludir el pago de la “astreinte”, y en tal sentido es muy útil en aquellas obligaciones que no pueden hacerse cumplir forzadamente, incluso porque las autoridades niegan el otorgamiento de la fuerza pública, como solía ocurrir con los lanzamientos.

No es procedente en nuestro país, donde nadie ha facultado a los tribunales para ello, pero su conveniencia es clara. En todo caso, su diferencia con la cláusula penal es obvia: no la convienen las partes, y no tiene finalidad indemnizatoria sino “conminatoria”.¹¹⁵⁶

982. Características de la cláusula penal. Además de los ya señalados de constituir una caución y una evaluación anticipada de los perjuicios, y discutiblemente una penal civil, la cláusula penal es consensual, condicional (o eventual) y accesoria.

¹¹⁵⁴ Un fallo de la *RDJ*, T. 17, sec. 1ª, pág. 134, resolvió que constituía cláusula penal el depósito de una suma en manos del acreedor para garantizar el fiel cumplimiento de un contrato. Parecía más bien arras. Véase al respecto la Tercera Edición de mi obra sobre la promesa, N° 453, págs. 239 y sigtes.

¹¹⁵⁵ Ob. cit., Parte 2ª, T. 3º, N° 940 y sigtes., págs. 220 y sigtes.

¹¹⁵⁶ A propósito de calificación de la cláusula penal, se ha considerado que es tal la base de remate de que el subastador pierda la suma dada o boleta de garantía si no paga el precio o suscribe la escritura en el plazo fijado: *RDJ*, Ts. 41, sec. 1ª, pág. 396, y 56, sec. 1ª, pág. 218.

1º. *Consensualismo.*

La ley no ha exigido solemnidades de ninguna especie para la cláusula penal, aunque naturalmente le rigen las limitaciones para la prueba testimonial.

Se considera, eso sí, que si la pena se refiere a bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, deberá constar por escritura pública.¹¹⁵⁷

2º. *Condicional.*

En efecto, el derecho del acreedor a cobrar la pena depende de un hecho futuro e incierto: el incumplimiento del deudor; pero como es esencial para ella, se ha resuelto que es eventual.¹¹⁵⁸

3º. *Accesoriedad.*

Como caución que es, la cláusula penal accede a una obligación principal que garantiza. No puede existir cláusula penal sin ella.

Esta obligación puede ser incluso natural, siempre que la pena se la imponga un tercero (Nº 369).

Como consecuencia de su carácter accesorio, la cláusula penal se extingue conjuntamente con la obligación principal, según lo diremos en el número siguiente, y será divisible o indivisible, según lo sea la obligación a que accede, como lo estudiaremos en el párrafo que luego sigue (Nº 992).

983. *Extinción de la cláusula penal.* Como toda obligación accesorio, la cláusula penal puede extinguirse por vía principal o accesorio.

En el primer caso, es la cláusula penal la que se extingue, pero la obligación principal subsiste; así ocurrirá si se anula judicialmente la pena, o consiste en la entrega de una especie o cuerpo cierto que perece, etc.

En cambio, extinguida la obligación principal, con ella termina la cláusula penal. En consecuencia, por ejemplo, prescribirá conjuntamente con la obligación principal de acuerdo al Art. 2516.

¹¹⁵⁷ SOMARRIVA, *Cauciones*, ob. cit., Nº 20, pág. 22.

¹¹⁵⁸ *RDJ*, T. 32, sec. 1ª, pág. 188. Véase Nº 452, 3º.

El legislador se preocupó expresamente de la nulidad en el inc. 1º del Art. 1536: “la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”.¹¹⁵⁹

En los incisos 2º y 3º estableció dos excepciones a este principio, que ya señalamos que no eran verdaderamente tales, referentes a la promesa del hecho ajeno (Nº 150) y la estipulación en favor de otro (Nº 141), respectivamente.

En cambio, aplica el principio el Art. 1701, según el cual la falta de instrumento público exigido por la ley como solemnidad, no puede suplirse por otros medios de prueba y se mirarán —agrega el precepto— como no ejecutados o celebrados los actos y contratos contenidos en ellos, aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. “Esta cláusula no tendrá efecto alguno”.

Aplicando este principio de la extinción accesoria de la cláusula penal, la C.A. de Santiago, en sentencia de 2 de mayo de 2005, resolvió en un caso de arrendamiento con promesa de venta, y en que la cosa arrendada había sido restituida por el arrendatario, que no se podía exigir una cláusula penal consistente en continuar pagando el arriendo, porque esta obligación carecería de causa.¹¹⁶⁰

Hasta cierto punto, hay excepción al principio señalado en los esponsales que no producen obligación alguna, y en consecuencia tampoco facultan para exigir la multa que se haya estipulado, pero ella puede retenerse si se ha pagado (Nº 360).

¹¹⁵⁹ Por ello se ha fallado que siendo nula una promesa de venta, igualmente lo es la cláusula penal pactada para el caso de no cumplirse: *RDJ*, T. 46, sec. 2ª, pág. 79.

¹¹⁶⁰ *G.J.* Nº 301, pág. 175. Véase nota 86 del primer tomo y el Nº 93 quinquies. El problema incide en lo fuerte que son algunas cláusulas en los contratos de “leasing”, porque en verdad el argumento de la falta de causa no es el más adecuado, pues igualmente se debe la renta de arrendamiento hasta la terminación del plazo estipulado en los contratos a plazo, aunque se deje de ocupar la propiedad arrendada, y la causa es justamente el contrato de arrendamiento. Sin embargo, el fallo es acertado desde el punto de vista del principio de extinción de la cláusula penal por la extinción de la obligación principal.

Párrafo 2º
Efectos de la cláusula penal

984. Enunciación. El efecto fundamental de la cláusula penal es permitir al acreedor cobrarla en caso de infracción al contrato por parte del deudor.

Para el estudio de este efecto y los adicionales que pueden producirse, nos referiremos a los siguientes aspectos:

- 1º. Cuándo tiene el acreedor derecho a cobrar la pena;
- 2º. Caso del incumplimiento parcial;
- 3º. Cobro de la pena, obligación principal e indemnización, y
- 4º. Pluralidad de acreedores y deudores.

985. I. Para que el acreedor cobre la pena deben concurrir los requisitos de la indemnización de perjuicios, menos éstos. Para que el acreedor quede en situación de cobrar la pena estipulada, es necesario que se cumplan todos los requisitos ya estudiados para la indemnización ordinaria, pero no importa que no haya perjuicios.

En consecuencia:

1º. Debe haber incumplimiento imputable al deudor.

Así se ha fallado.¹¹⁶¹

Rige todo lo dicho para este requisito en el estudio de la indemnización normal de perjuicios, de donde derivan los casos en que el deudor es responsable y cuando no lo es.

¹¹⁶¹ FM. Nº 469, sent. 7ª, pág. 2.206.

Una sentencia publicada en L.S. Nº 15, pág. 164, resolvió que si el deudor cumplió la obligación principal, no puede cobrarse la pena (se trataba de una promesa de compraventa, cumplida tardíamente por una de las partes). Así dicho, el punto es discutible, y se debe más bien a las circunstancias propias del caso fallado.

Se ha pretendido infundadamente, sin embargo, que el deudor respondería de la pena aun en caso fortuito, porque el Art. 1542 declara que "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado...".

Semejante interpretación es insostenible, porque, según veremos en seguida, el precepto es tan rotundo para significar que la pena puede cobrarse aunque no haya perjuicios; también veremos a continuación que el legislador exige la mora del deudor para que haya lugar a la pena, y ella supone la imputabilidad del incumplimiento (Nº 941); finalmente, el caso fortuito extingue la obligación principal por "pérdida de la cosa debida", como dice nuestro Código, y la extinción de la obligación principal acarrea la de la pena.

2º. Mora del deudor.

Al respecto, hay que distinguir si la obligación principal es de dar o hacer, o si es de no hacer, porque en este último caso el deudor queda en mora por la sola infracción (Nº 939).

De ahí que el inc. 2º del Art. 1538 disponga: "si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

En cambio en las obligaciones de dar y de hacer "el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora" (inc. 1º).

En consecuencia, se requerirá el retardo imputable, que el acreedor a su vez no esté en mora,¹¹⁶² y la previa interpelación al deudor, en alguna de las formas establecidas en el Art. 1551 (Nº 942).

Sin embargo, se ha discutido si se aplica en la cláusula penal el Nº 1º del precepto, esto es, la interpelación contractual expresa, y en consecuencia, el deudor está obligado a la pena si no ha cumplido la obligación principal por el solo vencimiento del plazo estipulado, sin necesidad de requerimiento alguno.

Lo que ha dado origen a la deuda es que el Art. 1538, inc. 1º, comienza diciendo: "háysese o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse

¹¹⁶² RDJ, Ts. 20, sec. 1ª, pág. 359, y 28, sec. 1ª, pág. 689. Véanse Nºs. 941 y sigtes.

la obligación principal", el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora.

La sola lectura del precepto da a entender que debe siempre interpelarse judicialmente al deudor, pero la verdad es que se trata de un error en la elaboración del Código. En efecto, el Proyecto de 1853 no aceptaba el principio de que el día interpela por el hombre, sino la doctrina francesa de que el deudor queda en mora por la llegada del plazo únicamente cuando así se ha estipulado. En el Código definitivo se efectuó el cambio de doctrina en el Art. 1551, en la forma estudiada en el N° 944, y la sola llegada del plazo convenido coloca en mora al deudor, pero la Comisión Revisora omitió corregir el Art. 1538.

Un fallo de nuestros tribunales reconoce la mora del deudor por el solo cumplimiento del plazo convenido aun en la cláusula penal,¹¹⁶³ pero Luis Claro Solar rechaza esta interpretación.¹¹⁶⁴ Sin embargo de la autoridad de su opinión resultaría absurdo ser más estricto en la cláusula penal, que es caución e indemnización convenida, que en la ordinaria.

3º. Los perjuicios.

Ellos sí que pueden faltar en la cláusula penal. Dice el Art. 1542, después de sentar el principio ya examinado de que la pena puede exigirse en todos los casos en que se hubiere estipulado: "sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

No sólo, pues, según destacábamos, el acreedor está exento de probar perjuicios, sino que tampoco el deudor puede acreditar que no los hubo. Es la gran ventaja de la cláusula penal sobre la indemnización ordinaria.

En consecuencia, no hay necesidad alguna de distinguir entre daño emergente y lucro cesante,¹¹⁶⁵ daños directos o indirectos, previstos o imprevistos,

¹¹⁶³ RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 396.

¹¹⁶⁴ Ob. cit., T. 11, pág. 746, N° 1.237.

¹¹⁶⁵ RDJ, T. 50, sec. 1ª, pág. 21.

Respecto a la no necesidad en general del acreedor de probar perjuicios: RDJ, T. 55, sec. 2ª, pág. 123, y EM. N° 450, sent. 5ª, pág. 902. Este último fallo aceptó la ejecución, lo que en la cláusula penal no es aceptable, dado que el requisito de la imputabilidad no puede constar jamás en el título ejecutivo. El problema fue que se había opuesto la excepción de falta de liquidez cuando

morales o materiales, ni se exige en los perjuicios relación de causalidad ni requisito alguno, etc.

986. II. Incumplimiento parcial. De acuerdo al Art. 1539: "si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal".

Aquí sí que la ley fue muy precisa al decir: "si el acreedor acepta esa parte", pues de acuerdo al Art. 1591 no tiene por qué tolerar un pago parcial (Nº 691).¹¹⁶⁶

987. III. Cobro de la pena, de la obligación principal y la indemnización ordinaria de perjuicios. Es preciso determinar los derechos del acreedor en caso de incumplimiento en relación al cobro de la pena, de la obligación principal y de la indemnización de perjuicios de acuerdo a las reglas generales, materias a que se refiere el Art. 1537.

Podemos resumir las reglas que señala este precepto en cuatro:

1º. Antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor sólo puede exigir la obligación principal;

2º. Constituido el deudor en mora, puede el acreedor a su arbitrio cobrar la obligación principal, la pena compensatoria o la indemnización ordinaria de perjuicios;

3º. Por excepción, el acreedor puede acumular la pena compensatoria y el cumplimiento forzado de la obligación principal cuando así se ha convenido, y en la transacción, y

en la verdad lo que ocurre es que la existencia de la obligación misma de pagar la pena no puede constar en el título ejecutivo.

En efecto, la exigibilidad de la cláusula penal está sujeta al incumplimiento de la obligación principal. Establecido esto, pasa a ser ejecutiva la cláusula penal.

Sin embargo, el caso era muy peculiar, porque se trataba de un arrendamiento de maquinaria, y la pena, en el caso de no pagar la renta, equivalía al pago del total de las rentas de arrendamiento por el período total del contrato.

¹¹⁶⁶ G.T. 1878, Nº 322: el tribunal determinará discrecionalmente la rebaja, lo que parece efectivo únicamente si no cabe aplicar la proporcionalidad que señala el precepto.

4º. Por excepción puede también el acreedor pedir la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, si así se ha estipulado.

Veremos el desarrollo de estas cuatro reglas en los números siguientes.

988. A. Antes de la mora sólo puede pedirse la obligación principal. Así lo señala la primera parte del Art. 1537: "antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal".

Ello es lógico, porque de acuerdo al precepto que sigue (el Art. 1538 ya citado), el deudor no incurre en la pena mientras no sea constituido en mora. En consecuencia, antes de ella, el acreedor no puede exigir la pena que no se ha devengado aún, sino únicamente el cumplimiento del contrato.

989. B. Derecho alternativo del acreedor en la mora del deudor. La regla es que una vez constituido el deudor en mora, el acreedor tiene una triple alternativa:

1º. Exigir el cumplimiento de la obligación principal, siempre que sea ello posible.

No podría el deudor oponerse al cumplimiento forzado ofreciendo la pena, porque de acuerdo al Art. 1537 la elección es al arbitrio del acreedor y no de aquél.

Puede estipularse lo contrario, o sea que en caso de incumplimiento sólo sea exigible la pena, y en ese caso ha habido una novación, de acuerdo al Art. 1647 (Nº 1.124).

Y así como puede el acreedor exigir el cumplimiento, también podría pedir la resolución,¹¹⁶⁷ aunque en una oportunidad se falló lo contrario.¹¹⁶⁸

2º. Exigir la pena, en vez de la obligación principal.

En caso de incumplimiento hemos visto que el acreedor debe primero pedir el cumplimiento forzado, y sólo si éste no es posible, la indemnización

¹¹⁶⁷ SOMARRIVA, *Cauciones*, Nº 27, pág. 27.

¹¹⁶⁸ *RDJ*, T. 7, sec. 2ª, pág. 39. Aceptó la resolución por incumplimiento parcial: *RDJ*, T. 55, sec. 2ª, pág. 123, fijando la que es evidentemente la buena doctrina.

de perjuicios (Nº 818). En la cláusula penal, en cambio, el legislador permite al acreedor elegir a su arbitrio entre la ejecución forzada y la pena.

3º. Exigir la indemnización de perjuicios ordinaria.

Bien puede el acreedor no pedir ni el cumplimiento ni la pena, sino la indemnización de perjuicios en conformidad a las reglas generales. Así lo establece la parte final del Art. 1543: "pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Naturalmente que en tal caso la indemnización se somete en todo y por todo a las normas generales, y en consecuencia deberá probar los perjuicios que cobra el acreedor.

La explicación de esta solución es muy sencilla: la cláusula penal favorece al acreedor y de ahí que éste puede renunciarla. Él elegirá entre las ventajas de la cláusula penal, que lo exime de probar perjuicios, y las de la indemnización ordinaria, que le permitirá percibir los que efectivamente ha sufrido y que pueden ser superiores a la cláusula penal. Es precisamente una de las diferencias que señalábamos entre ésta y las cláusulas limitativas de responsabilidad (Nº 864).

990. C. Casos en que el acreedor puede acumular la pena y la obligación principal. Son tres los casos en que el acreedor puede cobrar la pena y la obligación principal:

1º. Si la pena es moratoria.

Que el acreedor no pueda cobrar al mismo tiempo la obligación principal y la pena se justifica ampliamente porque en tal caso estaría obteniendo un doble pago: el cumplimiento y la pena, pero ello naturalmente se refiere a la pena compensatoria y no a la moratoria, que siempre puede agregarse al cumplimiento porque indemniza el retardo (Nº 891).

La distinción entre pena moratoria y compensatoria aparece claramente en la propia definición del Art. 1535, que habla de "no ejecutar" y "retardar" la obligación principal.

Y por ello el Art. 1537, después de decir que el acreedor no puede acumular la pena y la obligación principal, agrega: "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo".

Tiene gran interés, pues, distinguir si la indemnización es compensatoria o moratoria, lo cual es cuestión de interpretación, ya que el precepto habla de "aparecer". Según una sentencia, la pena debe entenderse normalmente compensatoria.¹¹⁶⁹

2º. La estipulación de las partes.

Aun la pena compensatoria puede cobrarse conjuntamente con la obligación principal, si así se ha estipulado. Esta excepción la señala también el Art. 1537, en su parte final: "o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal". No hay, naturalmente, necesidad de usar esta frase sacramental; basta cualquiera que indique claramente la intención de las partes de acumular pena y obligación principal. La única exigencia es que semejante estipulación debe ser expresa, mientras que tratándose de la pena moratoria al legislador le basta que "aparezca" haberse convenido ésta por el simple retardo.

Por ello se resolvió que no se puede exigir el cumplimiento de una promesa de compraventa y la pena, porque ello no se había estipulado por las partes.¹¹⁷⁰

Tampoco habría inconveniente alguno para que se estipule que el acreedor podrá pedir la resolución del contrato y la pena.¹¹⁷¹

3º. En la transacción.

Dispone el Art. 2463: "si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes".

En consecuencia, cabe solicitar el cumplimiento del contrato y al mismo tiempo la pena, porque el legislador desea rodear a la transacción de la máxima eficacia posible.

¹¹⁶⁹ *RDJ*, T. 61, sec. 1ª, pág. 122; la define además como una suma de dinero semejante a lo que habría significado el cumplimiento de la obligación principal.

En una sentencia publicada en la misma Revista, T. 55, sec. 2ª, pág. 123, se interpretó como moratoria una pena en un contrato de confección de obra material.

¹¹⁷⁰ *G.J.* Nº 244, pág. 75.

¹¹⁷¹ *G.T.* de 1921, 1ª sem., Nº 207, pág. 888.

991. D. El acreedor sólo por estipulación expresa puede cobrar la pena e indemnización ordinaria. Según hemos venido señalando, normalmente el acreedor tiene una triple opción entre el cumplimiento, la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, y en los casos señalados puede acumular las dos primeras.

Pero no puede cobrar al mismo tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, salvo el caso de excepción de que las partes lo hubieren expresamente convenido.¹¹⁷²

Lo dispone así el Art. 1543 en su primera parte: “no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente”. También se exige en este caso que el convenio sea expreso. Así se ha fallado.¹¹⁷³

992. IV. Pluralidad de deudores y acreedores. El Código, en el Art. 1540, se preocupó únicamente de la situación de los herederos del deudor, cuya obligación se encontraba garantizada con una cláusula penal.¹¹⁷⁴

Para un cuadro más o menos completo de las situaciones que pueden producirse, debemos examinar las siguientes:

1º. Obligación principal divisible.

A ella se refiere en parte el inc. 1º del Art. 1540: “cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor, a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contraído la obligación”.

En consecuencia, la regla general es que la pena sea divisible, e incurre en ella en la parte que le corresponde el o los deudores culpables; como una consecuen-

¹¹⁷² RDJ, T. 10, sec. 1ª, pág. 104. Si se han pedido ambas, procede acoger sólo la pena: G.T. de 1938, 2º sem., Nº 103, pág. 478. En un caso de arrendamiento: G.J. Nº 274, pág. 129.

¹¹⁷³ C.A. de Santiago, 12 de marzo de 2003. G.J. Nº 273, pág. 72.

¹¹⁷⁴ Véase SOMARRIVA, *Cauciones*, ob. cit., págs. 31 y 32; GATICA, ob. cit., págs. 448 y siguientes; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10, págs. 538 y siguientes.

cía de que jurídicamente lo normal es la simple conjunción (Nº 423), y que la indemnización de perjuicios la debe solamente el deudor infractor (Nº 960).

Esto tiene las excepciones que a continuación veremos.

2º. Obligación principal indivisible.

El mismo Art. 1540, en sus incisos 2º y 3º, contiene dos excepciones al principio señalado en el inc. 1º: que la obligación principal sea indivisible, o que se haya puesto la cláusula penal o la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago.

En tal caso, el acreedor tiene una alternativa: cobrar al culpable el total de la pena, o a cada uno de los deudores, incluidos los inocentes, su cuota en la pena, quedando a salvo el recurso de éstos contra el infractor.

Se producen dos variantes con respecto a la obligación principal divisible, primero, porque el acreedor puede cobrar el total de la pena, y no sólo la parte del infractor; y segundo porque quedan afectos a su cuota en ella los deudores no imputables. En esto hay una excepción también a la regla general de las obligaciones indivisibles, de cuya infracción sólo responde el culpable, de acuerdo al inc. 2º del Art. 1533 (Nº 960).¹¹⁷⁵⁻¹¹⁷⁶

3º. Pena indivisible.

Si la pena misma es indivisible, podrá entonces reclamarse a cualquiera de los deudores, sea quien fuere el infractor, porque ése es justamente el efecto de la indivisibilidad. "Así, por ejemplo, si la pena consiste en la entrega de

¹¹⁷⁵ G. T. de 1886, Nº 3.791, pág. 2.425: se trataba de una iguala entre tres clientes, uno de los cuales revocó el mandato al abogado.

¹¹⁷⁶ El precepto no se puso en el caso de que los infractores fueren dos o más de los deudores.

Si la obligación principal es divisible, no hay duda de que puede el acreedor cobrar únicamente su cuota en la pena a cada uno de ellos.

Pero en los casos de excepción: obligación principal indivisible, o que no puede pagarse por parcialidades, la doctrina más aceptada es que el acreedor puede cobrar el total de la pena a cualquiera de los infractores. Podría sostenerse lo contrario, porque ésa es la solución para las obligaciones indivisibles en el precepto citado en el texto, y que, en consecuencia, el acreedor sólo podrá cobrar a cada infractor su cuota; pero resultaría absurdo hacer esta diferencia entre el caso en que el infractor sea uno, o sean varios. Véase GATICA, Nº 350, pág. 458, de su obra citada.

un caballo y éste se encuentra en poder de uno de los deudores inocentes, no podría excusarse de entregarlo alegando su no culpabilidad, pues estaríamos en presencia de una obligación indivisible, en conformidad al N° 2° del Art. 1526°.¹¹⁷⁷

4°. Obligación principal solidaria.

Es un caso no previsto por el legislador, y en que la doctrina considera que si todos los codeudores solidarios se han sometido a una pena para el caso de no cumplirse la obligación principal, han manifestado su voluntad de que la pena pueda cobrarse en contra de cualquiera de ellos, sin perjuicio del derecho de los inocentes de repetir contra el o los infractores, o sea, aquel o aquellos por cuyo hecho o culpa se debió pagar la pena.¹¹⁷⁸

5°. Cláusula penal garantizada con hipoteca.

Esta situación está ya prevista por la ley en el Art. 1541: "si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar". En consecuencia, por la indivisibilidad propia de la acción hipotecaria (N° 477), sea quien fuere el infractor, puede perseguirse el total de la pena en el inmueble hipotecado, sin perjuicio del derecho del poseedor para repetir contra el culpable.

6°. Pluralidad de acreedores.

Tampoco el legislador se puso en la situación que existan varios acreedores de la obligación garantizada con cláusula penal. En tal situación, la solución más aceptada es que por regla general cada acreedor sólo puede cobrar su parte en la pena, salvo que ésta sea indivisible, o se haya pactado solidaridad activa, en cuyo caso cada acreedor queda facultado para cobrar el total.

¹¹⁷⁷ SOMARRIVA, *Cauciones*, pág. 32.

¹¹⁷⁸ SOMARRIVA, *Cauciones*, N° 63, pág. 66, y GATICA, ob. cit., N° 351, pág. 460; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 10, N° 597, pág. 536. Aunque sea tradicionalmente aceptada, puede discutirse, porque salvo en lo que respecta al precio que todos los deudores deben solidariamente, la indemnización de perjuicios es conjunta aun entre los deudores solidarios (N° 960). Por el otro lado, pesa el argumento de que todos los codeudores han consentido en someterse a la pena.

Para evitar toda posible discusión es preferible que la solidaridad se convenga expresamente también para la cláusula penal.

*Párrafo 3º**La cláusula penal enorme*

993. Mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal. Las legislaciones y doctrina están divididas en dos tendencias.

Una es la de la inmutabilidad de la cláusula penal, en que ésta no queda sujeta a reducción en caso alguno; en su favor se argumenta que da la máxima eficacia a la cláusula penal, pues ya sabemos que su calidad de caución se refuerza mientras mayor sea su cuantía. Es el sistema del Código francés y sus seguidores.

El otro sistema permite una posterior revisión de la cláusula penal, a fin de evitar justamente los abusos que puede cometer el acreedor, exigiendo al deudor una pena exagerada. Es el del Código alemán y los inspirados en él.

Nuestra legislación se apartó aquí del sistema francés y estableció en el Art. 1544 la posibilidad de reducción de la cláusula penal en los tres casos que señala, y en que se considera que ella ha sido enorme.

El precepto es doblemente excepcional, porque constituye una limitación a la libertad de las convenciones, y porque contiene casos de lesión que el Código acepta únicamente en forma específica y limitada. De ahí que su interpretación debe ser restrictiva.

Procederá una posible reducción de la pena:

1º. En los contratos conmutativos, para las obligaciones de una cantidad determinada;

2º. En el mutuo;

3º. En las obligaciones de valor inapreciable e indeterminado.

El Código aplica distintos criterios para determinar cuándo la cláusula penal ha sido enorme, que veremos en los números siguientes.

994. I. Contratos conmutativos. Dice el inc. 1º del Art. 1544: “cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por otra parte debe prestarse, y la pena consiste

asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él”.

La redacción del precepto es bastante confusa. Para que opere deben concurrir tres circunstancias:

1º. Debe tratarse de un contrato conmutativo, ya que el Código se refiere a la obligación de una de las partes de pagar una cantidad determinada como equivalente de lo que la otra debe pagar; ello es propio de los contratos señalados (Nº 65);

2º. La obligación principal de quien se sujetó a una pena para el caso de no cumplirla, debe ser de una cantidad determinada, y

3º. La pena también debe consistir en el pago de una cantidad determinada.

Evidentemente, la obligación principal y la pena deben ser de la misma naturaleza, porque si no sería imposible la comparación entre ellas, y de ahí que normalmente ambas deberán consistir en dinero.

Cumplidos los requisitos señalados, la reducción de la pena afectará a la suma en que ésta exceda al duplo de la obligación principal, “incluyéndose ésta en él”. O sea, la obligación principal se incluye en el duplo. ¿Qué ha querido significar el legislador con esta frase?

Al respecto, hay dos interpretaciones:

1º. La mayoría de la doctrina¹¹⁷⁹ considera que la cláusula penal no puede exceder al doble de la obligación principal, como si una persona vende a otra un vehículo en \$ 30.000, de los cuales el comprador queda adeudando \$ 10.000, y se estipula una pena para el caso de no pagarse el precio de \$ 20.000. Como ésta es el duplo de la obligación principal, no está sujeta a reducción, pero si fuere superior a \$ 20.000, se rebajaría todo el excedente.

¹¹⁷⁹ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 111; SOMARRIVA, *Cauciones*, ob. cit., Nº 33, pág. 35; GATICA, ob. cit., Nº 379, pág. 486; FUEYO, ob. cit., T. 1º, pág. 360, Nº 374; CLARO SOLAR, ob. cit., Nº 590, pág. 530, del T. 10.

2º. Para otros, con esta interpretación no tiene sentido la frase en cuestión; ello sólo puede significar que la obligación principal se suma a la pena, que puede ser el duplo de ella, y en consecuencia alcanzar en total a tres veces la obligación incumplida. En el ejemplo, la pena podría ser de \$ 30.000.

Pero no hay que olvidar que por regla general no se puede cobrar la obligación principal y la pena (Nº 989); lo que quiso decir el legislador fue evidentemente que el máximo de la pena es el doble de la obligación principal, y por estar incluida ésta en dicho duplo, no puede cobrarse aparte, ni aun en los casos en que ello es posible. O sea, en la pena queda incluida la suma a que corresponde la obligación principal, como compensación de ella, y otro tanto por los demás perjuicios.

995. II. Mutuo. Referencia. De acuerdo al inc. 2º de la disposición antes comentada, no se aplica al mutuo, en que según el inc. 3º se puede rebajar la pena en lo que exceda al máximo que la ley permite estipular.

Al estudiar los intereses, nos referimos al precepto y al problema que plantea su interpretación (Nºs. 403 a 407).

996. III. Obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. De acuerdo al inc. 2º del mismo Art. 1544, a estas obligaciones no se aplica tampoco la limitación del inc. 1º, sino que se “deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”, la pena estipulada (inc. final)¹¹⁸⁰ Queda enteramente a la apreciación del juez.

¹¹⁸⁰ Se aplicó la disposición en un caso en que un abogado había estipulado que si se le revocaba el poder en un juicio, el cliente pagaría como pena la mitad de la herencia por la cual se pleiteaba. La Corte de Talca la rebajó a \$ 1.000 de la época, por encontrarla enorme: *G.T.* de 1906, sent. Nº 759, pág. 97.

En otros casos se aplicó a la obligación del arrendador de entregar la cosa arrendada, que es de valor inapreciable: *RDJ*, T. 5º, sec. 1ª, pág. 238, y *FM*. Nº 385, sent. 11, pág. 757.

En contratos de leasing, se resolvió que no procedía una multa del 50% de las rentas de arriendo pendientes de vencimiento a la época del incumplimiento, sino el pago de los intereses estipulados, del máximo convencional: C.A. de Santiago, 26 de enero de 2007, publicada en *L.S.* Nº 35, pág. 37, y de 15 de enero de 2007, *L.S.* Nº 33, págs. 72 y 79 (C.A. de Santiago de 24 de diciembre de 2006) (véase la nota 397 de este segundo tomo).

En fallo de la *G.J.* Nº 279, pág. 142, se declaró enorme una multa en un contrato de arriendo.

997. *La petición de rebaja del deudor.* En los tres casos señalados por el Art. 1544, el deudor podrá pedir la rebaja de la pena; no puede hacerlo el tribunal de oficio, como erróneamente a nuestro juicio se ha resuelto, porque los tribunales no actúan por regla general sino a petición de parte, y el inc. 1º justamente habla de “pedirse que se rebaje” la pena.¹¹⁸¹

También se ha resuelto que la cláusula penal enorme no puede oponerse como excepción a la ejecución, sino que debe deducir el deudor la correspondiente acción de reducción.¹¹⁸²

Finalmente, debemos concluir que el derecho del deudor a pedir la inducción es irrenunciable, pues si no, pasaría a ser cláusula de estilo en los contratos; es la solución que da la ley en la lesión enorme y se establecía en el Art. 2º de la Ley Nº 4.694, en los intereses.¹¹⁸³

¹¹⁸¹ El fallo de la *RDJ* de la nota anterior.

¹¹⁸² *RDJ*, T. 61, sec. 1ª, pág. 122.

¹¹⁸³ *G.T.* de 1887, Nº 1.241, pág. 743, y Nº 1.271, pág. 759; SOMARRIVA, *Cauciones*, ob. cit., Nº 37, pág. 38.

CAPÍTULO IV

DE LA NOVACIÓN EN GENERAL

1186. Reglamentación y pauta. El Código trata de la novación en el Título 15 del Libro 4º, Arts. 1628 a 1651, a continuación del pago, y tras haberla enumerado en el Art. 1567, N° 2º, entre los modos de extinguir las obligaciones. Advertimos de antemano que en esta reglamentación está incluida otra institución: la delegación, que puede constituir una novación o no, según los casos (N° 1231).

En el presente capítulo trataremos de la novación en general: su concepto, requisitos, clasificación y efectos, pero las distintas clases de novación en particular las estudiaremos en relación con las diferentes formas de modificación de las obligaciones.

Sección Primera

Concepto, requisitos y clases

1187. Concepto. “La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida” (Art. 1628).

Supone, pues, dos obligaciones: una que se extingue, y una nueva que nace en reemplazo de ella. La misma palabra “novar” indica que hay algo nuevo en la institución: es la obligación que reemplaza a la extinguida. Por ejemplo, A debe a B \$ 50.000, y por un pacto posterior acuerdan que en vez de los \$ 50.000, A le entregue un automóvil a B, o que le pague los \$ 50.000 a C, o que en vez de pagarlos A a B, se los pague D. La primitiva obligación de pagar \$ 50.000 en el primer caso queda reemplazada por la de entregar el automóvil (novación objetiva: 10 N° 1210); en el segundo, la de A de pagar a B, queda reemplazada por la de pagarle A a C (novación por cambio de acreedor,

Nº 1219), y en el tercer ejemplo, la de A de pagar a B, es reemplazada por la de D de pagar a B (novación por cambio de deudor, Nº 1223).

1188. Evolución de la novación. Situación actual. Ya hemos señalado la soberanía que alcanzó la novación en materia de modificación de la obligación por la resistencia romana a toda variación en el crédito que dejara subsistente éste; aceptaron la novación, porque la obligación primero se extingue, para luego nacer en su reemplazo una nueva (Nº 1120).

Este efecto extintivo es precisamente el que llena de inconvenientes a la novación, como se verá en el desarrollo de este capítulo. De ahí que se provocara en su contra una fuerte reacción doctrinaria, que ha influido en las legislaciones del presente siglo, y se propugnara su reemplazo por otras instituciones que, fundamentalmente, han sido, en la novación objetiva, la dación en pago, en la por cambio de acreedor: el pago con subrogación y la cesión de créditos, y en la que se reemplaza al deudor, la cesión o traspasos de deudas.

El Código alemán, extremando las cosas, eliminó de su reglamentación la institución, y el suizo casi imitó su ejemplo, haciendo jugar en su lugar los institutos que la reemplazan en el Derecho moderno. Una posición radical no se justifica, y de ahí que los Códigos posteriores, como el polaco, brasileño, peruano e italiano de 1942 la conservan, pero eso sí muy reducida; el Código argentino, que como todos los del siglo pasado daba gran importancia a la novación, la ha reducido a raíz de una modificación inspirada en el proyecto Bibiloni.

Se justifica esta tendencia actual de mantener con limitaciones la novación por dos razones fundamentales:

1º. Porque dentro de la libertad de convenciones, las partes pueden desear precisamente que la obligación anterior se extinga, para liberar a la nueva de las cargas que ella tiene; por ejemplo, se debe un saldo de precio de una compraventa, y se extingue novatoriamente la deuda para que la compraventa no quede afectada a resolución, y

2º. Porque al estudiar la llamada cesión de deudas, veremos las limitaciones que tiene aún en las legislaciones que la aceptan; y las múltiples figuras que han ido apareciendo para obtener el cambio del deudor en la obligación (Nº 1237); por las mencionadas limitaciones, muchas veces ellas producirán

la extinción de la obligación primitiva y su reemplazo por una nueva; esto es, una novación.

De más está decir que en nuestro Código, mientras no se le ponga al día en esta parte, que lo reclama imperiosamente, la novación mantiene su gran importancia, y en torno a ella debemos estudiar todo lo relativo a la modificación de la obligación.

1189. Principales caracteres de la novación. Conviene destacar las siguientes principales características de la novación:

1º. Carácter extintivo.

Ya hemos destacado que la novación extingue la obligación anterior, y por ello se justifica plenamente su inclusión entre los modos extintivos.

Entre ellos corresponde —usando la expresión del Art. 1522 en la solidaridad— a los que equivalen al pago, o modos satisfactivos (Nº 1260, 2º A), por cuanto, si bien el acreedor no recibe la prestación convenida, algo obtiene por la extinción de la deuda: un nuevo crédito que reemplaza al anterior.

La extinción de la obligación anterior es esencial en la novación, y por ello se ha resuelto que aun si concurren todos los demás requisitos de ella, si la obligación anterior sobrevive, nunca habrá novación.¹⁴⁹⁵

2º. Carácter sustitutivo.

Ya habíamos señalado que propiamente en la novación no hay una modificación en la obligación, puesto que ella se extingue para dar nacimiento a una nueva; pero tan indispensable es en la novación la extinción de la obligación anterior como el nacimiento de una nueva en su reemplazo; si ello no ocurre no habrá novación, sino algún otro modo de extinguir.

Es en las relaciones entre las partes donde se produce una modificación, consistente en que la nueva obligación sustituye, reemplaza a la anterior, obligación nueva, a la cual, según veremos, las partes pueden agregar muchas de las características de la anterior, restableciendo en cierto modo el crédito

¹⁴⁹⁵ RDJ, T. 37, sec. 1ª, pág. 520.

extinguido con las variantes deseadas por ellas (Nº 1202). Y por ello es que la novación puede usarse –y en la práctica con tal objeto se utiliza primordialmente– para obtener la mayor parte de los efectos de la transmisión activa y pasiva de la obligación, y su modificación, aun cuando jurídicamente no lo sea, según lo dicho, puesto que la novación extinguió el crédito anterior.

3º. La novación es convención y contrato.

La novación es una institución híbrida; según la terminología aceptada entre nosotros (Nº 42), es convención y contrato. Lo primero en cuanto extingue la obligación primitiva, pero en cuanto da origen a una nueva, es un contrato. Por ello es que el Art. 1630, según veremos, habla del “contrato de novación”.

Además, este contrato de novación, cuando versa sobre una obligación de dar, es título traslativo de dominio; así, en el ejemplo que hemos colocado, tiene este carácter respecto del automóvil que el deudor se comprometió a entregar en vez de los \$ 50.000 adeudados. El título traslativo de dominio del automóvil es el contrato de novación, y la propiedad se adquiere una vez que se efectúe su tradición.

1190. La novación y otras instituciones. Referencia. Ya hemos visto que la novación, según sus diferentes clasificaciones, presenta semejanzas con otras instituciones; volveremos más adelante a señalar otras que también tienen contacto con ella. Nos limitamos, por el momento, a referir al lector a las partes correspondientes:

1º. La novación por cambio de objeto, las modificaciones objetivas de la obligación (Nºs. 1211 y siguientes), y la dación en pago (Nº 776).

2º. La novación por cambio de acreedor, y las modificaciones subjetivas activas de la obligación, principalmente cesión de créditos y pago con subrogación (Nº 1220).

3º. La novación por cambio de deudor y las modificaciones subjetivas pasivas de la obligación, especialmente delegación (Nºs. 1227 y siguientes), cesión de deudas (Nºs. 1236 y siguientes), y cesión de contrato (Nºs. 1248 y siguientes).

1191. Requisitos de la novación. Enunciación. Son 4 los requisitos fundamentales de la novación:

1º. Sustitución de una obligación válida que se extingue por una nueva que nace, también válida;

2º. Que entre la obligación extinguida y la nacida existan diferencias fundamentales o sustanciales;

3º. Capacidad de las partes para novar, y

4º. Intención de novar (*animus novandi*).

Los estudiaremos en los números siguientes.

1192. I. Sustitución de una obligación válida por otra igualmente válida. Es elemento esencial de la novación, según hemos insistido, la existencia de dos obligaciones: una que se extingue y una nueva que la reemplaza, y se contrae justamente para extinguir la anterior. Hay, pues, una relación de causalidad e interdependencia entre ambas obligaciones, una de las cuales se extingue para que nazca la otra, de manera que si alguna de ellas no existe la novación es imposible.

Dos problemas principales giran en torno a esta conclusión: la nulidad de alguna de las obligaciones y la circunstancia de que una de ellas o ambas estén sujetas a condición suspensiva.

Los veremos en los siguientes números.

1193. A. Nulidad de alguna de las obligaciones. De esta situación se preocupa el Art. 1630 en los términos siguientes: “para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación, sean válidos, a lo menos naturalmente”.

El precepto ya lo habíamos citado justamente al tratar los efectos de la obligación natural, donde vimos que ella puede ser novada (Nº 367). Nos remitimos a lo dicho en tal ocasión.

La justificación que se señala a este requisito de la validez cuando menos natural de la obligación estriba en que si la extinguida es la nula, la nueva que la reemplaza carecería de causa, y si es ésta la que adolece de vicio, no se produce la novación, porque el efecto retroactivo de la nulidad borraría la extinción ocurrida de la obligación primitiva.

El punto se discute con razón respecto a la nulidad relativa de la primera obligación, ya que las partes pueden confirmarla; en el fondo la novación vendría a equivaler a un saneamiento de la nulidad relativa por esta vía, siempre que las partes hubieren sabido la existencia del vicio; de ahí que Códigos más modernos como el brasileño, peruano, italiano (Art. 1234), etc., reconozcan eficacia a la novación en tal evento. Lo que sí es indiscutible es que la nulidad, aun relativa, de la nueva obligación impide la novación.

1194. B. Obligación bajo condición suspensiva. Puede suceder que alguna de las obligaciones, ya sea la que debe extinguirse o la que ha de reemplazarla, esté sujeta a una condición suspensiva. La regla general en tal caso es que no hay novación mientras la condición esté pendiente, pues el efecto de la condición suspensiva pendiente es justamente impedir que nazca la obligación (Nº 570); como no existe la obligación primitiva o la nueva, falta uno de los presupuestos esenciales de la novación: la sustitución de una obligación por otra.

Es lo que dispone el inc. 1º del Art. 1633: “si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si, por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras está pendiente la condición; y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación”. Si la condición falló, ya no hay obligación, y si operó otro modo de extinguir, la novación no puede producir su efecto extintivo y la nueva obligación no tendrá razón de ser.

Estas normas son meramente supletorias de la voluntad de las partes; así lo señala el inc. 2º del precepto: “con todo, si las partes, al celebrar el nuevo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes”.

1195. II. Diferencias sustanciales entre ambas obligaciones. Entre la obligación que se extingue por novación y la que la reemplaza deben existir diferencias fundamentales; han de ser ellas sustancialmente distintas.

Y lo serán cuando varíe uno de los elementos esenciales de la obligación y no uno meramente accidental; los elementos esenciales son los sujetos de ella: acreedor y deudor, y el objeto de la misma, la prestación que se debe.

Estos son los casos de novación que enuncia el Art. 1631 y que estudiaremos con más detalle al tratar de la clasificación de la novación (N^{os}. 1209-1219-1223-1226).

La doctrina, jurisprudencia y el propio Código, en sus Arts. 1646 y 1650 han señalado numerosos casos en que por faltar el requisito apuntado, no hay novación. Son justamente situaciones en que la obligación se modifica, sin quedar por ello extinguida, y de ahí que los estudiemos precisamente al hablar de las variaciones objetivas y subjetivas de la obligación (N^{os}. 1211 y sigtes.).

Y así, por ejemplo, si un tercero afianza la obligación con posterioridad a su nacimiento, si la obligación pasa a devengar intereses, si se aumenta su plazo de vencimiento, etc., no hay novación, porque es la misma obligación la que se ha modificado, y no se ha extinguido para metamorfosearse en otra.

En una sentencia de la C.A. de Santiago de 29 de noviembre de 1999, se rechazó que hubiera novación en la mera ampliación del plazo de la deuda.¹⁴⁹⁶

1196. III. Capacidad de las partes. Desde luego que la capacidad es un requisito de todo acto o contrato (Art. 1445), pero habitualmente se le destaca en la novación para señalar que el acreedor de la obligación primitiva, como va a extinguirla, requiere la capacidad necesaria para disponer del crédito. El deudor deberá tener la indispensable para contraer la nueva obligación.

La novación puede tener lugar por intermedio de mandatarios, pero éstos sólo están habilitados para novar:

- 1º. Si tienen facultad especial para ello;
- 2º. Si administran libremente el negocio a que pertenece la obligación, o
- 3º. Si administran libremente los negocios del comitente, o sea, tienen poder general de administración (Art. 1629).

1197. IV. Intención de novar. La intención de novar o *animus novandi* es la cuarta exigencia de la institución, y tiene una gran importancia, porque entre

¹⁴⁹⁶ G.J. N^o 233, pág. 66.

las mismas partes pueden existir varias obligaciones diversas, sin que por ello las unas extingan a las otras.

Así lo señala el Art. 1634: "para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua".

De ahí que se haya fallado reiteradamente que no hay novación si no aparece el ánimo de las partes de novar.¹⁴⁹⁷

Pero como lo señala el precepto, no es indispensable que se declare expresamente que se está celebrando una novación; basta que la intención de hacerlo haya sido indudable; por ello se ha resuelto que la voluntad de novar puede ser expresa o tácita, pero no presunta.¹⁴⁹⁸

Y con esa típica afición de los Códigos clásicos a explicarse y justificarse, el legislador señaló el porqué de la exigencia: "Porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua".

Hay un caso sí de excepción en que la voluntad debe ser expresa: en la novación por cambio de deudor, la del acreedor de dar por libre al primitivo deudor debe expresarse (Art. 1635, N° 1.223).

La C.S. ha declarado que es cuestión de hecho determinar si ha habido o no ánimo de novar.¹⁴⁹⁹

Según el inc. 2° del Art. 1634, si no aparece intención de novar, se mirarán ambas obligaciones como coexistentes, y subsiste la obligación primitiva con sus accesorios en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella.

Sin embargo, la Ley N° 20.555 de 17 de febrero de 2012 introdujo en el Art. 17, inciso 1° de la Ley de Protección de la Vida Privada N° 19.628 de 28 de agosto de 1999 una prohibición de "dar información relacionada con obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial en cuanto hayan sido repactadas, renegociadas o novadas, o éstas se encuentran con alguna modalidad pendiente".

¹⁴⁹⁷ G.T. de 1915, 2° sem., N° 554, pág. 1433, y de 1938, 2° sem., N° 82, pág. 362, y *RDJ*, T. 27, sec. 2ª, pág. 31.

¹⁴⁹⁸ *RDJ*, T. 27, sec. 2ª, pág. 31.

¹⁴⁹⁹ *RDJ*, T. 2º, sec. 1ª, pág. 217.

Es una confirmación de la precipitación y descuido con que se legisla en esta materia no sólo por excepcionar una característica propia de la novación, sino porque la expresión “modalidad pendiente”, incluye incluso cualquier plazo, lo que es absurdo.

La norma prueba dos cosas:

a. Que antes de su dictación no estaba rechazada la novación, como lo sostuvo una Corte de Apelaciones, y

b. Un descuido para legislar, ya que se habla de “modalidad” pendiente, olvidando que el plazo lo es.

Es éste un ejemplo vivo de que el legislador y el juez deben actuar con mucho cuidado con esta nueva legislación y su tendencia prodebitore.

1198. Formalidades de la novación. En sí misma la novación no está sujeta a solemnidades especiales, sino que ellas dependerán de la obligación que se contraiga, y así, si el deudor se ha comprometido por la novación a entregar un bien raíz, ella deberá otorgarse por escritura pública, efectuándose la tradición mediante la inscripción de la novación en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

1199. Clasificación de la novación. Referencia. Ya hemos dejado señalado que la novación puede ser objetiva o subjetiva.

La primera se presenta cuando cambia el objeto o la causa de la obligación, y a ella se refiere el N° 1° del Art. 1631. La estudiaremos conjuntamente con las modificaciones objetivas de la obligación (N° 1.210).

La segunda puede ser por cambio de acreedor o de deudor, y la estudiaremos al tratar las modificaciones subjetivas de la obligación (N° 1.219 y N° 1.223).

Sección Segunda *Efectos de la novación*

1200. Enunciación. La novación produce el efecto de extinguir la obligación anterior y dar nacimiento a una nueva.¹⁵⁰⁰

¹⁵⁰⁰ Aplicando este principio se ha resuelto que no hay cosa juzgada si en un juicio se acepta la excepción de novación para la obligación primitiva, y en otro se cobra la nueva obligación: *RDJ*, T. 11, sec. 1ª, pág. 279.

Sobre este punto nada debemos insistir, pero sí en sus consecuencias:

1º. La extinción de la deuda primitiva lleva aparejada la de sus accesorios, de acuerdo con el principio de que éstos siguen la suerte de lo principal, y

2º. Esta extinción de los accesorios es sin perjuicio de que en virtud del principio de la libre contratación, las partes pueden convenir lo contrario, dejando vigentes con ciertas limitaciones los de la obligación extinguida.

Estos dos aspectos los veremos en los números posteriores.

La novación por cambio de deudor produce efectos especiales en caso de insolvencia del nuevo deudor, que analizaremos justamente al tratar esta clase de novación (Nº 1226).

1201. I. Extinción de los accesorios de la deuda primitiva. Aquí radica justamente la trascendencia y el principal inconveniente de la novación; junto con la obligación anterior se extinguen los derechos, garantías, acciones, etc., que la acompañaban. De ahí que tiene una gran trascendencia determinar en los casos dudosos (Nºs. 1211 y siguientes) si ha operado novación o no.

Hemos dejado advertido, e insistiremos poco más adelante, que este tropiezo es posible paliarlo en parte mediante la reserva de los accesorios o la constitución de otros nuevos, pero señalemos también que con ella no puede perjudicarse a los terceros ajenos a la novación. Este principio lo veremos imperar en todo el capítulo de la modificación convencional de la obligación: los terceros ajenos al acuerdo que varía la obligación no quedan perjudicados por él. Así irá apareciendo en esta parte y en los capítulos siguientes.

Yendo al detalle:

1º. Se extinguen los intereses.

Así lo señala el Art. 1640: “de cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario”;

2º. Se extinguen los privilegios.

Lo dispone el Art. 1641: “sea que la novación se opere por la substitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación”.

3º. Se extinguen las cauciones reales.

Así lo establece la primera parte del inc. 1º del Art. 1642: "aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior..."

4º. Se extinguen las cauciones personales.

Dice el Art. 1645: "la novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella". Respecto a los primeros, lo mismo nos había ya dicho el Art. 1519 (Nº 449).

Igualmente si la obligación primitiva tenía cláusula penal, ésta se extingue.

5º. Cesa la mora.

Si el deudor de la obligación primitiva había sido colocado en mora, ella cesa desde que opera la novación.

6º. Se extinguen las modalidades.

La novación pone término a los plazos, condiciones, etc., a que estuviere sujeta la obligación anterior.

Tratándose de un contrato bilateral, implica igualmente la extinción de la acción resolutoria y de la excepción del contrato no cumplido. Si A vende a B un inmueble, y el comprador queda adeudando el precio, y las partes acuerdan posteriormente que B entregue un automóvil, la obligación de pagar el precio queda extinguida por novación. Si no se entrega el automóvil, no podría A intentar la resolución de la venta; ni B si no cumple A su obligación de entregar el inmueble, oponer a la demanda de A para la entrega del automóvil la excepción del contrato no cumplido.

7º. Se extingue la obligación de conservación.

Si la deuda primitiva era de especie o cuerpo cierto desde que opera la novación, cesa la obligación de conservación, etc.

1202. II. Reserva de los accesorios. Como lo habíamos anunciado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, no hay inconveniente para que las partes por un pacto expreso acuerden que los accesorios de la obligación

anterior no se extingan con ella, sino que subsistan accediendo a la nueva deuda. Es la llamada reserva de accesorios.

El Código lo ha ido señalando así en cada caso:

El Art. 1640. Respecto de los intereses declara que quedan extinguidos los de la obligación novada, "si no se expresa lo contrario"; esto es, las partes pueden convenir que continúen devengándose, que ellos se adeudan y deben pagarse, etcétera.

El Art. 1642 lo dice para la prenda e hipoteca, pero la reserva de ellas tiene algunas limitaciones que veremos en los números siguientes.

Finalmente, el Art. 1645 lo señala para los codeudores solidarios y fiadores. La novación extingue sus obligaciones a menos que accedan a la nueva deuda. Es lo que advertimos; no puede alterarse la situación de los terceros por la modificación de la obligación sin su consentimiento.

Respecto de la reserva deberemos insistir en los números siguientes en estos puntos:

1º. No se permite la reserva de privilegios;

2º. La reserva de cauciones reales y sus limitaciones;

3º. Cauciones reales constituidas por terceros;

4º. La reserva sólo puede tener lugar en los mismos bienes afectos a la garantía, y

5º. La reserva no cubre la parte en que la nueva deuda excede a la anterior.

1203. A. No se permite la reserva de privilegios. Esta afirmación es de fácil demostración, por las siguientes razones:

1º. Los privilegios no los crean las partes, sino que los establece la ley (Nº 1061); no está, en consecuencia, a la disposición de ellas asignarlos a una nueva obligación;

2º. Porque mientras en los Arts. 1640, 1642 y 1645 el legislador expresamente permitió la reserva de los accesorios, en cambio en el Art. 1641 se limitó

a decir que la novación extingua los privilegios de la obligación anterior, sin contemplar la posibilidad de que las partes los reservaran, y

3º. Porque es la misma solución que la ley da en otras situaciones, como por ejemplo en el pago por consignación, cuando ésta es retirada en conformidad al Art. 1607 con consentimiento del acreedor; el precepto declara que en tal caso se extinguen los privilegios y cauciones, pudiendo éstas renovarse, pero sin que nada diga de renovar o mantener los privilegios (Nº 719).

La preferencia que acompaña a la hipoteca y el privilegio de la prenda sí que pueden ser mantenidos para la nueva obligación mediante la reserva de estas cauciones a que nos referiremos en los números siguientes.

1204. B. La reserva de la prenda e hipoteca y sus limitaciones. La novación extingue las cauciones reales, de acuerdo al Art. 1642, inc. 1º, "a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva".

Esta institución de la reserva de la hipoteca viene desde antiguo, y es de gran trascendencia, puesto que el rango o preferencia de la hipoteca se determina por la fecha de su inscripción (Nº 1100); pues bien, la fecha de la hipoteca reservada será la de su inscripción primitiva, de modo que ella conserva su rango para la nueva obligación.

Y así, por ejemplo, un inmueble está afecto a dos hipotecas, una primera por \$ 100.000 y a una segunda por \$ 300.000; la obligación de la primera hipoteca es novada. Sacada a remate la propiedad, éste da únicamente \$ 300.000. Si la primera hipoteca ha sido reservada, por conservar su calidad de tal se paga con el producto del remate, abonándose \$ 200.000 a la 2ª. Pero si no conservara su rango, no alcanzaría a pagarse, pues la de \$ 300.000, que habría pasado a ser 1ª, absorbería todo el producto del remate.

Para efectuar la reserva, el legislador no ha exigido practicar una nueva inscripción, pero es de todos modos conveniente anotar al margen de la inscripción hipotecaria primitiva tanto la novación como la reserva.

La reserva perjudica evidentemente a los demás acreedores, como ha quedado en claro en el ejemplo propuesto, y por ello el legislador la ha sometido a las limitaciones que analizaremos en los números siguientes y que hemos enunciado: es necesario el consentimiento del que constituyó la caución real,

debe afectar al mismo bien en que incidía, y no puede exceder el monto de la primitiva obligación.

1205. C. La reserva requiere el consentimiento de quien constituyó la hipoteca o prenda. Como sabemos, es posible que la prenda o la hipoteca la hayan constituido terceros ajenos a la deuda, o que el bien hipotecado haya sido enajenado por el deudor. Si opera una novación, se requiere el consentimiento del que constituyó el gravamen o del tercer poseedor de la finca hipotecada. Así lo estatuye el Art. 1642, inc. 2º: “pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale, cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no accedan expresamente a la segunda obligación”.¹⁵⁰¹

La razón es la ya apuntada: el legislador no acepta que se varíe la obligación sin el consentimiento de aquellos a quienes puede perjudicar la modificación: el que constituyó el gravamen lo hizo para garantizar una obligación y no otra distinta.

Puede acontecer que la hipoteca o prenda la haya constituido uno de los codeudores solidarios, por aplicación del principio de la pluralidad de vínculos (Nº 428), y que la novación haya sido pactada por otro de los codeudores solidarios. En tal caso, de acuerdo al inc. 2º, “si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipoteca constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria, salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación”.

Por ejemplo, A, B y C adeudan solidariamente a D \$ 30.000, y A ha constituido una hipoteca para garantizar la obligación sobre un inmueble de su propiedad; B y D pactan una novación, en virtud de la cual en vez de los \$ 30.000 se deben mercaderías. Esta novación extingue la solidaridad y la hipoteca por A constituida, y entre los novantes B y D no pueden acordar que éste reserve la hipoteca para la nueva obligación sin el consentimiento de A.

¹⁵⁰¹ Veremos más adelante que la novación por cambio de deudor puede tener lugar sin el consentimiento de éste, en cuyo caso toma el nombre de expromisión (Nº 1225). En tal evento, como dice Manuel SOMARRIVA, *Cauciones*, ob. cit., Nº 352, pág. 322, si el deudor ha constituido una caución real no puede reservarse sin su consentimiento.

La justificación es la misma ya señalada: el codeudor que constituyó el gravamen es ajeno a la novación; no tiene por qué pasar a responder de la nueva obligación.

1206. D. La reserva debe afectar al mismo bien hipotecado o dado en prenda.

Es evidente que la reserva, si consiste en mantener lo existente, debe continuar afectando al mismo bien gravado con la prenda o hipoteca. De ahí que se prohíba el llamado salto de prenda o hipoteca. El legislador se puso en el caso más conflictivo, o sea, cuando la novación tiene lugar por cambio de deudor, y el antiguo era el que había constituido la garantía.

Dice el inc. 1º del Art. 1643: “si la novación se opera por la substitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener afecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento”.

Por ejemplo, A deudor constituyó una hipoteca para garantizar su obligación, y en virtud de una novación pasa B a ser deudor. La reserva puede hacerse sobre el bien hipotecado por A con consentimiento de éste; lo que no puede hacerse es que ella pase a radicarse en un inmueble perteneciente a B.

Si éste constituye una hipoteca sobre su inmueble para garantizar la nueva obligación, hay otra hipoteca y no reserva de la anterior, porque ésta siempre supone que continúe afecto a la garantía el mismo bien anterior. De lo contrario, podrían perjudicarse otros acreedores hipotecarios en el inmueble de B si la hipoteca de A era de fecha anterior a la de ellos.¹⁵⁰²

1207. E. La reserva no cubre la parte en que la nueva deuda excede a la anterior. Así lo señala el inc. final del Art. 1642: “tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera”.

El mismo precepto coloca un ejemplo: “si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses”.

La razón es la ya señalada, porque la reserva perjudica a los demás acreedores hipotecarios en especial, y a todos los restantes acreedores en general.

¹⁵⁰² Una sentencia publicada en la G.J. N° 123, sent. 5ª, pág. 31, señaló que esta exigencia no se aplica tratándose del mismo bien hipotecado por la deuda novada.

Lo primero, porque, según vimos anteriormente, la hipoteca conserva su rango y, en consecuencia, si la hipoteca reservada es anterior a la otra, y el inmueble, al ser rematado, no da para el pago de todas ellas, la hipoteca reservada aumentada se pagaría antes. En el mismo ejemplo del N° 1204, en que el remate dio sólo \$ 300.000, la segunda hipoteca alcanzaba a pagarse sólo hasta \$ 200.000, pero si la primera por la novación con reserva hubiese pasado a ser de \$ 150.000, en vez de \$ 100.000, la segunda hipoteca se pagaría por \$ 150.000 únicamente. De ahí la limitación en estudio.

Y los demás acreedores también se perjudican, porque, según sabemos, la prenda e hipoteca tienen privilegio y preferencia, respectivamente, para su pago.

1208. III. Constitución de nuevas garantías. Por la misma razón de la libertad contractual, las partes pueden convenir garantías para la nueva obligación, que incluso pueden ser las mismas anteriores, pero de todos modos en tal caso se consideran como nuevas prendas o hipotecas.

Es lo que dispone el Art. 1644: “en los casos y cuantía en que no puede tener efecto la reserva, podrán renovarse las prendas e hipotecas; pero con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación”.

En el ejemplo propuesto, las partes pueden convenir que haya hipoteca por los \$ 50.000 que vale más la nueva obligación que la anterior, pero en esta parte es una tercera hipoteca, y se paga después de la 2ª por \$ 300.000.

CAPÍTULO V

LA NOVACIÓN OBJETIVA Y LA MODIFICACIÓN OBJETIVA DE LA OBLIGACION

1209. Pauta. Hemos advertido repetidas veces que si jurídicamente la novación no constituye una modificación de la obligación, sino que la extingue, en la práctica cumple imperfectamente esa función, mediante su sustitución por una nueva, en que se le introduce la variación que se busca.

Esto separa la novación de toda otra modificación, y hemos señalado la importancia de distinguirla, por importar la extinción de todos los accesorios.

La modificación, en cambio, no extingue la obligación anterior, sino que la varía, y en consecuencia no extingue sus accesorios: cauciones, privilegios, etc. Pero debe tenerse presente, como lo iremos viendo a lo largo de este estudio, que ellas no pueden por regla general perjudicar a los terceros ajenos a la convención modificatoria.

Igualmente debemos tener presente que ciertas modificaciones pueden ocurrir por causas ajenas a la convención, como es el caso típico de los aumentos que experimente la cosa —animal que se debe y tiene una cría— y que veíamos al hablar de la cosa debida bajo condición en el N° 563, al cual nos remitimos. Ellos, en principio, pertenecen al acreedor.

Finalmente, digamos que algunos casos relacionados con la modificación de la obligación ya los hemos analizado, a saber:

1°. Se suele decir que la hay en la dación en pago, pero la verdad es que más propiamente se trata de una modificación en el cumplimiento (N° 782).

2º. La subrogación real (Nº 722). Así, por ejemplo, hemos visto que según el Art. 1672, si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto (Nº 886). Lo que ocurre en nuestro concepto es que se produce una subrogación real, y la obligación de indemnizar entra a reemplazar a la que no se cumplió. Igual ocurre en toda subrogación real: la nueva obligación entra a jugar el papel jurídico de la reemplazada por ella y goza de todos sus accesorios.

En este capítulo examinaremos las siguientes situaciones:

1º. La novación objetiva;

2º. Aumentos o disminuciones en la prestación;

3º. Variaciones en las garantías, y especialmente la situación de la cláusula penal estipulada con posterioridad al nacimiento de la obligación principal;

4º. Cambios en las modalidades de la obligación;

5º. Sentencia judicial, transacción, reconocimiento de deuda;

6º. Subsistencia de ambas obligaciones, y

7º. Otras modificaciones de la obligación.

1210. I. Novación objetiva. De acuerdo al Nº 1º del Art. 1631 la novación puede efectuarse: "substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor".

Es la novación objetiva que, según decíamos, puede ser por cambio del objeto debido, o por cambio de causa.

En el primer caso se varía el contenido mismo de la obligación, como en el ejemplo antes puesto de que se deba dinero y se acuerde posteriormente que se entregue un automóvil.

Ya hemos señalado que si la nueva obligación es de dar, constituye título traslativo de dominio.

Finalmente, para que haya novación, la variación debe ser esencial, y por ello el Código, en los preceptos que veremos en los números siguientes, se preocupó de precisar casos que no constituyen novación.¹⁵⁰³

La novación por cambio de causa es una forma muy especial de ella, porque la obligación aparentemente permanece invariable. No cambian ni la prestación ni los sujetos activo o pasivo de ella, sino que únicamente la causa, esto es, el motivo jurídico por el cual una persona está obligada a otra. Andrés Bello ponía el siguiente ejemplo: una persona está debiendo a otra un saldo de precio de una compraventa, y por una convención posterior se acuerda que se va a continuar adeudando la misma suma, pero a título de mutuo.

Aparentemente no se ve el objeto de esta novación, cuya calidad de tal incluso se discute, pero tiene importancia, porque en el ejemplo propuesto por Bello importa decir que la obligación de pagar el precio de la compraventa ha quedado extinguida, y en consecuencia no procedería ni la acción resolutoria, ni la excepción del contrato no cumplido, etc. En efecto, como la obligación de pagar el precio se extinguió por novación, y nació en su reemplazo una nueva de pagar la misma suma a título de mutuo, si esta deuda no se paga, no podría el acreedor pedir la resolución de la compraventa, sino únicamente exigir el pago del mutuo,¹⁵⁰⁴ ni podría el deudor si se le cobra el mutuo, oponerse diciendo que el vendedor no ha cumplido sus propias obligaciones, etc.¹⁵⁰⁵

¹⁵⁰³ Casos de jurisprudencia en *G.T.* de 1910, T. 1º, Nº 82, pág. 362, y de 1938, 2º sem., Nº 82, pág. 362.

¹⁵⁰⁴ En la práctica se está usando actualmente con tal objeto la aceptación por el comprador de letras de cambio o pagarés por el saldo de precio adeudado, con declaración de que ella constituye novación de la obligación de pagar éste. En consecuencia, el precio de la venta queda pagado, no hay necesidad posterior de otorgar escritura de cancelación del mismo, ni queda condición resolutoria tácita pendiente.

Sin embargo, una sentencia publicada en *FM.* Nº 237, sent. 3ª, pág. 199, no lo estimó así, porque la novación había quedado condicionada al descuento de una letra en un banco.

¹⁵⁰⁵ Ante nuestros tribunales se presentó un caso de cesión de derechos hereditarios en que posteriormente se convino que el cesionario no pagara el precio de la cesión en la fecha convenida, sino que lo retuviera a título de mutuo: *G.T.* de 1897, T. 1º, Nº 1751, pág. 1105. En un caso muy semejante se resolvió que no había novación por falta del *animus novandi*: *G.T.* de 1914, 2º sem., Nº 399, pág. 115.

1211. II. Aumentos o disminuciones en la prestación. El Art. 1646 se pone en el caso de que la modificación de la obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera.

En tal caso no hay novación, pero el precepto considera que hay dos obligaciones distintas, puesto que habla de “segunda obligación” y de “ambas obligaciones”.

Un ejemplo típico es que la obligación primitivamente no devengare intereses, y posteriormente las partes convengan en que se deban éstos, o viceversa. El interés es un elemento accidental que puede faltar en la obligación, no comprometiendo su existencia; de ahí que si varían, no hay novación, y por ello se ha resuelto que no se produce si las partes se han limitado a elevar la tasa de los intereses que se devengaban.¹⁵⁰⁶

Esta modificación o nueva obligación, de todos modos no puede perjudicar a los terceros que en ella no han intervenido, según el principio que hemos dejado señalado, y por ello el precepto declara que los codeudores solidarios y subsidiarios “podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen”. En el ejemplo propuesto no estarían obligados a los nuevos o mayores intereses estipulados.

La disminución de la deuda no constituye novación,¹⁵⁰⁷ sin embargo de haberse fallado erróneamente lo contrario.¹⁵⁰⁸

1212. III. Agregación o disminución de garantías. Caso de la cláusula penal. Las cauciones constituyen siempre obligaciones accesorias a la principal, de manera que cualquier cambio que ellas experimenten no importa una variación en la obligación principal, y en consecuencia no hay novación.

¹⁵⁰⁶ RDJ, T. 2º, sec. 1ª, pág. 217.

¹⁵⁰⁷ RDJ, T. 21, sec. 1ª, pág. 461.

¹⁵⁰⁸ G.T. de 1915, 1ª sem., Nº 84, pág. 174: se había rebajado un 20% de la obligación primitiva. En tal caso hay remisión (Nº 1271), a menos que por la parte rebajada se contraiga una nueva obligación en que habría novación parcial.

Por tanto no hay novación si se la establece para una obligación que no estaba antes garantizada, o a la inversa, se suprime alguna que accedía a ella. Y así, si el acreedor renuncia a la hipoteca y la cancela, no hay novación.¹⁵⁰⁹

Según sabemos, si por hecho o culpa del deudor las cauciones de la obligación se han extinguido o disminuido considerablemente de valor, y no las renueva o mejora, se produce la caducidad del plazo (Nº 512).

La cláusula penal queda sujeta a reglas muy especiales cuando es estipulada con posterioridad a la obligación principal, pues se hace necesario establecer con precisión si las partes han pretendido pactar una pena o reemplazar el objeto de la obligación. Por ejemplo, A adeuda a B \$ 50.000, y acuerdan que se cancele la deuda entregando un automóvil; ésta es una novación, pero si la entrega del automóvil es para el caso de no cumplirse la obligación de pagar los \$ 50.000 hay cláusula penal, y habrá o no novación según la distinción que efectúa el Art. 1647:

1º. Si son exigibles conjuntamente la obligación principal y la pena, no hay novación, pero los terceros ajenos a la estipulación no son afectados por la pena.

Así lo señala la parte inicial del precepto: “si la nueva obligación se limita a imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena”. Se confirma una vez más la resistencia a perjudicar a terceros ajenos a la convención, que hemos venido destacando en todo el capítulo de las modificaciones de la obligación.

2º. “Mas, si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal”.

¹⁵⁰⁹ Pero siempre el tercero ajeno a la convención no puede ser perjudicado por ella, y por eso en el caso propuesto podría extinguirse la fianza si concurren los requisitos del Art. 2355. Nueva manifestación de que las modificaciones de la obligación producen respecto de terceros efectos muy semejantes a la novación.

Como el acreedor sólo puede exigir la pena, desde el momento en que así lo hace, la obligación principal ha quedado extinguida por novación, y con ella sus accesorios.

1213. IV. Modificación en las modalidades de la obligación. Puesto que las modalidades son elementos accidentales de la obligación (Nº 490), su modificación en ningún caso significa novación, pues no varía un elemento esencial de aquélla.

El legislador se preocupó del plazo en los Arts. 1649 y 1650. La modificación del plazo varía la exigibilidad de la obligación y no importa la constitución de una nueva, pero ella no afecta a los terceros que acceden a la obligación.

Se ha resuelto que el precepto sólo se refiere a los terceros, y por ende, no afecta a la hipoteca constituida sobre bienes propios si se amplía el plazo de la deuda, aunque el bien hipotecado haya sido enajenado a terceros.¹⁵¹⁰

1º. Ampliación del plazo.

Dispone el Art. 1649: "la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores, y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación".

Como decíamos, no hay novación, porque varía un elemento accidental de la obligación, pero los terceros ajenos a la ampliación no pueden ser perjudicados por ella, puesto que se habían comprometido hasta un plazo determinado y no más allá, y correrían el riesgo de la insolvencia del deudor o del agravamiento de ella en el nuevo plazo.¹⁵¹¹

Pero como se ha resuelto acertadamente, el no cobro de la obligación por el acreedor a su vencimiento por mera tolerancia suya, sin un acuerdo de prórroga con el deudor, no hace caducar las cauciones de terceros.¹⁵¹²

¹⁵¹⁰ En sentencia publicada en *FM*. Nº 381, sent. 1ª, pág. 405.

¹⁵¹¹ Casos de aplicación de este principio en *RDJ*, T. 17, sec. 2ª, pág. 25, y *G.T.* de 1883, Nº 3.641, pág. 2072, y de 1914, 1ª sem., Nº 168, pág. 385, citados en Repertorio, T. 5º, pág. 86.

¹⁵¹² *G.T.* de 1859, Nº 1.454, pág. 870, y de 1861, Nº 419, pág. 257.

Puede advertirse también que el Art. 1647 no menciona a los codeudores solidarios, entre quienes quedan liberados por la ampliación del vencimiento de la obligación. La conclusión se impone: el aumento del plazo otorgado por el acreedor a uno de ellos afecta a los demás,¹⁵¹³ efecto que se explica en virtud de la representación tácita y recíproca que se supone existe entre los codeudores solidarios (Nºs. 434 y 435). Todos ellos estuvieron representados por el que convino la ampliación de plazo.

2º. Reducción del plazo.

Dice el Art. 1650: “tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores¹⁵¹⁴ solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado”.

Como puede apreciarse, en este caso no opera la representación tácita y recíproca, y los codeudores solidarios ni ningún otro tercero que pueda ser obligado al pago se ve afectado por la estipulación de reducción del plazo.

La disposición se refiere al caso en que las partes convienen disminuir el plazo, pero no a aquel en que se produce la caducidad de éste en las circunstancias estudiadas en los Nºs. 510 a 512.

En fallo reciente, la C.S. ha reiterado que no hay novación si varían otras modalidades.¹⁵¹⁵

1214. V. Sentencia judicial, transacción, reconocimiento de deuda. Nos referiremos en este número a algunos actos que no implican aparentemente un cambio en la obligación, pero que en la práctica significan una modificación y un robustecimiento de ella, en cuanto a su certidumbre, exigibilidad y ejecutabilidad.

¹⁵¹³ G.T. de 1882, Nº 2.652, pág. 1490.

¹⁵¹⁴ El precepto en su edición auténtica utilizaba erróneamente la palabra “acreedores”, pero las ediciones posteriores corrigieron el error. La única que tiene sentido es la señalada actualmente en el Código y en el texto.

¹⁵¹⁵ L.S. Nº 29, pág. 22, sentencia de 7 de noviembre de 2006.

1º. La sentencia judicial.

Con la sentencia judicial no hay una obligación nueva; es a la misma obligación que se cobraba anteriormente a la que el deudor es condenado a pagar. Ahora, si la sentencia rechaza la demanda o es porque la obligación no existía o no pudo establecerse su existencia, o es porque existiendo y probada, se encontraba extinguida por alguno de los modos de extinguir la obligación.

Se ha solido hablar de novación acumulativa para este caso, porque el acreedor uniría a los efectos propios de la obligación los de la sentencia.

Lo que ocurre es que la obligación, pero la misma y no una nueva, se robustece, porque pasa a protegerla la majestad de la cosa juzgada.

2º. Transacción.

Hemos señalado que la transacción es un contrato en que las partes ponen fin a un litigio pendiente o precaven uno eventual, haciéndose concesiones recíprocas.

En la transacción hay un reforzamiento de la obligación en el mismo sentido de la sentencia, pues también produce efectos de cosa juzgada.

Pero además, al efectuarse las concesiones recíprocas, la transacción puede llevar envueltos otros actos, como una remisión parcial de la deuda, una modificación de ella, e incluso una novación, si se reúnen los requisitos de ésta, como lo señala el propio Código en el Art. 2461, inc. 2º (véase N° 449, 3º).

3º. Reconocimiento de deuda.

Igual reforzamiento de la obligación existe si ésta era verbal, y se pone por escrito, o constando por instrumento privado, se da cuenta de ella en instrumento público, etc. Mientras no se sustituya una obligación por otra no habrá novación, ni modificación en la obligación misma, aunque evidentemente el acreedor quede en mejor situación para su cobro.¹⁵¹⁶

¹⁵¹⁶ En la *G.T.* de 1913, 1er sem., N° 95, se estudia en relación con este punto un caso de escrituras aclaratorias o modificatorias.

Hay ciertos documentos, sin embargo, los negociables de comercio, como letras de cambio, pagarés, cheques, etc., cuyo efecto extintivo mencionamos al tratar de la dación en pago (Nº 785). Y así se ha llegado a fallar que si se sustituye la obligación de pagar el saldo de precio de la compra de un inmueble por la de pagar una letra de cambio, hay novación.¹⁵¹⁷

El fallo es evidentemente erróneo al tenor de lo que disponía el Art. 124 del C. Co. (hoy Art. 12 de la Ley Nº 18.092 de Letras de Cambio y Pagarés): no es novación la dación en pago de documentos negociables, verificada en conformidad a un nuevo contrato, si pueden coexistir la obligación primitiva y la que el deudor contrae por los documentos negociables entregados.¹⁵¹⁸

1215. VI. Subsistencia de ambas obligaciones. Hemos señalado que el grave inconveniente para el acreedor de la novación es que implica la extinción de los accesorios de la obligación anterior.

Hemos señalado también que jurídicamente la dación en pago supone que se cumpla la obligación en forma distinta a la convenida primitivamente.

Pues bien, cabe preguntarse si es posible que las partes convengan en que la obligación se cumpla de manera distinta a la convenida, pero que hasta ese momento subsista la obligación primitiva. Cumplida la obligación en la forma modificada, quedarían extinguidas tanto ésta como la primitiva. Dicho de otra forma, se trataría de una verdadera promesa de dación en pago, pero si ésta no se efectúa, queda al acreedor la facultad de exigir la obligación primitiva con sus cauciones o accesorios, o la prometida, pero sin aquéllos.

No nos parece dudosa la respuesta afirmativa, en virtud de lo dispuesto en el inc. 2º del Art. 1634: si no hay intención de novar, se miran ambas obligaciones como coexistentes y vale la primitiva en todo lo que la nueva no

¹⁵¹⁷ *RDJ*, T. 27, sec. 2ª, pág. 31. Lo mismo se resolvió para el pago de un arriendo con un pagaré en *G.T.* de 1893, T. 1º, Nº 993, pág. 686. En contra de esta tesis: *RDJ*, Ts. 8º, sec. 1ª, pág. 288, y 37, sec. 1ª, pág. 520.

¹⁵¹⁸ La vacilación jurisprudencial explica la precaución al estipularse el pago de un saldo de precio de una compraventa con letras de cambio o pagarés, de agregar la frase: "la aceptación de estos documentos no constituye novación". A la inversa, las partes pueden convenir que dicha aceptación importe novación en la forma señalada en la nota 1504 de este segundo tomo.

se oponga (Nº 1197). Por otra parte, en el fondo la obligación se ha transformado en alternativa, sólo que como no es originaria, los terceros ajenos al pacto posterior no son obligados al mismo (Nº 413). Finalmente, es la solución del Art. 1647 en caso de pactarse una cláusula penal; si es exigible la obligación principal y la pena, subsisten los privilegios y garantías por la primera, sin la segunda.

Éstos, en consecuencia, no corresponderán en ningún caso si se exige la dación prometida, pero sí, si el acreedor, al no cumplirse ésta, exige la obligación primitiva. Se ha producido, pues, una modificación acumulativa de la obligación.

Creemos que las partes son soberanas por la libertad contractual para estipular toda suerte de modificaciones a la obligación, subsistiendo una de ellas o ambas, pero relacionadas en su cumplimiento; lo que la ley les ha prohibido es trasladar de una obligación a otra sus privilegios y cauciones, sin perjuicio de extender éstas a la segunda obligación, pero con dos limitaciones: su fecha será la de su ampliación a la nueva obligación, y no afecta ésta a los terceros garantes sin su consentimiento.

1216. VII. Otras modificaciones de la obligación. La posibilidad de alterar una obligación es múltiple. Queremos únicamente destacar dos casos que han interesado a los tribunales:

1º. Circunstancias del pago.

Las partes pueden alterar la forma en que deba cumplirse la obligación, y en tal caso evidentemente no hay novación.¹⁵¹⁹

El Código se ha colocado en el caso de que se modifique el lugar del pago en el Art. 1648: "la simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen". Esto último es una nueva confirmación del principio general de que la modificación de la obligación no puede perjudicar a los terceros garantes de ella.

¹⁵¹⁹ RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 150.

2º. Prenda de un crédito.

Una sentencia ha declarado que el hecho de dar en prenda un crédito no constituye novación.¹⁵²⁰ A primera vista, esto puede parecer discutible, pues el que recibe el crédito en prenda va a poder exigir el pago de éste al deudor del mismo, en lo que se parece a la novación por cambio de acreedor. Pero la verdad es que no cobra como nuevo acreedor, sino porque es representante, diputado para el cobro del acreedor que es su deudor y para el solo efecto de cobrar el crédito y pagarse del suyo propio.¹⁵²¹⁻¹⁵²²

¹⁵²⁰ *RDJ*, T. 22, sec. 1ª, pág. 388.

¹⁵²¹ Esta diputación no se extiende al cobro judicial del crédito, y por ello el acreedor prendario no está facultado para solicitar la declaración de quiebra del deudor del crédito dado en garantía: *RDJ*, T. 65, sec. 1ª, pág. 106.

¹⁵²² Resumiendo doctrinariamente el problema de las modificaciones objetivas de la obligación, la novación objetiva y la dación en pago, caben dos órdenes de distinciones:

1º. Variaciones que se limitan a alterar el objeto o contenido de la prestación, y las que implican un cambio de los mismos. Sólo en estas últimas entran a jugar la novación y dación en pago, y

2º. Modificaciones que se producen en el momento mismo del cumplimiento, y aquellas que se convienen entre el nacimiento de la obligación y su extinción.

Combinando estas clasificaciones, se dan cuatro posibilidades:

1º. Variaciones accidentales del cumplimiento mismo, como la señalada en el texto del lugar del pago. Desde luego no hay novación ni dación en pago por no ser esencial la modificación;

2º. Alteración del objeto debido en el cumplimiento mismo, la clásica dación en pago;

3º. Modificaciones convenidas sobre la forma de cumplir la prestación, sin alterar esencialmente ésta y sin que tampoco se efectúe de inmediato el cumplimiento. No hay novación, ni dación en pago, ni tampoco mayor gravamen para terceros ajenos al convenio, y

4º. Convención que varía el objeto debido, sin que se realice de inmediato el cumplimiento. Ésta puede hacerse de dos formas:

A) Si las partes dan por extinguida la obligación anterior, hay novación lisa y llana, y

B) En caso contrario, se produce la situación explicada en el N° 1215.

Se aprecia cómo la novación no es más que una probabilidad dentro de las modificaciones del objeto debido, y no la institución capital en torno a la cual gira toda la institución, según ocurre en nuestro Código. Invirtiendo el punto de vista, tendríamos a la dación en pago como figura rectora, que puede ser la clásica si la modificación se produce en el cumplimiento mismo, novatoria si se conviene la extinción y reemplazo de la obligación anterior, y acumulativa si quedan pendientes ambas prestaciones, la una en subsidio de la otra. Es así como se va generando el desplazamiento de las modificaciones esenciales hacia la dación en pago, quedando el efecto novatorio como uno de los posibles de ella.

En el estado actual de nuestra legislación, no hay duda que la dación en pago sólo juega en el pago mismo; antes del cumplimiento, o hay novación o subsistencia de las obligaciones en la forma señalada en el N° 1215.

La jurisprudencia ha declarado que tampoco existe novación en los siguientes casos:

3º. *La cesión de bienes*,¹⁵²³

4º. *La reprogramación de un crédito por un banco no es novatoria*,¹⁵²⁴ y

5º. *El cheque no pagado no constituye novación*.¹⁵²⁵

Tratándose del cheque, el Art. 37 del D.F.L. N° 707, de 21 de julio de 1982, publicado en el Diario Oficial del 7 de octubre del mismo año, que "Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes, bancarias y Cheques", dispone:

"El cheque girado en pago de obligaciones no produce la novación de éstas cuando no es pagado".

La actual Ley N° 18.092, de 14 de enero de 1982, sobre "Letra de Cambio y Pagaré", no contiene una norma semejante, como lo hacía la anterior, pero la conclusión tiene que ser la misma, pues derogó los Arts. 123 y 124 del C. Co. que se referían al tema y dejó vigente el 125 cambiándole su redacción. Dice el precepto:

"Si se dieren en pago documentos al portador, se causará novación si el acreedor al recibirlos no hubiere hecho formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagados".

Aunque haya ausencia de normas como antes, sin embargo la disposición que permanece en el C. Co. es lo suficientemente clara: si sólo constituye novación el documento al portador, y aun en tal caso no la hay si el acreedor hace reserva de sus derechos, es obvio que en los documentos a la orden y nominativos no se produce novación.

No estaría de más, dada la frecuente recurrencia de los deudores incumplidores a utilizar todos los recursos para eludir sus compromisos, decirlo expresamente, ya sea en el C. Co. o en la Ley N° 18.092.

¹⁵²³ FM. N° 383, sent. 9ª, pág. 595.

¹⁵²⁴ G.J. N° 129, sent. 2ª, pág. 105. En el caso fallado la deuda había cambiado de dólares a UF.

¹⁵²⁵ RDJ, T. 82, sec. 2ª, pág. 38.

CAPÍTULO VI
LA NOVACION SUBJETIVA Y LAS MODIFICACIONES
SUBJETIVAS DE LA OBLIGACIÓN

1217. Pauta. Trataremos esta materia dividida en tres secciones:

1º. La primera para hablar de la novación subjetiva por cambio de acreedor, y compararla con los otros casos de modificación subjetiva activa de la obligación.

2º. La segunda para tratar la novación por cambio de deudor, y otras formas de reemplazar al deudor en una obligación, y

3º. La tercera la destinaremos a la cesión de contrato.

Sección Primera

*La novación por cambio de acreedor y las
modificaciones subjetivas activas de la obligación*

1218. Enunciación. En esta primera sección estudiaremos la novación por cambio de acreedor, y efectuaremos un paralelo entre ella y las otras figuras principales en que se cambia el acreedor: cesión de créditos y pago con subrogación, y entre éstas.

1219. I. Novación subjetiva por cambio de acreedor. Decíamos que la novación podía ser objetiva y subjetiva, y ésta, a su vez, por cambio de acreedor o de deudor.

A la novación por cambio de acreedor se refiere el N° 2º del Art. 1631, y se materializa "contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor".

Por ejemplo, A debe \$ 50.000 a B, y por una convención se acuerda que los pague a C. Esta forma de novación supone la intervención de tres personas, y el triple consentimiento de ellas:

1º. El del deudor, A en el ejemplo, puesto que contrae una nueva obligación. En ello se diferencia muy claramente la novación por cambio de acreedor de la cesión de créditos y pago con subrogación que no requieren tal consentimiento (véase número siguiente);

2º. El del acreedor primitivo, B en el ejemplo, que debe dar por libre a su respecto al deudor A. Con esto, B da por extinguido su crédito, y es lógico que deba intervenir su voluntad.

De acuerdo a la regla general del Art. 1634, basta que esta voluntad aparezca en forma indudable, sin que sea necesario que se exprese así. Pero en todo caso no debe quedar duda que el primitivo acreedor ha entendido novar y dar por libre al deudor.

Y es así que el acreedor puede simplemente haber diputado a una persona para recibir el pago; en tal caso, de acuerdo al Art. 1632, no hay novación. Ello es obvio, por cuanto el diputado para el pago cobra por cuenta del acreedor; no es personalmente acreedor. En cambio, en la novación por cambio de acreedor el nuevo sujeto activo cobra para sí y no por cuenta del primitivo acreedor.¹⁵²⁶

3º. Se requiere igualmente el consentimiento e intervención del nuevo acreedor, C en el ejemplo, porque nadie puede adquirir derechos contra su voluntad; y C pasa a ser acreedor de A.

Esta forma de novación es muy poco frecuente y ha sido prácticamente desterrada por la cesión de créditos y pago con subrogación que eliminan sus problemas e inconvenientes. Pero sí que puede tenerla cuando el antiguo acreedor, B en el ejemplo, es a su turno deudor del nuevo acreedor; en el ejemplo, C.

¹⁵²⁶ La C.S. consideró que había diputación en una promesa de compraventa en que el marido prometiente vendedor estipuló que parte del precio se pagara a su mujer, y en la escritura de compraventa revocó esta estipulación, y percibió el precio: *RDJ*, T. 18, sec. 1ª, pág. 195.

En tal caso, merced a la novación, B cancela su propia deuda y se desliga de dos obligaciones, una en que figuraba como sujeto activo (acreedor de A) y la otra en que actuaba como sujeto pasivo (deudor de C). En tal caso la novación ha operado una economía en las relaciones jurídicas.

Pero esta forma de novación supone, al mismo tiempo, dos novaciones: una por cambio de acreedor, en que C pasa a serlo de A, dejando de serlo B.

Y hay una novación por cambio de deudor, porque el deudor de C era B y en virtud de la novación pasa a serlo A.

En la práctica se suele presentar esta forma de novación en la compraventa, como si por ejemplo B ha vendido una casa a A en \$ 300.000, y A paga el precio con \$ 200.000 al contado, y haciéndose cargo de una deuda de B con C por \$ 100.000, aceptando C a A como su nuevo deudor. Es exactamente el mismo caso anterior, con una doble novación que extingue la deuda de A con B de pagar el saldo de precio de la compraventa, y la de B con C por los \$ 100.000 que le debía, y queda subsistente únicamente la de A de pagar estos \$ 100.000 a C.

La importancia de esta figura estriba en que si posteriormente A no le paga a C, no se puede pedir la resolución de la compraventa, pues la obligación de pagar el precio quedó irremediabilmente extinguida por novación.¹⁵²⁷ Volveremos sobre el punto en la sección siguiente, pero advertimos que lo anterior vale únicamente si C consiente en dar por libre a B expresamente, pues en caso contrario no hará novación, y podrá exigirle los \$ 100.000 a B, su deudor, o a A, que se ha comprometido a pagar por B (Nº 1229).

1220. II. Novación por cambio de acreedor, cesión de créditos y pago con subrogación. Hemos señalado que tres son los principales actos por los cuales se reemplaza entre vivos en un crédito la persona del acreedor: la novación por cambio de acreedor, la cesión de créditos y el pago con subrogación.

Pero entre estos dos últimos, por un lado, y la novación, por el otro, hay una diferencia fundamental, de la cual derivan todas las restantes. Aquéllas traspasan de una persona a otra el crédito; es el mismo crédito el que cambia de acreedor, pasa de una mano a la otra. En la novación, en cambio, no hay

¹⁵²⁷ RDJ, T. 4º, sec. 1ª, pág. 14.

traspaso del crédito. Antes por el contrario, el primer crédito se extingue, con todos sus accesorios, y nace uno nuevo. En la novación hay extinción de una obligación y nacimiento de otra, y propiamente por eso decíamos que no es una modificación de ella, aunque con tal objeto se la use.

La novación, por su efecto de extinguir la obligación, igualmente pone término a sus accesorios y cauciones, privilegios, etc., mientras que tanto la cesión de créditos como el pago con subrogación los mantienen y traspasan al nuevo acreedor. No obstante, por la reserva, pueden en la novación mantenerse los accesorios, cauciones, etc., de la obligación primera, pero con el consentimiento de los terceros que han garantizado su pago, el cual no se exige en las otras instituciones.

En cuanto a su perfeccionamiento, la novación por cambio del acreedor requiere el consentimiento del deudor y de ambos acreedores, el nuevo y el anterior. El pago con subrogación, si es legal, opera de pleno derecho, por el solo hecho del pago, o sea, con la mera voluntad del nuevo acreedor; si es convencional requiere también el consentimiento del primer acreedor, y ésta y la cesión de créditos se conforman con la notificación del deudor, sin ser necesario su consentimiento como en la novación por cambio del acreedor.¹⁵²⁸

En la subrogación y cesión de créditos, el deudor puede oponer las mismas excepciones que tenía contra su primer acreedor; en la novación, el crédito está extinguido, y de ahí que no puedan esgrimirse tales excepciones.

En definitiva, pues, hay múltiples diferencias entre estas instituciones, lo que ha hecho prácticamente desaparecer la novación por cambio de acreedor, en forma aislada. Sólo en unión de otras convenciones de la manera señalada anteriormente, suele hacerse presente.

1221. III. Cesión de créditos y pago con subrogación. La semejanza entre ambas instituciones es mucho mayor que la novación subjetiva activa, puesto que en las dos es el mismo crédito que pasa de un acreedor a otro, y lo hace con

¹⁵²⁸ De ahí que el Art. 1636, según veremos al tratar la delegación (Nº 1151), declare que si el delegado (nuevo deudor) es sustituido contra su voluntad al delegante (antiguo deudor) no hay novación, sino cesión de crédito del delegante a su acreedor.

También por ello es que el inc. 2º del Art. 1632 dispone que no hay novación cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor.

todos sus accesorios, privilegios y cauciones. Algunos anotan en este aspecto como diferencia entre ellas que en el pago con subrogación se traspasan las excepciones personales del acreedor (Nº 744), cosa que no ocurre en la cesión por expresa disposición del Art. 1906 (Nº 1151), pero hemos visto que semejante distinción, que no tendría justificación alguna, en realidad no existe. En ninguno de los casos pasan los derechos inherentes a la persona misma del acreedor, sin relación con el crédito traspasado.

La semejanza se hace aún mayor en la subrogación convencional, pues requiere el consentimiento de ambos acreedores, el primitivo y el nuevo, y se perfecciona en igual forma que la cesión de créditos.

Pero lo que nunca necesita ninguna de las dos es el consentimiento del deudor; en la legal, ni siquiera se le notifica.

Sin embargo, existen algunas diferencias entre las instituciones, las cuales incluso pueden atenuar la convención de los interesados. Son las principales:

1º. La subrogación puede ser legal o convencional. La cesión de derechos supone un título traslativo, esto es, un contrato entre las partes, y por tanto nunca es legal; la subrogación, cuando es legal, no requiere cumplir otros requisitos que los señalados por la ley para cada caso, mientras la cesión de créditos tiene normas especiales en cuanto al perfeccionamiento entre las partes y respecto de terceros;

2º. La subrogación es un pago, mientras la cesión de créditos, según decíamos, supone un contrato previo; de ahí que la primera pueda efectuarse aun contra la voluntad del acreedor, lo que no es posible en la cesión de créditos;

3º. Siendo la subrogación un pago, ella se produce únicamente hasta el monto de lo pagado, mientras que la cesión es un negocio especulativo y es perfectamente posible que se dé o pague por ella un valor inferior al monto del crédito cedido, o nada se pague si ha mediado donación. No por ello el cesionario deja de estar habilitado para perseguir el crédito íntegro. En la subrogación, si no se ha dado o pagado el monto total del crédito, hay pago y subrogación parciales, y concurren dos acreedores, teniendo preferencia el primer acreedor sobre el subrogante, lo que no ocurre en la cesión de créditos;

4º. En la subrogación, el que paga al acreedor gozará en contra del deudor de dos acciones: la subrogatoria y la acción propia del mutuo, mandato, agencia oficiosa, etc., lo que no ocurre en la cesión, y

5º. Finalmente, en la cesión, cuando menos si es a título oneroso, hay una responsabilidad para el cedente: de la existencia del título, que puede aún extenderse más allá; en el pago no existe esa responsabilidad.¹⁵²⁹

Sección Segunda

La novación por cambio de deudor y las modificaciones subjetivas pasivas de la obligación

1222. Enunciación. Hasta aquí hemos visto que en el capítulo de las modificaciones objetivas de la obligación, y en el sujeto activo de ella, se ha producido sin mayores dificultades el desplazamiento de la novación por nuevas figuras que han alcanzado ya su pleno rango y desarrollo.

No ocurre lo mismo en cuanto al sujeto pasivo, y aun cuando las legislaciones modernas han avanzado bastante en este camino, la verdad es que parece difícil un cambio total, porque si bien puede dar lo mismo quien sea el acreedor, nunca será igual para éste quien sea su deudor, ni tampoco para los terceros garantes de la obligación.

Por ello advertimos de antemano que normalmente las nuevas figuras aparecidas o desarrolladas en la doctrina y legislaciones se diferencian fundamentalmente de la novación en que no extinguen la deuda, pero en sus demás efectos se le asemejan bastante (Nº 1237).

Hecha esta advertencia, trataremos esta materia en tres párrafos. En el primero veremos la novación por cambio de deudor, en el segundo la delegación de deuda, y en el tercero, un breve examen de las otras instituciones mentadas.

¹⁵²⁹ Pueden producirse además otras modificaciones activas de la obligación, como lo veremos al tratar de las pasivas. En éstas, si el deudor que reemplaza o se agrega al primitivo es a su vez deudor de éste, para él existirá un nuevo acreedor, tal como lo vimos en el Nº 1219 en el caso de la doble novación, por cambio de deudor y acreedor, pero con la variante de que no existe novación, y el nuevo toma para sí la misma obligación del primitivo deudor (Nºs. 1.240 y siguientes).

*Párrafo 1º**Novación por cambio de deudor*

1223. Concepto. Al menos entre nosotros en que no existen instituciones sustitutivas desarrolladas en la legislación, la novación por cambio de deudor puede tener mucho mayor aplicación que las antes estudiadas.

Está establecida en el N° 3º del Art. 1631: la novación puede efectuarse: "Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre".

En la novación por cambio de deudor no puede faltar el cambio de un deudor por otro, y que éste quede libre.

Para lo primero es indispensable el consentimiento de dos partes: el nuevo deudor y el acreedor; por ejemplo, A debe a B \$ 50.000 y C se compromete a pagar dicha suma a B en lugar de A, consintiendo B en dar a A por libre expresamente.

Es necesario el consentimiento del nuevo deudor, C en el ejemplo, porque nadie puede ser obligado contra su voluntad.

Y es indispensable el consentimiento del acreedor, B en el ejemplo, porque para él va a cambiar su deudor. Ya no podrá cobrarle a A, respecto de quien la obligación se extinguió, sino que únicamente a C. Y no sólo se ha extinguido la obligación, sino que sus garantías, a menos que ellas se reserven, con las limitaciones ya estudiadas, especialmente de que la reserva no puede tener lugar en los bienes del nuevo deudor (N° 1206, Art. 1643, inc. 2º).

Para el acreedor, pues, la novación tiene una gran trascendencia por la razón ya apuntada de que nunca dará lo mismo una persona u otra como deudor, y así puede acontecer en el ejemplo de que A sea muy solvente y cumplidor y C esté al borde de la quiebra. En tal caso es evidente que B no aceptará la novación ni dará por libre a A. Pero el caso puede ser el inverso, y que A sea insolvente y C un hombre de gran fortuna, y entonces puede producirse la novación en estudio.

Pero por los motivos apuntados, el legislador ha exigido la voluntad expresa del acreedor de dar por libre al deudor. En el N° 1197 vimos que en la novación en general basta que aparezca la intención novatoria. En este caso,

en cambio, el Art. 1635, en su primera parte, aclara que “la substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor”.

Nuestros tribunales también han destacado el carácter de excepción de la disposición, que exige expresión de la voluntad.¹⁵³⁰

Ahora bien, en cuanto al deudor primitivo, caben dos posibilidades, que examinaremos en los números siguientes:

1º. Que el acreedor no consienta en darlo por libre, y

2º. Que el deudor anterior concorra o no con su consentimiento a la novación.

1224. I. Caso en que el acreedor no da por libre al deudor primitivo. En su primera parte el Art. 1635 exige, como vimos, para que haya novación, que el acreedor expresamente libere al deudor primitivo.

“A falta de esta expresión —continúa el precepto— se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

Se comprenderá entonces que el acreedor no tendrá un gran interés en dar por libre al deudor primitivo, pues si no lo hace mejora su situación.

Corresponderá al intérprete determinar cuándo no se ha expresado dar por libre al anterior deudor, qué acto se ha celebrado: la Corte Suprema ha resuelto que es cuestión de hecho esta determinación, y que en consecuencia no la podría revisar por la vía de la casación en el fondo.¹⁵³¹

Son varias las soluciones posibles:

1º. En primer lugar, puede tratarse de un mero mandato para pagar; una diputación para efectuar el pago. En tal caso, como lo dice el Art. 1632, no hay novación, ni tampoco hay nuevo deudor. El diputado paga por el deudor, no

¹⁵³⁰ RDJ, Ts. 32, sec. 1ª, pág. 405; 59, sec. 2ª, pág. 43, y 82, sec. 2ª, pág. 38.

¹⁵³¹ RDJ, T. 40, sec. 1ª, pág. 346.

puede ser perseguido por el acreedor en sus propios bienes, sino únicamente como mandatario del deudor.

Aplicando estas disposiciones, se ha resuelto que si el mandatario reconoce la deuda del mandante y recibe fondos de éste para el pago, no hay novación, sino diputación para el pago.¹⁵³²

2º. En segundo lugar, el Art. 1635 menciona la posibilidad de que el nuevo deudor pase a tener la calidad de codeudor solidario o subsidiario del primitivo. Se habrá producido, pues, una modificación acumulativa en el aspecto pasivo de la obligación, agregándose a ella nuevos deudores, principales o fiadores, y

3º. Aunque el precepto no lo diga, es evidente que las partes pueden convenir como estimen conveniente la responsabilidad que adquiere el nuevo deudor agregado a la obligación.

1225. II. Consentimiento del primitivo deudor: *expromisión, ad-promission y delegación.* El inciso final del Art. 1631 dice, refiriéndose a la novación por cambio de deudor: “esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero”.

O sea que en la novación por cambio de deudor, por excepción a las reglas que gobiernan la institución, puede faltar el consentimiento del deudor original, y la solución se justifica, porque éste queda liberado de su obligación, ella se extingue sin que adquiera ningún gravamen nuevo en su reemplazo, de manera que en nada lo perjudica la novación.

Además, si el Código aceptó que el pago pudiera hacerse aun contra la voluntad del deudor, no había motivo para exigirla en la novación.

De ahí resulta que la novación por cambio de deudor puede ser de dos clases: con el consentimiento del deudor y sin éste.

Cuando se efectúa con el consentimiento del primitivo deudor, toma el nombre de delegación, institución que estudiaremos en el párrafo que a éste sigue.

¹⁵³² RDJ, T. 9º, sec. 1ª, pág. 209.

Cuando se realiza sin su consentimiento, toma el nombre de expromisión, la que, en consecuencia, requiere únicamente las voluntades del nuevo deudor y del acreedor.

Ahora bien, tanto la delegación como la expromisión pueden ser, a su vez, novatorias o no, según si el antiguo deudor queda libre o continúa obligado.

En el primer caso, la expromisión también se ha perfeccionado por el solo acuerdo del nuevo deudor y del acreedor, pero éste no ha dado por libre al antiguo deudor; se produce así lo que hoy en día se denomina expromisión acumulativa.¹⁵³³

La delegación supone una convención entre el deudor anterior y el nuevo, por la cual éste se compromete a pagar al acreedor, quien, a su vez, puede tomar dos actitudes: si consiente en dar por libre al deudor primitivo, se produce la delegación perfecta o novatoria, esto es, hay novación por cambio de deudor (Nº 1231).

Pero si el acreedor no libera al deudor primitivo la delegación toma el nombre de imperfecta (Nº 1232); o más modernamente, acumulativa.¹⁵³⁴

En todos estos casos, de delegación o expromisión, en que el deudor antiguo no queda liberado (y que hoy día se llaman acumulativos), se habla también de ad-promission. Lo que caracteriza a ésta, en consecuencia, es que el deudor anterior no queda libre, sino que responden al acreedor tanto el nuevo deudor como el original.

Resumiendo todo lo dicho, cuatro son las figuras clásicas de la modificación subjetiva pasiva:

¹⁵³³ El Código italiano en su Art. 1272, y bajo el epígrafe de "expromisión", contempla las dos situaciones: cuando un tercero asume la deuda sin consentimiento del antiguo deudor, se obliga solidariamente con éste a menos que el acreedor consienta en darlo por libre.

¹⁵³⁴ El Art. 1268 del Código italiano habla justamente de delegación acumulativa.

En sentencia publicada en *RDJ*, T. 31, sec. 1ª, pág. 251, se estudian con detenimiento ambas formas de delegación.

1º. Novación por cambio de deudor.

Puede ser con el consentimiento del antiguo (delegación perfecta), o sin él (expromisión novatoria). Para que la haya es preciso que éste quede libre de responsabilidad;

2º. Delegación.

Supone el triple consentimiento de los deudores antiguo y nuevo, y del acreedor, siendo perfecta o novatoria si aquél queda liberado, e imperfecta o acumulativa en caso contrario;

3º. Expromisión.

Se presenta ante la falta de concurrencia del primer deudor, y puede ser novatoria o acumulativa, según lo dicho, y

4º. Ad-promission.

Esta se da cada vez que el deudor primitivo no queda liberado, y no es novatoria.

1226. Efectos de la novación por cambio de deudor si el nuevo deudor resulta insolvente. Como hemos dicho, si el acreedor no ha dado por libre al antiguo deudor, no hay novación, y puede cobrar a éste o al nuevo deudor, como deudor solidario o fiador, o en la forma que se haya convenido.

Pero si ha dado por libre al primer deudor, ha habido novación, y en consecuencia la obligación de éste se encuentra extinguida. Por eso el Art. 1637 sienta la regla general de que en tal caso el acreedor no tiene acción contra el deudor primitivo, aunque el nuevo caiga en insolvencia:

Este principio soporta una triple excepción:

1º. Que el acreedor haya efectuado en el contrato de novación reserva expresa de esta situación. Vimos que en la cesión de créditos el cedente, en principio, no responde de la solvencia del deudor, pero también puede estipularse lo contrario, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (Nº 1154). Igual cosa ocurre en la novación;

2º. Que la insolvencia haya sido anterior a la novación, y pública, esto es, de general conocimiento, y

3º. Que la insolvencia haya sido también anterior a la novación y conocida del deudor primitivo, aunque no fuere pública.

Probando alguna de estas circunstancias el acreedor va a tener acción contra el deudor primitivo, y se ha discutido la naturaleza jurídica de ella.

Para algunos la novación ha extinguido la obligación del deudor primitivo; en consecuencia, el acreedor se dirige en su contra en virtud de una acción nueva, propia suya, que sería la de *in rem verso*, o de indemnización de perjuicios.

Sin embargo, la mayoría de los autores opina que la acción del acreedor es la misma que tenía contra el deudor primitivo antes de la novación.

El punto tiene importancia, porque si la acción es la misma anterior, conserva sus privilegios, preferencias, cauciones y demás accesorios, mientras que si fuere una acción nueva, ellos estarían definitivamente extinguidos.

Parece preferible la segunda posición, pues tiene más apoyo en el texto legal, que se pone en el caso de "que en el contrato de novación se haya reservado" expresamente la insolvencia del nuevo deudor, y si se ha hecho reserva de algo, quiere decir que ese algo se mantiene.

Jurídicamente se ha explicado esta situación diciendo que habría operado una novación condicional, sujeta a la condición de que el nuevo deudor sea solvente, y si la condición no se cumple, en virtud del efecto retroactivo que en ciertos casos ella tiene, se borra la novación. Podría también considerarse como un caso legal de reviviscencia de la obligación (Nº 1261).

Párrafo 2º *Delegación de deuda*

1227. Concepto y reglamentación. La delegación es una institución bastante confusa en la legislación y en la doctrina. Nuestro Código la reglamentó conjuntamente con la novación, por dos razones, una, porque ella puede ser novatoria, si el acreedor consiente en dar por libre al deudor primitivo (Nº 1225), y la otra, histórica, pues tal ubicación dio Pothier a la materia, y siguiéndole a éste, el Código francés.

Tampoco el Código dio una definición de la delegación, sino que se limitó a decir que si la novación por cambio de deudor se efectúa con el consentimiento de éste, el nuevo deudor se llama delegado del primero.

Hasta el nombre resulta inapropiado, porque la delegación es una figura del mandato, en cuya virtud el mandatario encarga la ejecución del poder que ha recibido a otra persona (Arts. 2135 y siguientes), y si bien hay parecido entre la delegación de deuda y el mandato, también hay graves diferencias (Nº 1235).

Dentro de la concepción de nuestro Código podemos decir que la delegación de deudas es una operación jurídica, en virtud de la cual una persona que toma el nombre de delegado, a petición de otra, llamada delegante o con acuerdo suyo, se obliga para con un tercero, llamado delegatario.

Y se habla de operación jurídica, porque aun cuando el punto mucho se discute, hay algo esencial en la delegación, el acuerdo entre delegante y delegado, y coetáneamente o con posterioridad la intervención del delegatario.

La delegación supone, en todo caso, la intervención de tres personas: el primitivo deudor que se llama delegante, quien acuerda con el delegado que éste se obligue con el delegatario. El delegado, que es quien se obliga frente al delegatario, y éste, que es el acreedor y recibe de parte del delegado la promesa de pago, o el pago acordado entre delegante y delegado.

1228. Delegación y novación. Al final de este párrafo compararemos la delegación con otras instituciones, pero conviene antes que todo precisar las relaciones entre ella y la novación.

Como decíamos, nuestro Código las concibe estrechamente unidas; veremos en el párrafo siguiente que el Código italiano ha aprovechado esta institución para reglamentar el traspaso de deudas, totalmente al margen de la novación (Nº 1242).

Pero aun en la concepción de nuestro Código no se confunden ambas instituciones:

1º. Porque hay delegaciones de deudas que no tienen nada que ver con la novación, pues no existe una obligación primitiva del delegante con el delegatario. A esta situación nos referiremos en el número siguiente.

2º. Porque aun cuando exista dicha obligación primitiva, puede ocurrir que el acreedor no consienta expresamente en dar por libre al deudor primitivo, en cuyo caso nos encontramos ante una llamada delegación imperfecta (Nº 1232).

3º. Porque aun en el evento de que la delegación sea novatoria, siempre conserva una diferencia con la novación por cambio de deudor; en efecto, vimos en el Nº 1225 que esta forma de novación puede contar con el consentimiento del primitivo deudor, en cuyo caso hay delegación novatoria, y puede hacerse sin él, tomando entonces el nombre de expromisión. Además, normalmente en la delegación la iniciativa la toma el delegante; es él quien se pone de acuerdo primero con el delegado para que éste pague al delegatario, y frente a esta convención, el acreedor se pronuncia dando por libre al deudor, en cuyo caso hay delegación novatoria, o negando semejante liberación, y la delegación es imperfecta.

Veremos en los números siguientes estos diferentes casos de delegación y sus efectos.

1229. Delegación que no supone novación por faltar el vínculo primitivo entre las partes. Decíamos que si bien el Código sólo se ha puesto en el caso de la novación, la delegación puede tener lugar aun cuando entre las partes no hubiere previamente relación jurídica alguna; ello por el principio de la libertad contractual.

El ejemplo que habitualmente se señala es el siguiente: una persona, A, desea efectuar una donación a otra, B, pero carece de medios para ello. Recurre entonces a un tercero, C, solicitándole que se obligue con B. A es el delegante; B, el delegado, y C, el delegatario.¹⁵³⁵ En este ejemplo no habrá nunca novación, porque ésta exige una obligación previa destinada a extinguirse para dar lugar a la que la sustituye (Nº 1192). La delegación da en este caso nacimiento a la obligación.

¹⁵³⁵ MAZEAUD, ob. cit., Parte 2ª, T. 3º, Nº 1.234, pág. 479, señala otro ejemplo: el de las cartas de crédito que dan las agencias de viaje (delegante), a sus corresponsales (delegados), en los lugares del viaje contratado para que otorguen crédito al viajero (delegatario).

La verdad es que toda la figura de la delegación es cuando menos muy semejante al giro de una letra de cambio e instituciones afines.

La situación se asemeja enormemente a la estipulación a favor de un tercero (N^{os}. 131 y siguientes), parecido que también se da en la delegación imperfecta, donde justamente diremos de las diferencias que pueden establecerse entre una y otra institución (N^o 1235, 3^o).

1230. II. Delegación con vínculo anterior entre las partes. La delegación vista en el número anterior es más bien rara; ella supone normalmente un vínculo jurídico previo entre dos de las partes: delegante y delegatario. Pero también puede haber, además, otro vínculo jurídico previo entre delegante y delegado.

1^o. Vínculo entre delegante y delegatario.

Esto es, el delegante es deudor del delegatario; por ejemplo. A, delegante, adeuda a B, delegatario, la suma de \$ 50.000 y solicita a C, delegado, que se obligue a pagarle a B por él los \$ 50.000 adeudados.

Según hemos repetido varias veces, esta delegación puede constituir novación o no; lo será si el delegatario, B en el ejemplo, consiente expresamente en dar por libre al delegante, A en el ejemplo. En tal caso hay delegación perfecta o novatoria; en el contrario, una delegación imperfecta.

2^o. Vínculo entre delegante y delegado.

La delegación cobra su verdadera importancia cuando el delegante, A en el ejemplo, a la par que deudor del delegatario, B, es acreedor del delegado, C, verbigracia, por la misma suma indicada de \$ 50.000. Si el delegatario B consiente en dar por libre a A, se extinguirán dos obligaciones: la de A con B, y la de C con A, ambas por novación. Subsistirá únicamente una nueva obligación, de C, delegado, con el delegatario B.

Se ha economizado un pago: el que A, delegante, debería haber efectuado a B, delegatario.

Es ésta la misma situación, aunque vista desde el ángulo pasivo, que mencionábamos en el N^o 1219, al hablar de la novación por cambio de acreedor. Efectivamente en el caso propuesto se ha producido una doble novación.

1^o. Por cambio de acreedor, en la obligación del delegado C con el delegante A, porque pasa a ser B el delegatario, el acreedor de C, y

2º. Por cambio de deudor, en la obligación del delegante A con el delegatario B, porque el delegado C pasa a ser el deudor del delegatario B.

Y como lo dejamos anotado en el mismo número, la figura es frecuente en la compra de inmuebles con deuda hipotecaria.

Finalmente, este caso de delegación puede ser novatorio o no en la misma forma señalada anteriormente: si en el ejemplo, el delegatario B da por libre al delegante A, hay delegación perfecta o novatoria, y si no imperfecta.

En los números siguientes nos referiremos a estas dos categorías de la delegación con vínculo previo entre las partes.

1231. A. La delegación novatoria. Requisitos y efectos. La delegación novatoria no es sino una novación por cambio de deudor, con la sola salvedad que requiere el consentimiento del primitivo deudor (Art. 1631, inc. final).

En consecuencia, debe cumplir todos los requisitos de la novación (Nºs. 1191 y siguientes).

Insistiremos únicamente en que necesita un triple consentimiento.

1º. Del delegante.

En esto estriba justamente la diferencia entre la delegación y la expromisión; ésta no requiere el consentimiento del primitivo deudor, en cambio, la delegación lo exige;

2º. Del delegado.

Igualmente obvio, puesto que nadie puede ser obligado contra su voluntad; puede ser que el delegado, como veíamos, sea deudor del delegante, pero su obligación es pagarle a éste, y no a un tercero, que es el delegatario.¹⁵³⁶

Por ello es que el Art. 1636 dispone: "si el delegado es substituido contra su voluntad al delegante, no hay novación, sino solamente cesión de acciones del delegante a su acreedor; y los efectos de este acto se sujetan a las reglas de la cesión de acciones".

¹⁵³⁶ RDJ, T. 31, sec. IIª, pág. 251.

Aun cuando no lo diga expresamente, evidente es que el precepto se está poniendo en el caso de que el delegante sea acreedor del delegado, pues si no, no existirían derechos de ninguna clase que aquél pudiera ceder al delegatario. Es el ejemplo del número anterior, en que B delegatario acepta la delegación, pero es el delegado C quien no da su consentimiento. Si C, delegado, no fuere deudor de A, delegante, éste no tendría derecho alguno que cederle a B, delegatario.¹⁵³⁷

3º. *Del delegatario.*

Éste debe aceptar la delegación y dar por libre al delegante, primitivo deudor, según lo dispuesto en el Art. 1635; si no ocurre esto, estamos ante una delegación imperfecta.

En cuanto a los efectos de la delegación perfecta, ella constituye una novación, y en consecuencia produce los propios de ésta: extinguir la deuda y sus accesorios, dando nacimiento a una nueva en su reemplazo. Las partes pueden reservar para la nueva obligación los accesorios y garantías de la anterior obligación, con las limitaciones ya estudiadas (Nºs. 1200 y siguientes). Por tratarse de novación por cambio de deudor, se aplica la del inc. 1º del Art. 1643, esto es, que la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor (Nº 1206).

Por ser novación por cambio de deudor, igualmente se aplica el Art. 1637, y el delegante responderá por la insolvencia del nuevo deudor (delegado) en los casos ya estudiados en el Nº 1226.

Por último, veremos luego el problema de las excepciones que el delegado puede oponer contra el delegatario (Nº 1233), y el caso en que el delegante o delegado creyeren ser deudores, sin serlo realmente (Nº 1234).

1232. B. La delegación imperfecta. Si el acreedor no consiente en dar expresamente por libre al primitivo deudor, se aplica el Art. 1635 ya comentado en el Nº 1224.

¹⁵³⁷ En el caso previsto en el precepto hay, como él mismo lo declara, una cesión de créditos, sujeta a las reglas de ésta, bastando en consecuencia la notificación del deudor (delegado), y el título de esta cesión es la dación en pago del crédito que el cedente (delegante) tiene contra el deudor (delegado). Véase Nº 1155.

En consecuencia, el acreedor podrá perseguir al delegante a quien no ha dado por libre, como al delegado, el cual será considerado como deudor solidario o subsidiario, según se desprenda de la convención de las partes.

Por ello es que a esta delegación se la llama, además de imperfecta o novatoria, acumulativa, pues el acreedor acumula dos deudores, con una mayor seguridad para su crédito. Es un caso también de ad-promission, ya que el acreedor no ha dado por libre al deudor primitivo.

En consecuencia, la delegación imperfecta no produce, en principio, efecto alguno respecto del delegatario (acreedor): él escogerá a quien cobra, pero sí que puede producir efectos entre delegante y delegado. Ellos se refieren a dos situaciones diferentes:

1º. A los casos en que el delegado o el delegante no fueren deudores, creyendo serlo, y que veremos en el número subsiguiente, puesto que son comunes a la delegación perfecta e imperfecta y

2º. Al caso en que el delegado fuere deudor del delegante.

Veamos este último con relación al pacto tan frecuente de que el comprador como parte del precio se haga cargo de una deuda hipotecaria que grava la propiedad comprada a favor de un tercero, ya sea un anterior vendedor de la misma, ya sea un acreedor hipotecario cualquiera. En todo caso éste no ha concurrido a dar por libre a su primitivo deudor, aceptando en su reemplazo al delegado.¹⁵³⁸

¹⁵³⁸ Una sentencia de la *RDJ*, T. 42, sec. 1ª, pág. 153, reconoció el carácter de delegación imperfecta de esta situación, y negó que al pagar el delegado al acreedor se produjera pago por subrogación. El delegado cumplió la obligación contraída con el delegante.

En otra situación igual en que el acreedor no había concurrido a la compraventa, aceptando la delegación, se resolvió que se estaba ante una diputación para el pago hecha por el vendedor, deudor de dicho tercero, y que ella no confería ningún derecho a éste como acreedor respecto del comprador: *RDJ*, T. 40, sec. 1ª, pág. 346.

Creemos que así planteada la situación, si bien es efectivo que el Art. 1635 precisamente señala la diputación para el pago cuando el acreedor no da por libre al primitivo deudor como una de las posibles interpretaciones de la convención, no lo es menos que el acreedor no está obligado a concurrir a ella, ni tampoco dar su aceptación en forma expresa. La sola demanda al delegado es suficiente aceptación de éste como deudor: *RDJ*, T. 11, sec. 1ª, pág. 140, sin que ella importe por sí sola dar por libre al primer deudor.

Vale el ejemplo colocado en el N° 1219, en que B ha vendido una casa a A en \$ 300.000, que se pagan con \$ 200.000 al contado, y haciéndose cargo A de una deuda hipotecaria de B con C por \$ 100.000, con la señalada diferencia de que no hay novación.

Ahora bien, en esta situación el delegatario C puede ejercitar tres acciones:

A) La acción hipotecaria, en cuya virtud puede perseguir al comprador A, delegado, en cuanto tercer poseedor del inmueble hipotecado; esta situación es exactamente igual que si no hubiere mediado delegación, porque siempre el acreedor hipotecario puede perseguir la finca hipotecada en manos de quien se encuentre;

B) La acción personal en contra de B por la obligación personal de éste que estaba garantizada con la hipoteca. El acreedor no ha dado por libre a B, y en consecuencia conserva su acción contra éste, y

C) La acción personal en contra de A, aceptando la delegación que se ha efectuado a éste, pero sin dar por libre a B. Si así lo hiciere, estaríamos ya ante una delegación perfecta, novatoria.

El acreedor que se ha limitado a ejercer la acción hipotecaria contra A, no por ello ha dado por libre a B en cuanto deudor personal suyo; semejante acción no importa aceptación de la delegación, sino el ejercicio del derecho que todo acreedor hipotecario tiene contra el tercer poseedor de la finca hipotecada.

Pero no debe olvidarse que en el caso propuesto, A se ha obligado ante B a pagar a C esta deuda por cuenta del precio. Ahora bien, A comprador delegado puede tomar dos actitudes:

A. Pagar al acreedor hipotecario, ya sea voluntariamente, o ante el ejercicio por éste de la acción hipotecaria o personal por aceptación de la delegación (situaciones A y C anteriores). En tal caso, quedan extinguidas la obligación del delegado, A, con el delegante, de pagar el precio de la compraventa, y también la deuda garantizada con hipoteca del delegante, B, con C.¹⁵³⁹

¹⁵³⁹ RDJ, T. 42, sec. 1ª, pág. 153.

B. El delegado no paga al acreedor hipotecario; en tal caso el vendedor, delegante, B en el ejemplo, podrá dirigirse contra su comprador, delegado, A en el ejemplo, por el incumplimiento de esta obligación, ya que no ha operado novación alguna. Puede cobrar ejecutivamente con su título que es la compraventa,¹⁵⁴⁰ y también podría solicitar la resolución de ésta.¹⁵⁴¹

1233. Excepciones del delegado al delegatario. En todas estas situaciones en que un tercero se hace cargo del pago de una deuda ajena ante el acreedor, se presenta el problema de las excepciones que el nuevo deudor o el deudor agregado pueden oponer a aquél.

Al respecto, la regla general es que el delegado no puede oponerle sino las excepciones propias de la obligación que asume ante él. Pero no puede oponerle ni las excepciones personales del delegante ni las que emanen de las relaciones que lo unen con éste. Por ello decíamos en otra oportunidad (Nº 339) que la delegación es un acto abstracto, en el sentido de que no se toman para nada en cuenta las relaciones entre delegante y delegado respecto del delegatario. Este es totalmente ajeno a las convenciones que los unen, y no pueden oponérsele las excepciones que de ellas emanen.

Desde luego, si ha habido novación, la obligación del delegante se ha extinguido, y ha nacido una nueva obligación entre delegado y delegatario; el delegado sólo puede oponer las excepciones que emanen de esta nueva obligación.

Y si la delegación es imperfecta, el delegante no le ha cedido la deuda al delegado; al no ser liberado el primero por el delegatario, el delegado asume, según sabemos, la calidad de codeudor solidario o fiador respecto del delegatario, y éstos no pueden oponerle al acreedor las relaciones que los unen con el deudor principal o codeudor.

¹⁵⁴⁰ RDJ, T. 33, sec. 2ª, pág. 49, con nota de Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Lo importante es que se cobra una deuda de la compraventa.

¹⁵⁴¹ Nos hemos puesto en el caso de una deuda hipotecaria, por ser el más frecuente.

La situación varía ligeramente si no tiene la obligación dicha garantía, porque en tal caso el acreedor no podría dirigirse contra el delegado sino aceptando la delegación, aunque no dé por libre al deudor primitivo. De otra manera no tendría acción en contra suya, como en el caso de la hipoteca por ser tercer poseedor de la finca hipotecada y mientras lo sea.

El Código se ha preocupado expresamente en los Arts. 1638 y 1639 de dos situaciones conflictivas; que hacen variante a lo señalado anteriormente y que veremos en el número siguiente.

1234. Casos en que el delegante no era deudor del delegado o éste del delegatario. Estas son las situaciones que contemplan los preceptos mencionados; el Art. 1638 se refiere al caso en que el delegado se obligue con el delegatario creyendo ser deudor del delegante, sin serlo realmente, y el Art. 1639, a la inversa, de que el delegante no era deudor del delegatario.

Antes de examinarlos, queremos hacer hincapié en que, como lo habíamos advertido, estos preceptos se aplican tanto a la delegación perfecta como a la imperfecta, pues nada en ellos autoriza a sostener lo contrario.¹⁵⁴²

1º. Caso en que el delegado no era deudor del delegante.

Dice el Art. 1638: “el que delegado por alguien de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de éste pagarle para libertarse de la deuda, es obligado al cumplimiento de su promesa; pero le quedará a salvo su derecho contra el delegante para que pague por él, o le reembolse lo pagado”.

En el ejemplo que hemos venido utilizando (Nº 1230) resulta que el delegado B aceptó la delegación que le hacía el delegante A para que pagara al delegatario C, creyendo B ser deudor de A.

Si posteriormente B descubre que no era deudor de A, no por ello deja de estar obligado a pagarle a C, porque éste es extraño a los motivos que tuvo B para aceptar la delegación que se le hacía. Igual cosa ocurre en la fianza, en que el error en la persona que comete el fiador no lo exime de pagar al acreedor.

Pero naturalmente que el delegado, B, tiene derecho a exigir al delegante que pague por él, y si ya pagó al acreedor, tiene derecho a pedir que le reembolse lo pagado; de no ser así, habría para el delegante un evidente enriquecimiento sin causa.

¹⁵⁴² CLARO SOLAR, ob. cit., T. 12, N°s. 1.747 y siguientes, págs. 444 y siguientes.

2º. Caso en que el delegante no era deudor del delegatario.

En el ejemplo propuesto, A, delegante, no era deudor de C, delegatario, y ha comprometido a B, delegado, para que pague al delegatario por él.

En tal caso, el Art. 1639 dispone: "el que fue delegado por alguien que se creía deudor y no era, no es obligado al acreedor, y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado".

La diferencia entre este caso y el anterior es que, en realidad, el delegatario no era acreedor; faltó la relación entre delegante y delegatario, y por ello la ley faculta al delegado (B) para que no le pague, ya que este pago carecería de causa.

Pero si el delegado ha llegado a pagar, no tiene por qué perjudicarse con el error del delegante, y extingue su propia obligación con éste, si la había; esto es, la deuda de B, delegado con A, delegante, se extingue. Pero éste podrá repetir contra el delegatario lo indebidamente pagado. Se produce un verdadero pago de lo no debido, con la particularidad que lo efectuó un tercero: el delegado.

1235. Paralelo de la delegación con otras instituciones. Ya hemos señalado suficientemente las diferencias y aproximaciones entre la novación y la delegación (Nº 1228), y en el párrafo siguiente veremos las relaciones que tiene con algunas formas del Derecho moderno para modificar pasivamente la obligación.

Veremos ahora las que tiene con:

1º. Mandato.

Delegación y mandato se parecen en que hay una orden inicial para pagar al acreedor de parte del deudor, delegante o mandante, según el caso, y tanto es así que conforme al Art. 1635 si el acreedor no da expresamente por libre al primitivo deudor, se entenderá que el tercero es diputado para el pago, entre otras posibilidades (Nº 1224).

La diferencia fundamental estriba en que en el mandato no se contrae por el mandatario (que equivaldría al delegado) ninguna obligación propia, sino por cuenta del mandante, en representación de éste, mientras que el delegado

se obliga personalmente frente al acreedor, y si no acepta éste la delegación, tiene en todo caso ante el delegante la obligación de pagar con fondos propios la obligación de éste.

2º. Fianza y codeudoría solidaria.

El parecido se da entre la delegación imperfecta y estas cauciones, tanto que el Art. 1635 considera que si el acreedor no da por libre al delegante, el delegado, si no es mandatario suyo, accede a la obligación como codeudor solidario o subsidiario.

En cambio, no hay semejanza cuando la delegación es perfecta o novatoria, porque el delegado asume la calidad de deudor único y principal frente al acreedor, quedando libre el delegante.

En todo caso, aun en la imperfecta hay diferencias, por la relación obligacional que normalmente supone entre delegante y delegado (Nº 1230).

3º. Estipulación a favor de otro.

Cuando no hay vínculo jurídico previo entre las partes (Nº 1229), la delegación es en todo similar a la estipulación a favor de otro, pero aun cuando el delegado es deudor del delegante también se asemejan estas instituciones, por cuanto entre éstos se produce un acuerdo que confiere un derecho nuevo a favor de un tercero, el delegatario, cual es el de poder cobrar al delegado que no era deudor suyo y pasa a serlo, derecho que el tercero acreedor (delegatario) hace suyo por la aceptación que otorga. Igualmente, mientras esta aceptación no se presta, las partes pueden modificar y dejar sin efecto la convención entre ellas.

Y en la práctica puede ser difícil distinguir una y otra institución, y de ahí que la estipulación en favor de otro pueda utilizarse para modificar pasivamente una obligación.¹⁵⁴³ Sin embargo, tiene importancia hacerlo, por cuanto en la estipulación se considera que el derecho existe no desde que el tercero acepta,

¹⁵⁴³ Por ejemplo, es posible un acuerdo entre el acreedor y el que asume la deuda de un tercero ante él. Nacería para el deudor el derecho a quedar liberado por esta deuda, situación que se asemeja mucho a una de las formas de la asunción de deudas, que veremos en el párrafo siguiente (Nº 1241).

sino cuando se la otorga por el acuerdo entre estipulante y promitente. En definitiva, habrá que atenerse a la intención de las partes.

*4º. Dación en pago de un crédito.*¹⁵⁴⁴

La cesión de créditos, si el título en cuya virtud se efectúa es una dación en pago, se asemeja a la delegación. Por ejemplo, A adeuda a B \$ 10.000, y en pago de esta deuda le cede un crédito suyo contra C por igual suma; la cesión de créditos ha producido un cambio de acreedor, ya que B pasa a serlo de C, pero también ha cambiado el deudor, porque dejó de serlo A y pasa a serlo C en su reemplazo.

Igual cosa ocurre en la delegación, cuando el delegado era deudor del delegante.

Pero ya hemos señalado (Nº 1231, 2º) que las situaciones son diferentes; desde luego, porque la delegación puede ser novatoria, en cuyo caso ha nacido una nueva obligación.

En seguida, porque se perfeccionan de diferente manera, ya que la cesión no requiere el consentimiento del deudor (C, en el ejemplo), mientras que justamente en la delegación, el Art. 1636 declara que si el delegado no da su consentimiento, se entiende haber cesión de créditos; en ésta basta la notificación del deudor.

También entre las partes la cesión exige entrega del título, cosa que no se requiere en la delegación.

Finalmente, los efectos son diferentes, ya que en la cesión sólo se responde por regla general de la existencia del crédito, mientras que en la delegación perfecta, en algunos casos de la insolvencia del nuevo deudor, y en la imperfecta se agrega otro deudor a la obligación.

Párrafo 3º
Cesión de deudas

1236. Enunciación. Estudiaremos esta materia a través de los siguientes aspectos:

¹⁵⁴⁴ Véanse Nºs. 1155, 1231, Nº 2º, y la nota 1537 de este segundo tomo.

- 1º. Concepto;
- 2º. Desarrollo y derecho comparado;
- 3º. Las formas de la cesión de deudas, y
- 4º. La cesión de deudas en el derecho chileno.

1237. I. Concepto. Como ya lo hemos advertido reiteradamente, estamos ante una institución en pleno y total desarrollo, según lo veremos más detenidamente en el número siguiente.

La cesión de deudas en la mayoría de sus figuras posibles viene a ser, en el aspecto pasivo de la obligación, lo que la cesión de créditos desde el punto de vista del acreedor. Así como éste traspasa su acreencia con todas sus garantías, el deudor puede también traspasar por acto entre vivos su deuda.

Recordemos de antemano que la denominación misma resulta bastante incorrecta, pues supone que es el deudor quien traspasa su deuda, en circunstancias de que uno de los posibles casos es un convenio entre el nuevo deudor y el acreedor, sin intervención del antiguo deudor, para que aquél “asuma” su deuda. Sin embargo, la seguiremos usando únicamente porque es la que más se ha difundido entre nosotros (Nº 1202).

Superados los inconvenientes doctrinarios que fundaron la inmovilidad de la obligación, no hay inconveniente en estos tiempos de despersonalización de ella, para aceptar doctrinariamente la institución, pero sí que subsisten muchos tropiezos prácticos que dificultan su difusión, y veremos que normalmente, en lo principal, se llega a muchas conclusiones del derecho clásico en la materia.

La diferencia de la cesión de deudas con la novación y delegación antes estudiadas, deriva de que en éstas se establece una nueva obligación, ya sea en reemplazo de la del deudor primitivo (novación por cambio de deudor) o conjuntamente con la de éste como codeudor solidario o subsidiario (delegación imperfecta); en la llamada cesión de deudas, un tercero toma para sí la misma obligación del deudor primitivo, quedando éste librado. Es la fórmula químicamente pura, por así decirlo, de la institución.

Si es la misma obligación la que toma sobre sí el nuevo deudor, fluiría como consecuencia lógica y natural que ella continúe con todos sus accesorios (inte-

reses, cauciones, prescripción ya corrida, etc.), y además, que el nuevo deudor podría oponer al acreedor todas las excepciones que tenía el primitivo.

Sin embargo, ni la cesión de deudas puede funcionar como la cesión de créditos, ni tampoco producir libremente los efectos señalados principalmente por las siguientes razones:

1º. Siempre requiere el consentimiento del acreedor.

La cesión de créditos puede hacerse contra la voluntad del deudor; basta notificarlo. La cesión de deudas en ninguna de sus formas y en ninguna legislación puede tener lugar contra la voluntad del acreedor, por la razón tantas veces señalada de que a éste nunca le dará lo mismo un deudor que otro;

2º. Extinción de las cauciones.

En la cesión de créditos se traspasan todas las cauciones reales y personales que garantizan la obligación. En la llamada cesión de deudas no se ha podido establecer un sistema igual, porque tampoco al que ha constituido tales garantías, si es un tercero ajeno a la relación, le puede significar lo mismo por quién está respondiendo. Por ello se requiere su consentimiento para que ellas continúen afectando a la obligación, lo que equivale a la reserva en la novación (Nº 1202) (Arts. 418, Código alemán, 1275 del italiano, etc.);

3º. Excepciones del nuevo deudor.

En general, se reconoce que éste puede oponer las excepciones provenientes de su relación con el acreedor, pero no las que derivan de su propia relación con el antiguo deudor. Hasta aquí no hay diferencias con la novación y delegación clásicas. El problema se plantea en cuanto a si puede oponer las excepciones del antiguo deudor, y hay una cierta tendencia a negárselo en las personales de éste (Art. 179 del Código suizo, Art. 1272, inc. final del Código italiano).

En todo lo demás, modalidades, intereses, prescripción ya corrida, etc., la obligación del nuevo deudor es la misma anterior, y en esto estriba la mayor diferencia con las instituciones clásicas. Además de que según veremos, ella puede ser acumulativa, o sea, sin liberar al deudor primitivo, jugando el mismo papel de la delegación imperfecta clásica.

Por último, digamos que adquiere importancia en ciertos casos especiales que luego señalaremos.

1238. II. Desarrollo y derecho comparado. Ya hemos destacado la posición clásica, que tras bastante tiempo llegó a aceptar la transmisión pasiva de la obligación, y que por acto entre vivos no aceptó jamás el traspaso o adquisición de deudas; para que ello ocurriera exigió la extinción de ella, para dar nacimiento a una nueva, o la acumulación de ésta a la anterior.

En el Derecho alemán se produjo la reacción contra esto, a través del Código prusiano de 1794 y la obra del jurista Delbruck, del año 1853, seguido por otros, como Windscheid, todo lo cual se tradujo finalmente en la dictación del Código alemán que destinó la Sección V del Libro 2º, Arts. 414 a 419, para reglamentar la "Cesión de deudas".¹⁵⁴⁵ Este Código contempla varias posibilidades de cesión, que citaremos más adelante, pero fundamentalmente un pacto entre el nuevo deudor y el acreedor (Art. 414), y entre el antiguo y el nuevo que requiere para su eficacia la aceptación del acreedor (Art. 415); también se preocupa de la adquisición de un inmueble hipotecado (Art. 416) y de la adquisición de la "fortuna" del deudor por un tercero (Art. 419).

El Código alemán ha inspirado la solución de los Códigos de este siglo, principalmente del suizo, polaco, griego, mejicano (Arts. 2051 a 2057), el ya citado Proyecto Bibiloni, en Argentina, etc.

En cambio, el Código italiano siguió una línea propia, recogiendo modificadas las instituciones clásicas de la delegación y expromisión, a las cuales se agrega una tercera figura, que es una convención entre el deudor y un tercero para que éste asuma la deuda del primero ante el acreedor (Capítulo 6º del Libro 4º, Arts. 1268 a 1276).

¹⁵⁴⁵ Un estudio bastante completo y de primera mano de las disposiciones de dicho Código, en Aída FIGUEROA DE INSUNZA, *De la Asunción de Deudas*, M. de P., Imprenta Relámpago, Santiago de Chile, 1948, aunque no compartimos sus conclusiones.

Las disposiciones del Código alemán en MAZEAUD, ob. cit. Parte 2ª, T. 3º, págs. 528 y siguientes.

Véase Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, *La asunción de deudas y la cesión de contrato*, Editorial Jurídica de Chile, 1984, aunque no comparto sus conclusiones.

Creemos que este Código ha dado la solución adecuada al problema; ha optado por reglamentar las situaciones posibles (que veremos en el número siguiente), modificando para ello en cuanto lo estimó necesario las instituciones ya existentes.

1239. III. Las formas de la cesión de deudas. Básicamente las figuras principales que pueden darse son las siguientes:

- 1º. Convención entre el primitivo deudor, el nuevo y el acreedor;
- 2º. Convención entre el deudor nuevo y el acreedor;
- 3º. Convención entre ambos deudores, el antiguo y el nuevo;
- 4º. Convención entre el deudor antiguo y el acreedor;
- 5º. Acumulación de un nuevo deudor;
- 6º. Adquisición de un inmueble hipotecado, y
- 7º. Adquisición de una universalidad.

Los veremos en los números siguientes, pero antes queremos referirnos justamente a la designación de la institución.

Como decíamos, ninguno de los nombres que se han dado parece plenamente satisfactorio; el de cesión de deudas no comprende justamente la figura del Nº 2º, esto es, la posibilidad de acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, sin intervención del antiguo, en que no hay cesión sino adquisición, toma de la obligación.

Por ello se ha propugnado la designación de asunción de deuda, pues el nuevo deudor "asume", hace suya la obligación del antiguo deudor, aun sin su consentimiento, y ella ha tenido bastante éxito, pero tampoco incluye una figura posible: la convención entre deudor antiguo y acreedor.

Finalmente, se habla de sucesión singular en la obligación, pero ya hemos destacado que la expresión "sucesión" evoca la idea de los actos por causa de muerte entre nosotros, por lo que tampoco resulta apropiada.

De allí que deba seguirse hablando de cesión o asunción de deudas, con la salvedad de que el nombre no es apropiado.

1240. A. Convención entre las tres partes. Es la situación más simple; el acuerdo lo suscriben el antiguo deudor, el nuevo y el acreedor, y equivale a la delegación, con la variante de que es la misma obligación la que asume el nuevo deudor, con las limitaciones señaladas en el N° 1237.

En la cesión de deudas, como en la novación por cambio de deudor, puede faltar el consentimiento del antiguo deudor, pero no puede omitirse el del nuevo, ni tampoco al acreedor.

Frente a la convención en estudio, el acreedor puede tomar las mismas dos posiciones que en la delegación:

1°. Dar por libre al primitivo deudor, en cuyo caso queda como único deudor el nuevo, y

2°. No darlo por libre, en cuyo caso se produce la acumulación de deudores, que veremos en el N° 1244.

1241. B. Convención entre el nuevo deudor y el acreedor. Se parece esta situación a la expromisión, esto es, la novación por cambio de deudor, sin el consentimiento del anterior obligado.¹⁵⁴⁶ La diferencia es la ya señalada: el nuevo deudor asume la misma obligación y no otra diferente.

Se parece también a la estipulación a favor de otro, ya que el nuevo deudor y el acreedor han convenido un beneficio para el antiguo, su liberación de la deuda, o en todo caso su pago por un tercero, pero no se requiere la aceptación del beneficiario, que es el deudor librado.

¹⁵⁴⁶ El Art. 414 del Código alemán contempla esta situación en los siguientes términos; “mediante contrato celebrado con el acreedor, una deuda puede ser tomada a su cargo por un tercero, de modo que este tercero ocupe el lugar y puesto del deudor anterior”. A este pacto se aplican los Arts. 417 en cuanto a las excepciones del nuevo deudor, y el 418 de la garantía. En virtud del primero, el cesionario puede oponer las excepciones de la obligación asumida (el Código suizo elimina las personales del primitivo deudor), pero no la compensación de un crédito del deudor primitivo, ni las que deriven de las relaciones entre éste y el nuevo (acto abstracto). En virtud del Art. 418, según hemos dicho, se extinguen las cauciones si quienes las han constituido no aceptan la cesión, y el privilegio no puede ser invocado en la quiebra del cesionario.

El Art. 1272 del Código italiano trata de esta situación bajo el nombre de expromisión; si el acreedor no libera al anterior deudor, el asunto queda obligado solidariamente con éste. Puede oponerle las mismas excepciones del deudor primitivo, salvo las personales de éste, ni la compensación ni las derivadas de hechos posteriores a la expromisión; tampoco puede invocar las que provengan de sus relaciones con el deudor anterior.

En virtud de esta convención, puede ocurrir al igual que en el caso anterior, que el nuevo deudor quede liberado, o simplemente se le acumule otro a la obligación, situación que veremos en el N° 1244.

1242. C. Convención entre los deudores, antiguo y nuevo. O sea, por un acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, éste se compromete a pagarle al acreedor, convención a la cual posteriormente puede adherir éste, dando o no por libre al primitivo.

En todo caso subsiste la obligación del nuevo deudor con el antiguo para cumplir por él.¹⁵⁴⁷

Se trata de una institución muy semejante a la delegación, que será novatoria cuando el acreedor da por libre al deudor, e imperfecta en el caso contrario; por igual razón se asemeja a la estipulación a favor de otro.

Si el acreedor no interviene en la cesión, ésta toma el nombre de asunción de cumplimiento, y el compromiso produce relaciones únicamente entre ambos deudores; el llamado asuntor se obliga con el antiguo deudor a pagar por él.

¹⁵⁴⁷ De esta situación se preocupa el Art. 415 del Código alemán, que deja sujeta su eficacia a la aprobación del acreedor, que no puede tener lugar sino una vez que el deudor o el tercero le hayan hecho saber su cesión al acreedor. Hasta ese momento las partes pueden anular o modificar el contrato; puede además fijársele un plazo al acreedor para que dé su aprobación, pasado el cual se entiende que la niega. Denegada la aprobación, la cesión es nula. A esta figura se aplican las normas vistas en la nota anterior en cuanto a excepciones y garantías.

El Art. 329 del Código alemán contempla la asunción de cumplimiento, que es un pacto en que no interviene el acreedor; el nuevo deudor se obliga únicamente con el antiguo a cumplir por él. Si en las otras figuras el acreedor no da por libre al antiguo deudor, se produce también la asunción de cumplimiento.

Por su parte el Código italiano contempla en el Art. 1273 la "responsabilidad de un tercero", que es una convención entre el deudor y un tercero para que éste asuma la deuda del primero; el acreedor puede adherir a ella, haciendo irrevocable la estipulación a su favor, lo que implica la liberación del deudor si el acreedor lo declara expresamente o ésta era condición expresa de la estipulación. Si no hay liberación, el nuevo deudor queda obligado solidariamente. El tercero queda obligado frente al acreedor que se ha adherido a la asunción, y puede oponerle las excepciones fundadas en el contrato en cuya virtud se ha verificado la asunción.

El Art. 1269 por su parte contempla la delegación de pago: si el deudor ha delegado a un tercero para realizar el pago, dicho tercero puede obligarse frente al acreedor, salvo que el deudor lo haya prohibido. El delegado no está obligado a aceptar el encargo, aun cuando sea deudor del delegante, salvo los usos contrarios.

1243. D. Convención entre deudor antiguo y acreedor. Es una convención en la cual el deudor acuerda con el acreedor que la deuda la pagará un tercero.

Naturalmente que éste no adquiere obligación alguna mientras no dé su aceptación; el antiguo deudor quedará libre o no a la aceptación del nuevo deudor, según se haya convenido con el acreedor.

En el fondo, equivale a una promesa de hecho ajeno (Nº 146).

1244. E. La asunción acumulativa. Vimos que en la delegación imperfecta, y, en general, cuando el acreedor no da por libre al deudor primitivo, queda con dos deudores, éste y el nuevo (ad-promission).

En las convenciones antes señaladas se produce igual fenómeno, y se las llama acumulativas o de refuerzo por cuanto el acreedor aumenta el número de sus deudores.

En algunos casos el nuevo deudor queda obligado solidariamente con el antiguo; en otros, se da una solución que es mezcla de solidaridad y fianza: si el acreedor ha aceptado al nuevo deudor, sin dar por libre al antiguo, no puede dirigirse contra éste si antes no ha pedido el cumplimiento al nuevo,¹⁵⁴⁸ esto es, una especie de beneficio de excusión del primer deudor.

1245. F. Adquisición de un inmueble hipotecado. Ya hemos citado varias veces el caso de la adquisición de un inmueble que se encuentra hipotecado a favor de un enajenante anterior o un tercero, y en que el adquirente en pago del precio se hace cargo de la deuda hipotecaria (Nºs. 1219 y 1232).

Esta situación ha estado presente en el desarrollo del problema de la cesión de deudas por su frecuencia, y porque por el carácter real de la hipoteca, el adquirente, en cuanto tercer poseedor de la finca hipotecada, puede ser per-

¹⁵⁴⁸ Así ocurre en el Código alemán y en lo que el Art. 1268 del Código italiano llama "delegación acumulativa": "si el deudor asigna al acreedor un nuevo deudor, el cual se obliga frente al acreedor, el deudor originario no queda liberado de su obligación, salvo que el acreedor declare expresamente liberarlo. Sin embargo, el acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el delegante, si antes no ha pedido el cumplimiento al delegado".

En cambio, en los casos de expromisión (Art. 1272), y responsabilidad del tercero (Art. 1273), si el acreedor no da por libre al deudor, el nuevo deudor queda obligado solidariamente, según hemos dicho en notas anteriores.

seguido por el acreedor. De ahí que tenga un gran interés, a su turno, en que la deuda hipotecaria se cancele, y la seguridad que toma es hacerla suya con cargo al precio.

En los Códigos modernos esta asunción se efectúa en cualquiera de las formas antes señaladas, pero el alemán le ha dedicado un precepto especial, el 416, cuya principal característica es establecer que el enajenante es el único que puede notificar al acreedor, y sólo una vez que el adquirente ha sido inscrito como dueño; el acreedor no puede aprobar la cesión antes de ser notificado.

1246. G. Adquisición de una universalidad. Al hablar de los efectos del contrato, nos referimos al problema del traspaso de universalidades (Nº 124) al atraso de nuestra legislación en la materia y a la tendencia esbozada ya en las extranjeras de abordar el problema desde el punto de vista de la empresa, como organización jurídica.

En esta parte sí que adquiere importancia la señalada institución del traspaso de deudas; así, el Art. 419 del Código alemán dispone que “si una persona adquiere por contrato la fortuna de otra, sus acreedores, sin perjuicio de la responsabilidad del deudor anterior, que continúa existiendo, pueden invocar, a partir de la conclusión de ese contrato, los derechos existentes contra el cesionario en la época de la cesión. La responsabilidad del cesionario se limita al importe de la fortuna cedida y a los derechos que adquiriera en virtud del contrato. Si invoca esa limitación, procede aplicar por analogía las disposiciones de los artículos 1990 y 1991 relativos a la responsabilidad de los herederos. La responsabilidad del cesionario no puede ser excluida ni restringida por una convención entre él y el deudor anterior”.

Términos muy semejantes, pero con limitaciones de tiempo (dos años), establece el Art. 181 del Código suizo.

Por su parte, el Art. 2560 del Código italiano dispone: “El enajenante no queda liberado de las deudas inherentes al ejercicio de la hacienda¹⁵⁴⁹ cedida, anteriores a la transferencia, si no resulta que los acreedores han consentido en ella. En la transferencia de un establecimiento comercial, responde de las

¹⁵⁴⁹ La hacienda es “el conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa” (Art. 2555). Según el epígrafe del Título 8º del Libro 5º, hacienda equivale a establecimiento.

deudas indicadas también el adquirente de la hacienda, si dichas deudas resultan de los libros de contabilidad obligatorios”.

El mismo Código se preocupa de la modificación y fusión de sociedades; en las primeras conserva la responsabilidad de los socios, si los acreedores no han consentido en la modificación (Art. 2499), y en las fusiones les otorga derecho de oposición (Art. 2503).

Se echan de menos disposiciones como éstas en nuestra legislación para proteger a los acreedores frente a las enajenaciones de establecimientos de comercio, industria, etc., y modificación de sociedades; prácticamente la única de que gozan es la acción pauliana, de tan difícil ejercicio (Nº 844).¹⁵⁵⁰

1247. IV. La cesión de deudas en la legislación chilena. Nuestro Código, como todos los clásicos, calla en la materia. No contempla la cesión de deudas, ni bajo tal título ni el de asunción, transmisión, sucesión, etc., sino que se limita a tratar en la forma antes vista la cesión del crédito (o sea, del elemento activo de la obligación), la novación y la delegación.

Frente a este silencio, con disposiciones muy similares, en Francia se ha discutido la posibilidad de admitir en el Código la asunción de deudas en los términos en que está concebida en el Código alemán y demás contemporáneos. Y las opiniones se han dividido en forma bastante pareja entre los que escriben después de la dictación de este último Código.

Esta misma disparidad de opiniones se ha trasladado a nuestro país.

1º. La mayoría de los autores y profesores sostiene que no es aceptable en nuestro Código la cesión de deudas sino en los casos expresamente establecidos por el legislador; éstos serían los de los Arts. 1962 y 1968. Este último se refiere a la insolvencia del arrendatario, y lo examinamos al tratar los posibles casos de acción oblicua en nuestro Código (Nº 838). En realidad, se trata

¹⁵⁵⁰ Para situaciones particulares, hay esbozos de esto en nuestra legislación. Así, el Art 19 de la Ley Nº 17.322, de 19 de agosto de 1970, modificado por la Ley Nº 20.023 de 31 de mayo de 2005, hace responsable al adquirente de las imposiciones previsionales adeudadas por el enajenante y el Art. 4º Inc. 2º del C. del T. deja a salvo en las enajenaciones, cambios en la mera posesión o tenencia de empresas, los derechos de los trabajadores; en el mismo orden de ideas los Arts. 69 y 71 del Código Tributario le imponen responsabilidad por impuestos, etc. Sin embargo, no hay preocupación alguna por los acreedores privados.

más bien de figuras de "sucesión" por ley en el contrato de arriendo y los trataremos en la sección siguiente. En todo caso, es evidente que en cuanto tome la calidad de arrendatario, un tercero asume las obligaciones propias de este contratante (Nº 1254).

Fuera de estos casos, no podría establecerse que un tercero tome sobre sí la misma obligación ajena, pues ello contraría las disposiciones del Código sobre la obligación, y la novación.¹⁵⁵¹

2º. Para otros, en cambio, en virtud del principio de la libertad contractual, bien podrían las partes convenir una asunción de deudas, puesto que únicamente se afectan intereses privados.¹⁵⁵²

En nuestra opinión, el problema no puede resolverse ni enfrentarse tan simplemente, porque, según hemos señalado, existen varias posibilidades y formas para la asunción de deudas.

Desde luego, conviene dejar sentados algunos principios que son fundamentales y parecen indiscutibles:

1º. El deudor primitivo no queda liberado si el acreedor no lo declara así expresamente. Esto es evidente y es incluso regla en las legislaciones que aceptan la cesión (Nº 1237). Nuestro Código lo ha señalado claramente al exigir declaración expresa del acreedor en la novación por cambio de deudor (Art. 1635, Nº 1223); al no quedar obligado el acreedor por las disposiciones y convenciones que modifican la división de las deudas entre los herederos (Nº 480), y en general en todas las disposiciones que gobiernan la modificación de las obligaciones, en que siempre ha exigido consentimiento del que resulte perjudicado para que puedan oponérsele, como lo hemos ido destacando en nuestro estudio.

2º. Que se extinguen, salvo convención en contrario y aceptación de los afectados ajenos a la estipulación, todas las garantías de la deuda, porque tal es el criterio manifestado por el legislador.

¹⁵⁵¹ Opinión de Arturo ALESSANDRI, ob. cit., pág. 263, y FUEYO, ob. cit., T. 2º, pág. 19.

¹⁵⁵² CLARO SOLAR, ob. cit., T. 12, Nº 1.769, pág. 467; Aída FIGUEROA, ob. cit., pág. 55. Gonzalo FIGUEROA, ob. cit., Nº 10, pág. 33.

Ahora bien, como decíamos, hay varias figuras de las estudiadas en este párrafo que son perfectamente posibles en nuestra legislación, pues no se oponen a disposición alguna en contrario, e incluso pueden efectuarse bajo fórmulas perfectamente aceptadas, como la estipulación a favor de otro, la promesa del hecho ajeno, la cesión de créditos misma, la delegación imperfecta, etc.

No hay inconveniente desde luego en una asunción acumulativa, aplicándose en tal caso el Art. 1635 ya estudiado (Nº 1224), o sea, el nuevo deudor se considera que se obliga solidaria o subsidiariamente, y las partes incluso pueden modificar tales reglas.

Tampoco hay inconveniente alguno para que se convenga entre el deudor primitivo y el nuevo que éste se haga cargo del pago de la deuda sin intervención del acreedor; tal convención, que puede incluso revestir la forma de una estipulación a favor de otro, obliga al nuevo deudor respecto del antiguo, y lógicamente no afecta al acreedor. Por ello se ha resuelto que si en un arrendamiento se conviene que el arrendatario pague las contribuciones fiscales, semejante estipulación no obliga al Fisco, pero entre las partes del arriendo es perfectamente válida y eficaz.¹⁵⁵³

Una sentencia se ha referido precisamente a esta situación, utilizando los términos de asunción y cesión de deudas; ha dicho que si el acreedor no presta su consentimiento, la cesión no le afecta y puede siempre cobrar al cedente,¹⁵⁵⁴ lo que resulta evidente por los argumentos antes señalados. Pero, en todo caso, la cesión produce sus efectos entre los deudores.

El problema, pues, se reduce a la asunción liberatoria, ya sea por un convenio entre las tres partes, o entre el nuevo deudor y el antiguo. Y pareciera que no es posible en nuestra legislación, por lo menos para otorgarle las características que tiene en los Códigos modernos.

En efecto, la liberación del anterior deudor produce en nuestro Código siempre novación, de acuerdo al Art. 1635. Ciertamente es que el Art. 1034 declara que para que haya novación se requiere el *animus novandi*, de manera que si las partes declaran expresamente que no hay novación, ésta no se produce, pero el mismo precepto aclara que en tal caso subsisten ambas obligaciones,

¹⁵⁵³ RDJ, T. 35, sec. 1ª, pág. 50.

¹⁵⁵⁴ RDJ, T. 59, sec. 2ª, pág. 43.

esto es, considera que siempre hay dos obligaciones existentes. Y si el primer deudor queda liberado, no hay ya obligación para él. Además, es cierto que a la nueva obligación las partes pueden agregar la mayor parte de los accesorios de la antigua, pero no es éste el concepto de la cesión de deudas, en que es la misma obligación la que cambia de deudor, sin extinguirse (Nº 1237).¹⁵⁵⁵

Ahora bien, sin llegar a la asunción de deudas liberatorias, las partes pueden imitarla hasta donde sea posible, por cualquiera de las fórmulas que anteriormente hemos señalado.

Sección Tercera *Cesión de contrato*¹⁵⁵⁶

1248. Concepto. La cesión de contrato pertenece a la teoría general de éste, pero su estudio lo hemos trasladado a esta parte, pues está en íntima relación con las modificaciones subjetivas de las obligaciones y créditos.

La institución, cuya existencia autónoma se discute, ha comenzado sólo recientemente a preocupar a la doctrina y a las legislaciones. El Código italiano la recoge ampliamente en el Capítulo 8º del Título 2º del Libro 4º, Arts. 1406 a 1410.

Se habla de cesión de contrato cuando uno de los contratantes, con el consentimiento del otro, traspasa los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente. Por la cesión de contrato se traspasa la calidad íntegra de contratante.¹⁵⁵⁷

¹⁵⁵⁵ Podría argumentarse en contra de lo expuesto que si el acreedor puede remitir íntegramente la deuda, no se ve la razón por la cual no podría hacer lo menos, que es liberar al antiguo deudor, a cambio de que alguien asuma la deuda. Pero lo que nos mueve a rechazar la asunción liberatoria es que para el Código, la obligación asumida es siempre otra obligación, no la misma anterior. La remisión extingue también totalmente la deuda.

¹⁵⁵⁶ Véanse M. ANDREOLI, *La cesión de contrato*, traducción de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; Luis VALS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Editorial Urgel, Barcelona; MESSINEO, ob. cit., T. 4º, págs. 511 y siguientes; Rosa GALÁN SOLANO, *La cesión del contrato*, Editorial Universitaria, Santiago, 1963, M. de P.; Gonzalo FIGUEROA YÁÑEZ, *La asunción de deudas y la cesión de contratos*, ob. cit., parte II.

¹⁵⁵⁷ Dice el Art. 1406 del Código italiano: "cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello".

Y como en el contrato bilateral cada parte adquiere al mismo tiempo la calidad de acreedora y deudora, la cesión del contrato implica que el cedente traspassa al cesionario sus derechos y obligaciones; tanto el aspecto activo como el pasivo. En ello estriba la diferencia con la cesión de créditos, en que el cesionario no responde de las obligaciones del cedente, aun emanadas del mismo contrato (Nº 1153).

1249. Requisitos. Tres son los supuestos para que nos encontremos ante una cesión de contrato:

1º. Debe tratarse de un contrato bilateral.

La razón es obvia. La cesión que haga el acreedor en un contrato unilateral es una cesión de crédito, y si se traspassa la deuda, estaremos ante una novación por cambio de deudor, una delegación o una asunción de deuda, en las legislaciones en que ella es factible.

La posibilidad de ceder el contrato se presenta en los bilaterales, por la razón antes indicada de que en ellos las partes son recíprocamente deudoras y acreedoras. Entonces, en vez de dejar sin efecto el contrato celebrado y proceder a otorgar uno nuevo, con el cesionario como contraparte, se conviene modificarlo mediante la cesión que una de las partes hace a un tercero de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Por ejemplo, A arrienda a B un inmueble, y con el consentimiento de este arrendador cede el contrato a C. Éste pasa a ocupar la misma calidad de arrendatario de A, y como él, está obligado al pago de las rentas de arrendamiento, a las reparaciones locativas, etc., y tiene en cambio el derecho a exigir que el arrendador B lo mantenga en el goce tranquilo y pacífico de la cosa arrendada.

Otro caso: en un contrato de suministro un proveedor, con el consentimiento del otro contratante, cede el contrato a un tercero, quien deberá seguir suministrando los objetos o servicios de que se trate, y tendrá derecho a cobrar su precio.

Finalmente, otro caso de gran frecuencia práctica entre nosotros: A promete a B venderle un inmueble dentro de tres meses, y B promete comprarle el inmueble en el plazo señalado. En esta promesa de compraventa ambas partes han contraído una obligación y un derecho correlativo: otorgar el contrato

prometido en la oportunidad señalada, fuera de las otras obligaciones que pueden ir anexas al contrato (Art. 1554)¹⁵⁵⁸ A es acreedor de B por esta obligación, y a la vez deudor suyo de la obligación de concurrir al otorgamiento del contrato prometido, y viceversa. Si B cede el contrato de promesa con el consentimiento de A a un tercero, C, éste pasa a ser titular del derecho y obligación correlativa de B de poder exigir y estar obligado a otorgar el contrato de compraventa prometido.

2º. Que las prestaciones no se hubieren ejecutado.

O sea, el contrato debe estar pendiente en su ejecución, o ser de ejecución sucesiva y no haberse agotado (Art. 1406 del Código italiano), porque en caso contrario lo traspasado sería el efecto ya producido del contrato. Y así, por ejemplo, si A vende a B un inmueble, y A entrega material y jurídicamente la propiedad, y B ha pagado el precio, lo que se cedería sería el dominio del inmueble ya adquirido por B, y no el contrato de compraventa.

3º. El consentimiento de las tres partes.

Se necesita el del cedente, porque se desprende de sus derechos; del cesionario que adquiere éstos y las obligaciones correspondientes al contrato de que se trate, y finalmente del contratante cedido, en función del aspecto pasivo del contrato, pues si no el cedente se liberaría de sus obligaciones, sin intervención del acreedor de ellas, lo que no es posible, según vimos anteriormente.

Sin embargo, es factible que el contratante cedido haya dado su consentimiento con anterioridad, situación que por ejemplo contempla el Art. 1946 para el arriendo: "el arrendatario no tiene facultad de ceder el arriendo... a menos que se le haya expresamente concedido". Como se ve, el Código exige que la voluntad del arrendador haya sido expresa.

En esta situación, el Art. 1407 del Código italiano declara que la sustitución del cedente por el cesionario será eficaz respecto del contratante cedido desde el momento en que se le notifique o acepte la cesión,¹⁵⁵⁹ o sea, el mismo mecanismo de la cesión de crédito.

¹⁵⁵⁸ Véase *Contrato de promesa*, etc., ob. cit.

¹⁵⁵⁹ El inc. 2º del precepto se pone en otra situación: "si todos los elementos del contrato resultaren de un documento en que figure inserta la cláusula 'a la orden' u otra equivalente, el endoso del documento producirá la sustitución del endosatario en la posición del endosante".

1250. Explicación de la cesión de contrato. Existen varias teorías para explicar la institución, pero fundamentalmente pueden agruparse en dos tendencias:

1º. Para algunos, no existe la cesión de contrato propiamente tal, sino que ella se efectúa por medio de dos operaciones; una cesión de créditos en cuanto a los derechos traspasados, y una novación por cambio de deudor, una delegación o una asunción de deudas (según el concepto que se tenga o la legislación de que se trate) respecto de las obligaciones traspasadas.

Cabe destacar que desde el momento en que operara una novación por cambio de deudor, o una doble novación por cambio de acreedor y deudor, ya no puede hablarse de cesión de contrato, sino de uno nuevo, por el efecto extintivo de la novación.

2º. Para otros, en cambio, la cesión de contrato es un negocio jurídico propio que no se descompone en otras operaciones y con efectos que le son particulares, posición que adopta el Código italiano.¹⁵⁶⁰

La verdad es que en las legislaciones que no reglamentan la institución en términos generales, sino que casos de ella, parece evidente que en estas situaciones es el mismo contrato el cedido. Así lo veremos al tratar los de nuestra legislación.

1251. Efectos de la cesión. Hay que distinguir los que pueden generarse entre:

1º. El cesionario y el contratante cedido.

El cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, lo reemplaza en el contrato, y, en consecuencia, puede exigir el cumplimiento de los créditos que a su favor emanen de éste y queda obligado a cumplir las obligaciones derivadas de él. El cesionario no podría oponer las excepciones personales del cedente, y a su vez el contratante cedido no podría oponerle excepciones derivadas de otra relación jurídica suya con el cedente no comprendida en la cesión (Art. 1409 del Código italiano).

¹⁵⁶⁰ Para un mayor desarrollo, una exposición de las principales doctrinas en Rosa GALÁN, ob. cit., págs. 16 y siguientes.

2º. El cedente y el contratante cedido.

Al respecto, es necesario hacer un distingo, por cuanto al igual que en la delegación, y en la asunción de deudas, el contratante cedido puede o no dar por libre al cedente. En el primer caso, éste desaparece del contrato; en el segundo, quedará como deudor solidario o subsidiario.

3º. El cedente y el cesionario.

Estos pueden estipular lo que estimen conveniente al respecto, pero a falta de convención, se discute en doctrina si el cedente responde de la validez del contrato, y por el cumplimiento del contratante cedido de las obligaciones propias de éste.¹⁵⁶¹

La C.S. ha resuelto:

“En materia de cesión de contratos, es indispensable el consentimiento del contratante cedido, ya que de lo contrario el cedente se liberaría de su obligación sin intervención del acreedor de ellas. Es también indispensable el consentimiento del cesionario, toda vez que adquiere derechos de que se desprende el cesionario y las obligaciones correspondientes al contrato de que se trate. El cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente, lo que fue resistido antiguamente sobre la base del impedimento de aceptar la cesión de deudas, pero actualmente es una práctica frecuente fundada en la autonomía de la voluntad.

“Por tanto, aun cuando el contrato disponga la posibilidad de ser cedido a otra persona, continuará el contratante primitivo obligado al cumplimiento de las prestaciones que en el contrato se expresen mientras la parte llamada a ocupar la posición contractual del contratante primitivo no consienta en ello”.¹⁵⁶²

1252. La cesión de contrato en la legislación chilena. De más está insistir en que nuestro Código no contempla una reglamentación orgánica de la institución.

¹⁵⁶¹ Art. 1410 del Código italiano: “el cedente queda obligado a garantizar la validez del contrato. Si el cedente asumiese la garantía del cumplimiento del contrato, responderá como fiador por las obligaciones del contratante cedido”.

¹⁵⁶² 28 de abril de 2009. *F.M.* N° 551, pág. 111.

Conviene, pues, distinguir tres situaciones:

- 1º. Cesión de contrato establecida en la legislación;
- 2º. Traspaso legal de contrato;
- 3º. Casos no legislados.

Veremos estas tres situaciones en los números siguientes.

1253. I. Casos de cesión de contrato en la legislación. Podemos citar los siguientes:

1º. Arrendamiento.

Dice el Art. 1946: “el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo”.

El precepto se pone en dos situaciones diversas: la cesión del arriendo y el subarriendo. Este último es el arriendo efectuado por el arrendatario a un tercero del todo o parte de lo arrendado; es un nuevo contrato, que no modifica las relaciones del arrendatario con el arrendador ni crea relación jurídica alguna entre éste y el subarrendatario.

En cambio, la cesión es justamente el traspaso del mismo contrato, como el ejemplo que poníamos en el N° 1249, 1º, quedando liberado el anterior arrendatario; nuestra jurisprudencia ha reconocido esto último, pero lo ha atribuido a un efecto novatorio, ya que no ha aceptado que se pueda haber producido un traspaso de obligaciones.¹⁵⁶³

En todo caso, es típicamente una cesión de contrato.

2º. Sociedades.

La naturaleza jurídica de la sociedad es controvertida, como ya lo hemos insinuado, en todo caso, en ella hay obligaciones y derechos para los socios entre sí, y respecto de terceros.

¹⁵⁶³ G.T. de 1914, enero a abril, N° 94, pág. 207; y de 1928, 2º sem, N° 178, pág. 783.

Tratándose de sociedades de personas, el Art. 404 del C. Co. prohíbe a los socios "ceder a cualquier título su interés en la sociedad" sin previa autorización de todos los socios, bajo pena de nulidad. *A contrario sensu*, la cesión es posible con el consentimiento de todos los socios, y en tal caso el nuevo socio entra a reemplazar al cedente en todos sus derechos y obligaciones ante la sociedad.¹⁵⁶⁴

En el N° 1256 al final y como cierre diremos algunas palabras respecto a los traspasos de derechos en sociedades, u otras operaciones con éstas o con las hace poco tiempo establecidas Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y Sociedad por Acciones, porque mediante estos actos en definitiva los créditos y las obligaciones quedan en otras manos que no son las que les dieron nacimiento.

1254. II. Traspaso legal del contrato. Hay casos en que por disposición de la ley, en el contrato cambia alguna de las partes, pero sin el consentimiento del otro contratante. No hay, pues, cesión del contrato, sino traspaso legal del mismo.

Estos son los casos que se suelen citar como de asunción de deudas en nuestra legislación (N° 1247), principalmente en los artículos 1962, 2°, y 1968.

Esta última situación ya la hemos estudiado al hablar de la acción oblicua (N° 838), y permite a los acreedores del arrendatario insolvente sustituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. Igual cosa ocurre en el Art. 1965 cuando los acreedores del arrendador embargan la cosa arrendada y se sustituyen a éste en sus derechos y obligaciones (N° 838). En ambas situaciones, los acreedores del arrendatario o arrendador asumen su misma calidad de contratante, y, en consecuencia, les correspondan los derechos y obligaciones que les son propios.

El N° 2° del Art. 1962 señala que está obligado a respetar el arriendo todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública. Por ejemplo, A arrienda a B una propiedad por tres años; cuando ha transcurrido un año, transfiere

¹⁵⁶⁴ Como los terceros no han dado su consentimiento, creemos que el socio cedente no deja de ser responsable ante ellos en los casos en que la ley establece esta responsabilidad personal de un socio.

la propiedad a C. Éste está obligado a respetar los dos años que faltan del arriendo, y, en consecuencia, a asumir la calidad de arrendador en el mismo, con los derechos y obligaciones inherentes.

La misma situación se plantea con la legislación que limitaba los derechos de los arrendadores a poner término a los contratos de arriendo; así, de acuerdo al inc. 4º del Art. 14 de la Ley N° 11.622 sobre arrendamientos urbanos y al D.L. N° 964 de 1975, hoy derogados, el arrendatario podía oponer al adquirente de la propiedad arrendada la excepción de falta de motivos plausibles para pedir la restitución, y si el adquirente carecía de ellos, debía aceptar al arrendatario como tal.

La verdad es que el arrendamiento va tomando cada vez más acentuadamente un carácter de gravamen o carga real, que explica todos estos fenómenos jurídicos.

1255. III. Casos no legislados. Fuera de los casos ya estudiados y otros que pueden escapárenos, cabe preguntarse si es posible aplicar entre nosotros la cesión de contrato, y cómo funciona ella.

Ya hemos dicho que se lleva a cabo en forma muy frecuente, especialmente con relación a las promesas de compraventa, y entonces la pregunta es cómo debe encarársela, si como una institución propia o debe recurrirse a las figuras de la cesión de créditos y novación por cambio de deudor o delegación.

La verdad es que la solución depende de la posición que se adopte frente al problema de la cesión de deudas, porque si se concluye, como lo hemos hecho nosotros (N° 1247), que ella no es posible en nuestra legislación, tampoco puede aceptarse que fuera de los casos previstos por la ley pueda alguien asumir las obligaciones de un contrato bilateral.

En cambio, si en virtud de la libertad contractual se reconoce la posibilidad de que las partes convengan en la subsistencia de una obligación con un nuevo deudor, será igualmente el mismo contrato el que subsistirá, con otro contratante.

En nuestro concepto, puede efectuarse la cesión de créditos y la delegación imperfecta para traspasar los derechos y obligaciones respectivamente, quedando en tal caso responsable el cedente. Si se elimina la responsabilidad de

éste, hay novación por el cambio de deudor, y, en consecuencia, forzosamente un nuevo contrato.

En todo caso, lo indudable es que se requiere el consentimiento de todos los que intervienen, y no como suele efectuarse la cesión de promesa de compraventa, con una mera notificación al prometiende vendedor. Ella basta para traspasar los derechos del prometiende comprador, pero no sus obligaciones.¹⁵⁶⁵

1256. Traspasos en sociedades y empresa individual de responsabilidad limitada. Ya hemos dicho que en la sociedad es posible el traspaso de un contrato, porque alguno o algunos de los socios ceda total o parcialmente su participación en ella.

Tratándose de sociedades de personas se requiere el consentimiento de todos los socios. Como el C. Co. habló de “ceder a cualquier título” el interés en la sociedad, los traspasos se califican de cesiones de derechos, pero en verdad son cesiones de contrato.

En las sociedades anónimas, en cambio, lo que se traspasa es la acción, con lo cual el adquirente reemplaza al anterior accionista y ocupa su lugar en la sociedad.

A través de estas operaciones, finalmente la sociedad puede terminar integrada por otras personas muy diferentes a las que se tuvo en vista al contratar. Pero además todos los créditos y obligaciones de ellas han quedado en manos diferentes que las iniciales. Y esas personas ejercerán los créditos y deberán las obligaciones existentes. En definitiva, en esta forma muchas veces se pueden traspasar deudas y créditos y contratos porque forman parte del patrimonio de la sociedad.

Ello adquiere especial significación y trascendencia en algunos tipos nuevos que no son sólo de sociedades, sino incluso de empresas individuales, pero

¹⁵⁶⁵ Si se llega a aceptar la cesión de contrato en nuestra legislación, las partes a falta de reglamentación legal deberán ser cuidadosas en establecer sus efectos; creemos que, en todo caso, el cesionario no podría oponer las excepciones personales del cedente, ni éste responderá de la solvencia del cesionario ni del contratante cedido, pues tales son los principios de nuestra legislación.

La cree posible como regla general, Gonzalo FIGUEROA, ob. cit., N° 23, pág. 73.

que tienen responsabilidad limitada, o de sociedad de acciones unipersonal, poniéndose así excepciones notorias a lo que antes era axioma universal entre nosotros: que si todos los derechos en una sociedad quedaban en una sola mano, ella se disolvía.

Esto corresponde a cambios de legislación de tanta trascendencia como fue en su tiempo la Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, y que hemos citado: la primera es la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, aceptada tras muchos intentos por la Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003. Su Art. 14 dispone que si se produce la reunión en una sola persona de las acciones, derechos o participaciones en el capital de cualquier sociedad, ella puede transformarse en Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Al mismo tiempo ésta podrá transformarse en sociedad de cualquier tipo, cumpliendo los requisitos y formalidades que establece el estatuto jurídico de la sociedad en la cual se transforma. En caso de fallecimiento, se puede continuar el giro hasta por un año, al cabo del cual termina la responsabilidad limitada (Art. 15, letra e). En caso de quiebra puede continuarla el adjudicatario cumpliendo los requisitos del Art. 6° (Art. 17), lo cual permite sostener que ella es transferible.

También la sociedad por acciones es un nuevo paso en la liberación de las sociedades anónimas que no colocan sus acciones en el mercado, y que muchos contratantes prefieren a las de personas justamente, entre otros motivos, por su dificultad de disposición. Lo importante es que de acuerdo al actual Art. 424 del C. Co. puede ser uno solo el accionista, lo que produce vastos efectos jurídicos, porque desde luego no se disuelve necesariamente por la circunstancia que liquida todas las sociedades, que es quedar con un solo socio.

En efecto, de acuerdo al actual Art. 444 del C. Co., puede así estipularse en los estatutos.

En estas empresas que pueden funcionar con una sola persona, y pueden traspasarse en definitiva créditos y obligaciones, y es posible cambiar de titular vía el traspaso de la empresa.¹⁵⁶⁶

¹⁵⁶⁶ Un tema que escapa a esta obra es discutir si el acreedor tiene algún medio de evitar que esto ocurra. Creemos desde luego que le cabe la acción pauliana si se hace en fraude, pero ésta es una herramienta de difícil uso, como lo son la simulación y otras semejantes.

El otro punto bastante complejo es el problema de la división, transformación y fusión de sociedades, que sólo está reglamentada entre nosotros en la Ley de Sociedades Anónimas, y por motivos tributarios en el Art. 69 del Código del ramo, que se preocupa también del aporte de activo y pasivo de una empresa o sociedad a otra.

No podemos detenernos en este análisis, y sólo diremos que la división la define el Art. 94 de la Ley de Sociedades Anónimas, y el Art. 95 señala que la transformación es el cambio de especie o tipo social de una sociedad, como si de anónima pasa a ser colectiva, y la fusión, según el Art. 99 puede ser por creación cuando dos o más sociedades que se disuelven son absorbidas por una sociedad nueva, o por incorporación cuando una o más sociedades que se disuelven son absorbidas por otra sociedad ya existente, la que adquiere todos su activos y pasivos.

En todas estas operaciones pueden ir involucrados créditos y obligaciones en que se produce un cambio subjetivo de acreedor o deudor, de una personalidad jurídica a otra.

Pero debe tenerse cuidado, las normas de la Ley de Sociedades Anónimas son sólo para éstas, y en las demás todo ello ocurre por aplicación de las normas generales, y por la libertad contractual.¹⁵⁶⁷

¹⁵⁶⁷ Por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos exige que en la división, todos los socios deben quedar en las nuevas sociedades, lo que es exigencia de la anónima porque la división puede imponerse a accionistas sin su participación, lo que no ocurre en las que no son por acciones.

CAPÍTULO II

EL MUTUO CONSENTIMIENTO

1262. Concepto. De acuerdo al inc. 1º del Art. 1567, “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

Ya el Art. 1545 había señalado que todo contrato es una ley para las partes que lo celebran, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales; al dejar sin efecto el contrato, cesan de producir efectos las obligaciones emanadas de él, y esto se extiende a toda clase de obligaciones, aunque más propiamente el mutuo consentimiento se aplica a las convencionales.

Este modo de extinguir, a más de mutuo consentimiento, recibe otras denominaciones: mutuo disenso, convención de extinción y los franceses lo designan como resciliación, término que se ha difundido también entre nosotros. Consiste, como sus nombres lo señalan, en que las partes, acreedor y deudor, acuerdan dar por extinguidas las obligaciones que los ligan, esto es, que ellas dejen de producir efectos.

Es una aplicación lisa y llana del principio de la autonomía de la voluntad (Nºs. 107 y siguientes), dominante aún en el campo obligacional: si las partes, de común acuerdo y mientras no sea contra la ley, las buenas costumbres y el orden público, pueden celebrar toda clase de convenciones, no hay inconveniente alguno para que igualmente dejen sin efecto la obligación que las liga.

Y si pueden dejarla sin efecto, también pueden componerla como estimen pertinente; así lo decíamos a propósito de la indemnización de perjuicios cuando procede; y no es fuerza que sea fijada por el tribunal, porque las partes pueden acordar entre ellas la forma de solucionarla (Nºs. 325 y 962).

1263. Aplicación del mutuo consentimiento. Decíamos que este modo de extinguir es más propio de las obligaciones contractuales, ya que en derecho las cosas se deshacen tal como se hicieron: si la acorde voluntad de los interesados dio nacimiento a la obligación contractual, es perfectamente lícito que la misma voluntad puede extinguirla.

Hay contratos que quedan al margen de este modo de extinguirse; así ocurre, por ejemplo, entre nosotros con el matrimonio, pero en las legislaciones que aceptan el divorcio con disolución del vínculo por mutuo acuerdo de los cónyuges, también será el mutuo disenso el que ponga fin al matrimonio.

Pero, según la letra de la ley, este modo de extinguir no limita su aplicación a las obligaciones contractuales, sino que cualquier derecho puede ser extinguido por él.

Sin embargo, en estos casos normalmente el mutuo disenso va a equivaler a una renuncia al crédito, a una remisión de la obligación (Nº 1267); por ejemplo, una persona comete un cuasidelito civil en la persona de otra; si la víctima y el autor del daño acuerdan que éste no sea indemnizado, en el fondo está renunciando la primera a la indemnización, lo que es perfectamente lícito de acuerdo al Art. 12. Hay, pues, una remisión de la obligación indemnizatoria.

Igualmente, las obligaciones legales, por regla general, no pueden ser dejadas sin efecto por el mutuo acuerdo de las partes, por su carácter irrenunciable.

1264. Requisitos del mutuo disenso. La ley no ha establecido ningún requisito específico para el mutuo consentimiento como medio de extinguir las obligaciones; deberán concurrir los propios de todo acto jurídico, ya que se trata de una convención; incluso se ha aceptado la voluntad tácita.¹⁵⁷⁰

Se exige sí capacidad de disponer del crédito, puesto que se pone término a éste; así lo señala el precepto: “las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo”.

Aunque la disposición no lo diga expresamente, la doctrina concluye que para que sea posible el mutuo disenso es necesario que no estén íntegramente cumplidas las obligaciones derivadas del mismo negocio jurídico. Y la razón

¹⁵⁷⁰ RDJ, T. 1ª, sec. 1ª, pág. 390.

es obvia, porque el Art. 1567 dispone que la obligación puede extinguirse por la convención de las partes, y sólo puede extinguirse aquello que aún existe, pero no lo que ha dejado de producir efectos. De manera que si ha operado ya otro modo de extinguir, no podría tener lugar el mutuo disenso.

Por ejemplo, A vende a B un automóvil, pero ni A ha cumplido su obligación de entregar, ni B la suya de pagar el precio; si en tales circunstancias acuerdan dejar sin efecto sus obligaciones, ha habido mutuo disenso, pero si, a la inversa, A entregó el vehículo y B pagó el precio, ambas obligaciones ya están extinguidas. Si se dejaran sin efecto, habría un nuevo contrato, restituyéndose las partes el vehículo y precio recibidos, pero no un modo de extinguir.

En cambio, en los contratos de ejecución sucesiva el mutuo disenso es frecuente. Así, en un arriendo a 5 años, las partes, de común acuerdo, pueden ponerle término a los 2 años por mutuo consentimiento.

1265. Efectos del mutuo disenso. Sus efectos son los propios de todos los modos de extinguir la obligación: poner término a ésta, sus accesorios, garantías, etc.

La expresión que usó el legislador, “consientan en darla por nula”, no es del todo feliz, porque el acto fue perfectamente válido, lo fue también la obligación y los efectos que haya alcanzado a producir antes del disenso; éstos quedan a firme, mientras la nulidad opera retroactivamente. El mutuo disenso opera hacia el futuro, y ya hemos señalado que en cuanto pretenda hacer desaparecer efectos ya producidos, hay una nueva convención entre las partes.

Producida la extinción, las partes quedan desligadas de la obligación; ella deja de producir efectos posteriores, y no podría, en consecuencia, exigirse indemnización de perjuicios por la obligación así extinguida.¹⁵⁷¹

Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 1 de septiembre de 1970, analiza los efectos del término del contrato por resciliación en las estipulaciones anexas a él. Se había dejado sin efecto una promesa de compra-venta y para tal evento la sentencia declaró que debía restituirse el precio y que quedaba sin efecto la cláusula penal pactada, pero no el arbitraje que se había convenido.¹⁵⁷²

¹⁵⁷¹ G.T. de 1884, N° 166, pág. 129.

¹⁵⁷² RDJ, T. 67, sec. 2ª, pág. 80.

CAPÍTULO V

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA

1306. Reglamentación y pauta.¹⁵⁹³ De acuerdo al Art. 1567 las obligaciones se extinguen: N° 10, por la prescripción. El inc. final del precepto anuncia que la prescripción se trata al término del Libro 4°.

En efecto, siguiendo a su modelo francés, reglamenta el nuestro esta institución en el último Título del Libro 4°, el N° XLII, Arts. 2492 a 2524. Tras este Título en el Código sólo existe el Final "De la observación de este Código". O sea, prácticamente con la prescripción concluye el Código Civil.

El Título XLII se divide en 4 párrafos: de la prescripción en general; de la prescripción con que se adquieren las cosas; de la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales, y de las acciones que prescriben en corto tiempo.

O sea, que también, a imitación del Code, trató juntamente la prescripción adquisitiva o usucapión, que es un modo de adquirir el dominio y derechos reales, con la extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos.

Mucho se ha escrito para criticar el tratamiento dado por ambos Códigos a la materia y que no es seguido por los de este tipo, como el alemán, suizo e italiano, los que separan ambas prescripciones; la crítica versa precisamente en que, para quienes la formulan, la prescripción adquisitiva debe tratarse

¹⁵⁹³ Además de las obras generales sobre obligaciones, véase a Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *La prescripción extintiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

entre los modos de adquirir, y la extintiva entre los modos de extinguirse las obligaciones.

Otros, en cambio, han defendido el sistema del Código por las relaciones que veremos existen entre ambas prescripciones, en cuanto tienen reglas comunes, un elemento común: el transcurso del tiempo y finalmente tienden a un mismo objeto, cual es dar estabilidad a las relaciones jurídicas. Por ello se ha llegado a decir un poco floridamente que Andrés Bello quiso cerrar su obra con un broche de oro con esta institución que viene a fijar con el tiempo todos los derechos reglamentados y establecidos antes de ella en el Código.

La discusión resulta, en todo caso, un tanto bizantina.

Dividiremos este capítulo en tres secciones, siguiendo el plan del Código, omitiendo naturalmente la prescripción adquisitiva, que no corresponde a la materia en estudio, a saber: la prescripción en general, la extintiva de largo tiempo y la extintiva de corto tiempo.

Sección Primera

La prescripción extintiva en general

1307. Pauta. En esta primera sección trataremos del concepto, fundamentos y relaciones de la prescripción extintiva con la adquisitiva y la caducidad (párrafo 1º); luego estudiaremos las reglas comunes a toda prescripción, que se aplican por tanto a la extintiva (párrafo 2º); en tercer lugar veremos una situación muy especial que se refiere a la prescripción de la nulidad de derecho público (párrafo 3º), y finalmente los requisitos de ella (párrafo 4º).

Párrafo 1º

Concepto

1308. Definición. El Art. 2492 ha definido conjuntamente ambas prescripciones, la adquisitiva y extintiva, diciendo que “la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales”.

Eliminando lo relativo a la usucapión, podemos definir la prescripción extintiva o liberatoria como un modo de extinguir los derechos y acciones

ajenos, por no haberlos ejercitado el acreedor o titular de ellos durante cierto lapso, concurriendo los demás requisitos legales.

En esta definición el Código fue muy preciso al decir que la prescripción extintiva pone fin al derecho y su acción, y no a la obligación. Incurrió en este último error en el Art. 1567, N° 10, en que enumeró la prescripción entre los modos que extinguen “las obligaciones”, y en el Art. 2520, que habla también de “la prescripción que extingue las obligaciones”.

La prescripción no extingue la obligación, usando este término así en general; extingue la obligación civil, o sea, la acción para exigir el cumplimiento, pero la obligación la deja subsistente como natural, según lo vimos oportunamente (N° 357).¹⁵⁹⁴

La prescripción no extingue la obligación, sino la acción para exigir el cumplimiento.

Los otros elementos que configuran la prescripción liberatoria son el transcurso del tiempo y la inactividad de las partes durante este transcurso, sobre lo cual volveremos al tratar los requisitos de la institución.

1309. Fundamentos de la prescripción extintiva. Duras críticas ha recibido la institución misma de la prescripción, principalmente porque se dice que con ella se puede amparar un despojo y es indudable que en muchos casos servirá a deudores inescrupulosos para eludir el pago de sus deudas.

Pero frente a esta impugnación, se esgrimen argumentos aún más poderosos que obligan a todas las legislaciones a consagrar en parecidos términos la institución en estudio; de ellos señalaremos dos como los más importantes.¹⁵⁹⁵

¹⁵⁹⁴ RDJ, Ts. 35, sec. 1ª, pág. 348; 75, sec. 1ª, pág. 238, y 83, sec. 1ª, pág. 34.

¹⁵⁹⁵ Un análisis de las distintas argumentaciones a favor de la prescripción en Silvia MUÑOZ LÓPEZ, *Estudio crítico de la jurisprudencia*. Título 42, Párrafo 1º del Libro 4º del Código Civil, M. de P., Santiago, 1957, págs. 2 a 12, y con citas de sentencias fundadas en una u otra teoría, y José NORIEGA PÉREZ, *La prescripción extintiva de largo tiempo*, M. de P., Editorial Universitaria, Santiago, 1956, págs. 11 y siguientes, N°s. 14 y siguientes. Se señala una doble importancia a esta discusión: determinar si la prescripción es sanción o si es de orden público, lo que lleva a una interpretación restrictiva.

Para la prescripción extintiva, véase UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, “Cuaderno extensión jurídica, Prescripción extintiva, estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado”, año 2011.

En primer lugar, militan a favor de la prescripción razones de conveniencia, pues como ya advertimos, ella trae la estabilidad para las relaciones jurídicas; si no mediara la prescripción liberatoria, sería menester guardar o establecer las constancias de extinción de toda obligación por los siglos de los siglos, ya que en cualquier tiempo los herederos del deudor, y los herederos de los herederos, podrían verse expuestos a un cobro de la deuda, sin poder justificar la cancelación de ella que alegan, y

En seguida, porque es presumible que pasado un tiempo prudencial, si el acreedor no exige el cobro, es porque ha sido pagado, o la obligación en todo caso se ha extinguido por alguno de los medios que la ley establece. Y si así no ha sido, pues el acreedor ha sido muy negligente en la protección de sus derechos y no puede el legislador preocuparse más que él mismo; frente a las consideraciones de orden social y económico, sacrifica el posible aspecto ético, dejando eso sí la salvedad para el acreedor de que si el deudor por un acto de conciencia suyo cumple la obligación prescrita, aquél queda facultado para retener lo pagado.

La prescripción tiene que estar establecida por la ley. Ninguna resolución de rango inferior puede hacerlo, y por ello se ha fallado que un decreto supremo no puede fijar plazos de prescripción diferentes a los que establece la ley.¹⁵⁹⁶

1310. Prescripción extintiva y adquisitiva. Para mejor caracterizar la prescripción extintiva o liberatoria conviene diferenciarla de la otra prescripción: la adquisitiva o usucapión.

En doctrina se discute si la prescripción es una sola, o son instituciones totalmente diferentes. Sin ánimo de terciar en tal debate,¹⁵⁹⁷ veremos qué tienen en común y qué separa a ambas prescripciones:

1º. *Relaciones entre la prescripción extintiva y adquisitiva.*

Podemos señalar las siguientes principales:

¹⁵⁹⁶ FM. N° 357, sent. 10, pág. 498.

¹⁵⁹⁷ Sobre el punto véase Antonio VODANOVIC, ob. cit., T. 2º, *De los Bienes*, Santiago, Nascimento, 1957, N° 730, pág. 514, quien cita en el mismo tema a Héctor MÉNDEZ, *Reglas comunes a toda prescripción*, Concepción, 1944.

A) El fundamento de ambas es muy semejante: tienden a la estabilización de los derechos y relaciones jurídicas, y en las dos hay una inactividad de la persona contra quien se prescribe;

B) Un elemento principal es también común para ambas prescripciones: el transcurso del tiempo;

C) Hay instituciones y reglas que son comunes para la prescripción, sea extintiva o adquisitiva; la interrupción y suspensión, la necesidad de alegarla, la prohibición de renuncia, etc., y

D) Por último, como se verá, la prescripción adquisitiva es al mismo tiempo extintiva de la acción que correspondería entablar a la persona en cuya contra se ha prescrito (Nº 1336).

2º. *Diferencias entre ambas prescripciones.*

Difieren fundamentalmente:

A) Principalmente, en su objetivo, en su finalidad: la usucapión es un modo de adquirir el dominio y demás derechos reales, mientras la prescripción extintiva, como su nombre lo dice, es un modo de liberar al deudor de su obligación;

B) Como lo señala el Art. 2514: “la prescripción que extingue los derechos y acciones ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido esas acciones”.

En cambio, para que haya prescripción adquisitiva no basta el mero transcurso del tiempo y el no ejercicio del derecho; es menester que otra persona adquiriera éste por haberlo poseído durante cierto tiempo, y con la concurrencia de los otros requisitos que señala la ley. Justamente como señala Pedro Lira Urquieta,¹⁵⁹⁸ la palabra “solamente” que utiliza el artículo transcrito tiene por objeto indicar que en la prescripción extintiva nada tienen que ver la posesión, el justo título, la buena fe y demás elementos que tienen importancia en la usucapión.

¹⁵⁹⁸ *Prescripción de corto tiempo.*

Como ha dictaminado una sentencia, desde el punto de vista del prescribiente, la adquisitiva es activa, aquél actúa, mientras que en la liberatoria su actitud es pasiva.¹⁵⁹⁹

C) Finalmente, la prescripción adquisitiva sólo tiene lugar en los derechos reales, mientras la extintiva lo hace en éstos y en los personales.

1311. Prescripción, caducidad y preclusión.¹⁶⁰⁰ Existen tres instituciones en el derecho que tienen alguna proximidad en cuanto a sus efectos y relacionadas con plazos: prescripción, caducidad y preclusión. Esta última es más propia del derecho procesal.

Comencemos por caracterizar la caducidad de derechos y acciones, que, especialmente cuando ambas se refieren al ejercicio de acciones judiciales, mucho se asemeja a la prescripción extintiva, siendo, en ocasiones, incluso, difícil la distinción.

La teoría de la caducidad es de desarrollo más bien reciente, aunque ya Troplong la mencionaba, y se presenta en los casos que la ley establece un plazo para ejercitar un derecho o ejecutar un acto, de manera que si vencido el plazo no se ha ejercitado el derecho o ejecutado el acto, ya no puede hacerse posteriormente;¹⁶⁰¹ es una institución muy relacionada con el plazo fatal,¹⁶⁰² ya que precisamente éste se caracteriza porque a su vencimiento ya no puede válidamente ejecutarse el acto (Art. 49 del C.C.: N° 459).

Nuestro legislador no reglamenta la caducidad, como lo hace, por ejemplo, el Código italiano, bajo el nombre de decadencia, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales¹⁶⁰³ reconocen ampliamente su aplicación cada vez

¹⁵⁹⁹ RDJ, T. 18, sec. 1ª, pág. 304.

¹⁶⁰⁰ Véase Arturo PRADO PUGA, "Algunos aspectos sobre la caducidad y su distinción con figuras afines", en G.J. N° 274, pág. 7.

¹⁶⁰¹ Si bien la caducidad siempre se ha considerado con relación a la ley, no hay inconveniente para que sea establecida convencionalmente; en tal sentido la resolución *ipso facto* sería una verdadera caducidad convencional. El Código italiano reglamenta la decadencia —nombre que da a la caducidad— contractual, en términos muy semejantes a la condición resolutoria. Véase NOGUERA, ob. cit., págs. 39 y siguientes.

¹⁶⁰² RDJ, T. 61, sec. 1ª, pág. 418; la caducidad deriva del Art. 49 del C.C.

¹⁶⁰³ Por vía de ejemplo, además de los fallos ya citados: G.T. de 1916, T. 1º, pág. 100, N° 34, a propósito de la caducidad de pertenencias salitreras según la ley de 7 de febrero de 1906; RDJ,

que se da la circunstancia señalada; ejercicio de un derecho, ejecución de un acto, entablamiento de una acción dentro de un término prefijado, pasado el cual ya no es posible intentar ni realizarlos.

En las leyes civiles no es frecuente la caducidad, aunque se presenta en el Derecho de Familia, en que por razones de paz familiar el legislador sujeta a ella algunas acciones como la de impugnación de la legitimidad del hijo; en leyes especiales, en cambio, es frecuente encontrar plazos de caducidad. El legislador recurre a ella cada vez que desea que determina das situaciones jurídicas se consoliden definitivamente en los términos, generalmente breves, que establece.¹⁶⁰⁴

También se presenta en materias administrativas, según se ha fallado, pero la sentencia aclaró que, por cierto, no es exclusiva del Derecho Administrativo.¹⁶⁰⁵

Ahora bien, las diferencias más marcadas que pueden señalarse entre caducidad y prescripción extintiva son las siguientes:

1º. En la caducidad prima antes que nada el interés señalado del legislador de estabilizar rápidamente una situación jurídica; es su único fundamento, mientras en la prescripción extintiva hemos señalado la militancia de varios intereses confluyentes;

2º. Por la misma razón la caducidad puede y debe ser declarada de oficio; así, si se impugna la paternidad fuera de plazo, el juez debe rechazar la deman-

T. 50, sec. 1ª, pág. 498 respecto a la ley de expropiación de 18 de junio de 1857, T. 65, sec. 3ª, pág. 215, etc.

En fallo de 29 de octubre de 2002 se hace una comparación entre caducidad y nulidad, y en la *G.J.* Nº 288, pág. 85, entre caducidad y prescripción.

¹⁶⁰⁴ Véase nota anterior. Incluso se ha declarado su procedencia en el Derecho del Trabajo: *RDJ*, T. 63, sec. 1ª, pág. 97, respecto al Art. 13 de la Ley Nº 13.211 en materia de accidentes del trabajo.

En fallo publicado en *FM*. Nº 470, sent. 5ª, pág. 2619, se ha resuelto que el plazo de dos años que establece el Art. 30 del D.F.L. Nº 94, del año 1960, para solicitar revisión o rectificaciones de liquidaciones previsionales es de caducidad y no de prescripción.

Es plazo de prescripción, y no de caducidad el del Art. 480 del C. del T., *G.J.* Nº 255, pág. 193.

¹⁶⁰⁵ *RDJ*, T. 77, sec. 2ª, pág. 45.

da, mientras que, según veremos, la prescripción extintiva debe ser alegada, y puede renunciarse una vez cumplido su plazo;

3º. La prescripción extintiva supone generalmente la existencia de un vínculo jurídico entre las partes, no así la caducidad, y

4º. La prescripción por regla general admite suspensión e interrupción, mientras la caducidad no tolera ni una ni otra.¹⁶⁰⁶

Se ha fallado que la prescripción extintiva es la regla general y que en caso de duda se aplica ésta y no la caducidad.¹⁶⁰⁷

Por preclusión se entiende, en general, la existencia de algún impedimento o prohibición para alguna actuación. Pero el uso del término pertenece más bien al Derecho Procesal, el cual lo define como: "situación por la cual, con miras a mantener el orden y secuencia del proceso, las partes pierden la oportunidad de realizar determinados actos procesales, sea porque ya los ejecutaron, sea porque no los llevaron a cabo en la oportunidad que la ley establece, sea porque realizaron un acto incompatible con éstos. La preclusión, que es un efecto del impulso procesal, vela porque el proceso se desarrolle en distintas fases, impidiendo que retroceda en su desarrollo, al extinguirse las expectativas y facultades de que la parte disponía".¹⁶⁰⁸

Por ejemplo, de acuerdo al Art. 80 del C.P.C. la nulidad de todo lo obrado por no haber sido notificado legalmente en el juicio debe alegarla el litigante rebelde dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento personal del juicio. Pasado este plazo, el juez debe rechazar el incidente y se dice que su derecho precluyó, esto es, se extinguió por haber pasado la oportunidad procesal para ejercerlo, con lo cual se parece a la caducidad. Pero su objetivo fundamental es mantener la ritualidad del proceso, siendo, en consecuencia, una institución propia del Derecho Procesal.

¹⁶⁰⁶ *RDJ*, Ts. 40, sec. 1ª, pág. 498, y 50, sec. 1ª, pág. 498; *G.J.* de 1947, T. 1º, pág. 152.

¹⁶⁰⁷ *RDJ*, T. 80, sec. 1ª, pág. 34.

¹⁶⁰⁸ *Diccionario Jurídico*, de Rodrigo QUIJADA S., Editorial Jurídica ConoSur, 1994. Véase sobre preclusión, *RDJ*, T. 75, sec. 1ª, pág. 128.

Párrafo 2º
Reglas comunes a toda prescripción

1312. Enunciación. Como dejamos señalado, el párrafo 1º del Título XLII, tras definir la institución, contempla tres reglas que son comunes a toda prescripción, adquisitiva o extintiva. Son ellas, dicho a modo de enunciación:

- 1º. La prescripción debe ser alegada;
- 2º. Sólo puede ser renunciada una vez cumplida, y
- 3º. Corre por igual a favor y en contra de toda clase de personas.

Las examinaremos en los números siguientes.

1313. I. La prescripción debe ser alegada. Lo dispone así el Art. 2493: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”.

La disposición aplica la regla general en materia civil, en que el pleito avanza de acuerdo al movimiento que le den las partes, actuando rara vez el juez de oficio; hay una razón especial para destacar la regla en la prescripción, pues así se otorga una nueva oportunidad al prescribiente que puede asilarse en ella para no hacerlo absteniéndose de alegarla.

En materia penal la situación es diametralmente inversa, pues la prescripción debe ser declarada de oficio por el tribunal, aunque el reo no la alegue (Art. 102 del C.P.),¹⁶⁰⁹ que se justifica por la naturaleza propia del procedimiento penal.

Aun en lo civil se suelen señalar algunas excepciones, de las cuales la más característica, según veremos, es la prescripción de la acción ejecutiva (Nº 1334),¹⁶¹⁰ pero todos estos casos de excepción parecen ser más bien de caducidad y no de prescripción. Ya decíamos que era difícil en ciertas ocasiones

¹⁶⁰⁹ Véase *RDJ*, T. 62, sec. 4ª, pág. 498.

¹⁶¹⁰ En fallo de la C.S. de 28 de noviembre de 2006, se declaró que no se puede preparar la vía ejecutiva citando a confesar deuda a un deudor que alega la prescripción. L. & S. Nº 31, pág. 49.

distinguir la una de la otra, pero el elemento de abstención del juez resulta muy característico en la prescripción.

1314. Formas de alegar la prescripción. No existen términos sacramentales para oponer la prescripción,¹⁶¹¹ pero sí al alegarla debe señalarse la forma en que ella ha operado.¹⁶¹²

La prescripción extintiva, nadie lo discute, puede oponerse como excepción; demandado el cumplimiento por el acreedor, el deudor se defenderá alegando la prescripción, y si esta excepción perentoria es acogida, quedará exonerado del cumplimiento.

Como excepción, la prescripción tiene la particularidad de que puede oponerse en cualquier estado del juicio, antes de la citación para sentencia en primera instancia y la vista de la causa en segunda (Art. 310 C. P. C.). Sin embargo, en el juicio ejecutivo debe deducirse en el escrito de excepciones, conjuntamente con las demás que oponga el deudor.¹⁶¹³

En cambio, se discute en doctrina si la prescripción extintiva puede alegarse como acción, ya que hay quienes señalan que no tendría objeto aceptar que el deudor demande la prescripción, provocando el juicio en circunstancias de que el acreedor no lo hace; nuestra jurisprudencia es contradictoria al respecto.¹⁶¹⁴

Por nuestra parte no vemos qué inconveniente existe para que el deudor solicite que se le declare liberado de su obligación. La ley se ha limitado a exigir que alegue la prescripción, pero no le restringe la forma de hacerlo. Naturalmente que como acción a la prescripción no puede intentarse en cualquier estado del juicio.¹⁶¹⁵

¹⁶¹¹ *G.T.* de 1924, T. 1º, Nº 72, pág. 397.

¹⁶¹² *RDJ*, T. 27, sec. 1ª, pág. 549.

¹⁶¹³ *RDJ*, T. 17, sec. 1ª, pág. 462.

¹⁶¹⁴ A favor, *RDJ*, Ts. 33, sec. 1ª, pág. 373, y 45, sec. 2ª, pág. 49. En contra: Ts. 32, sec. 1ª, pág. 138, y 37, sec. 1ª, pág. 348.

Otro fallo publicado en *FM*. Nº 464, sent. 7ª, pág. 1026, señala que no se puede invocar la prescripción si no se comprueba un interés actual y económico para demandarla.

¹⁶¹⁵ *RDJ*, Ts. 16, sec. 1ª, pág. 216, y 42, sec. 1ª, pág. 449.

Igualmente se ha fallado que opuesta la prescripción, el tribunal debe aplicar la que procede en derecho, y no la específicamente invocada por quien la alega.¹⁶¹⁶

1315. II. Renuncia de la prescripción. La prescripción, como cualquier beneficio jurídico, puede ser renunciada: si el legislador se refirió expresamente a la renuncia de la prescripción en el Art. 2494 fue para sujetarla a una doble limitación:

1º. Sólo puede efectuarse una vez cumplida.

Dispone el inc. 1º del Art. 2494: "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida".

La razón de esta prohibición es doble: por un lado, es evidente que los acreedores exigirían la renuncia anticipada habitualmente en los contratos, perdiéndose el objetivo de estabilidad perseguido con la institución, y que le da un cierto carácter de orden público.

En cambio, cumplido el plazo de ella, es un derecho particular del prescribiente,¹⁶¹⁷ y como tal, perfectamente renunciable, habiendo ya desaparecido todo peligro de presión por parte del acreedor.

2º. "No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar" (Art. 2495).

Esta exigencia tiene mayor relieve en la prescripción adquisitiva, donde verdaderamente su renuncia equivale a disponer del derecho ganado por prescripción. No la tiene tanto en las obligaciones, pero rige por igual para toda prescripción.

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 2494, la renuncia puede ser expresa o tácita; lo primero, si el deudor declara formalmente que renuncia la prescripción ya ganada. Y tácita, en los casos señalados en el inc. 2º del precepto: "cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales

¹⁶¹⁶ G.J. N° 256, pág. 78.

¹⁶¹⁷ RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 289.

de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo".¹⁶¹⁸

Aplicando esta disposición, se ha resuelto que renuncia tácitamente la prescripción el deudor que, en vez de oponerla, objeta el monto de lo cobrado¹⁶¹⁹ o alega que la deuda está pagada,¹⁶²⁰ o abonos a la deuda, de manera que se debe menos de lo demandado.¹⁶²¹

Según veremos más adelante, la renuncia se asemeja a la interrupción natural de la descripción, ya que ella también implica un reconocimiento expreso o tácito de la obligación (Nº 1343), pero la diferencia es que la interrupción opera mientras la prescripción está transcurriendo, y la renuncia sólo una vez que se ha cumplido.

Se ha fallado que no son instituciones iguales la renuncia a la prescripción que la transacción.¹⁶²² Sin embargo, como la transacción es un acto complejo, es posible que ella lleve envuelta una renuncia a la prescripción.

Finalmente, digamos que la renuncia es de efectos relativos, ya que lo normal es que los actos jurídicos lo sean; el Código se preocupó expresamente del caso del fiador en el Art. 2496: "El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor". Pero el mismo principio debe aplicarse, verbigracia, al tercer poseedor de la finca hipotecada, el cual, si es perseguido por la obligación que grava el predio, puede oponer la prescripción, aunque la haya renunciado el deudor personal.¹⁶²³

1316. III. La prescripción y la situación personal de las partes. Antiguamente las legislaciones hacían distinciones en materia de prescripción, según la calidad o situación particular de algunas personas.

¹⁶¹⁸ Véase en L.S. Nº 4, pág. 9, un caso de renuncia tácita a la prescripción.

¹⁶¹⁹ G.T. de 1855, Nº 695, pág. 404.

¹⁶²⁰ G.T. de 1865, Nº 1.339, pág. 558. Otro caso en que no se aceptó para el Fisco: L.S. Nº 15, pág. 164.

¹⁶²¹ L.S. Nº 3, pág. 55 (C.A. de Santiago, 12 de octubre de 2005).

¹⁶²² RDJ, T. 77, sec. 2ª, pág. 28.

¹⁶²³ RDJ, T. 41, sec. 1ª, pág. 368.

El C.C. las desterró en el Art. 2497: "las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo". Más corto: la prescripción corre por igual a favor y en contra de toda clase de personas.

Sin embargo, el Código conservó dos instituciones basadas en la calidad personal de la persona en contra de quien se prescribe: una, la suspensión en favor de los incapaces (Nº 1350), y otra, un plazo más largo a favor de los ausentes en la prescripción adquisitiva ordinaria (Art. 2508), habiendo sido esta última suprimida por la Ley Nº 16.952, de 1º de octubre de 1968 (Nº 1326).

Párrafo 3º

La prescripción de la nulidad de derecho público

1317. Planteamiento del problema.¹⁶²⁴ Al publicarse la primera edición de esta obra no se discutía la aplicación del Art. 2497 en materias de derecho público. Y, por ello la Corte Suprema había declarado que la prescripción se aplica tanto en derecho privado como público.¹⁶²⁵

Estimábamos un poco amplia la declaración, porque normalmente en esta última rama del derecho se aplicaba más la caducidad y mayormente la prescripción en las actuaciones de la autoridad con los particulares, especialmente de orden patrimonial.¹⁶²⁶ Me refería especialmente a la prescripción para el cobro de los impuestos y contribuciones, como lo veremos al hablar de las prescripciones de corto tiempo (Nº 1355).

Sin embargo, y como lo hemos citado, especialmente a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, y del retorno a la democracia, con una secuela de juicios de recuperación de bienes incautados a distintas personas naturales y

¹⁶²⁴ Esta situación fue introducida en la Quinta Edición de la obra en dos partes de ella: A.- En el Nº 1227 bis como un texto del Párrafo 2º de la sección respectiva, y B.- en un Apéndice Nº 3 bajo el título "Prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público. Breve análisis de ésta", págs. 1251 a 1261. El tema ha perdido en grado de discusión, pero subsiste.

¹⁶²⁵ RDJ, T. 40, sec. 1ª, pág. 88.

¹⁶²⁶ NOGUERA, ob. cit. Nº 89, pág. 38.

jurídicas, y una evidente profundización de los tratadistas de derecho público, se ha ido desarrollando una teoría de la nulidad de derecho público, a la que algunos autores atribuyen caracteres de proceder de oficio, operar de pleno derecho y ser imprescriptible.¹⁶²⁷

No corresponde, por cierto, desarrollar en extenso esta materia en una obra de derecho privado, pero tampoco podemos omitirla, por la trascendencia, según hemos dicho, que tiene en instituciones como la responsabilidad por hechos ilícitos del Estado, y sus agentes, o en la prescripción misma.

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han dividido, y en esta última se ha ido imponiendo una tesis que considera que la nulidad misma es imprescriptible, pero se ha defendido a los terceros que hayan adquirido los bienes afectados por dicha nulidad de buena fe. También los tribunales se han dividido en materia de prescripción de las acciones de responsabilidad del Estado.

Mi opinión, en todo caso, es que, a menos que expresamente se haya establecido lo contrario, en todo lo no legislado rigen las normas del C.C., y en consecuencia, en cuanto a la prescripción, no se puede aplicar de oficio, ni la nulidad de derecho público opera de pleno derecho, y no se ha derogado el Art. 2497, que rige las acciones del o contra el Estado y sus organismos.

Una parte de la doctrina sostiene que ella establece una nulidad de los actos de las autoridades distinta a la nulidad contemplada en el C.C., y que, a falta de normas, se rige por los principios de derecho público que cada uno de los autores sostiene que son los que gobiernan la institución.

Nuestra jurisprudencia, en la necesidad de fundamentar la reparación de confiscaciones efectuadas tanto durante el período inicial de vigencia de la Carta Fundamental que nos rige o como en el inmediatamente anterior, han solido acoger algunas de estas pretensiones.

1318. La nulidad de derecho público en teoría. En primer término corresponde dejar establecido que en el ordenamiento positivo nacional, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado (caso de España, Alemania, Italia y Francia), no se regula la nulidad de derecho público.

¹⁶²⁷ Véase la nota 1568 en este libro, y los autores que allí se citan, y los N.ºs. 1317 y sigtes.

Sobre el punto, en doctrina existen posiciones muy diversas e, incluso, antagónicas o contrapuestas.

Cierta teoría de la nulidad de derecho público pretende tres principales diferencias con la nulidad en general del derecho, a saber:

1. Que operaría de pleno derecho;
2. Que sería imprescriptible, y
3. Que el juez la podría declarar, incluso, de oficio.

Pero hay otra diferencia en que sí existe consenso entre todos los tratadistas de derecho administrativo, y es que en principio se debe procurar en derecho público la no anulación del acto, especialmente cuando hay derechos de terceros comprometidos, discutiéndose por algunos la posibilidad de la autoridad de sanearlo rectificando el acto nulo.

Otro punto en que se ha producido también un apartamiento de las normas comunes es en materia de responsabilidad del Estado, diferenciándola de la de otras personas, y también basándose en normas constitucionales, y de la Ley de Bases de la Administración Pública y otras, y en que también se pretende una presunta imprescriptibilidad.

Dice al respecto el profesor de Derecho Administrativo, don Jorge Reyes Riveros en "La Nulidad de Derecho Público", Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1998, que se refiere en una larga cita, que me permito reproducir íntegramente porque efectúa un excelente planteamiento de la discrepancia:

"a1. La nulidad de pleno derecho se reduce a los casos de concurrencia de vicios groseros que determina la ley, así por ejemplo, actos provenientes de órganos manifiestamente incompetentes;

"a2. También opera en los casos en que se prescinde, total y absolutamente, del procedimiento legal, o de las normas esenciales para la formación del consentimiento.

"a3. En lo concerniente a la anulabilidad administrativa, que constituye la regla general frente a los vicios del acto, esto es, para todas aquellas causales que no dan lugar a nulidad de pleno derecho o no consistan en irregularidades

no invalidantes', puede operar tanto la conversión como la convalidación del acto viciado y, aún, la incomunicabilidad de la parte viciada a otras sanas del mismo acto y su acción es prescindible.

"a4. Hay ciertos vicios (irregularidades no invalidantes) que no dan lugar a la anulabilidad por tratarse de defectos de menor entidad, como serían irregularidades de forma que no priven al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin ni originen indefensión de los interesados. En este caso, se expresa, habrá un acto irregular pero válido.

"a5. Asimismo, nos encontraríamos frente a una irregularidad no invalidante en determinadas situaciones, tales como en las actuaciones realizadas fuera de plazo, en que se persigue la responsabilidad de los infractores pero no la validez de la actuación".

A continuación este autor describe como se ha desarrollado en la doctrina nacional esta división de los autores:

La remonta al profesor de Derecho Constitucional, Mario Bernaschina G.¹⁶²⁸ y posteriormente a un desarrollo de otro gran profesor y tratadista del Derecho Público, Enrique Silva Cimma,¹⁶²⁹ coincidiendo con él también profesor del ramo y ex Presidente de la República, Patricio Aylwin Azócar, discrepando en la existencia de una nulidad de derecho público *ipso jure*.

En cambio, otro profesor, Eduardo Soto Kloss, sostiene lo contrario.¹⁶³⁰ A los tres mencionados los conocí personalmente como profesores, y el primero, Bernaschina, falleció muy joven. También se menciona como disidentes de esa doctrina a los profesores Arturo Aylwin Azócar, ex Contralor General de la República, al profesor y hoy Ministro de la C.S., Pedro Pierre Arrau, también disintiendo de la teoría de la nulidad de pleno derecho en Derecho Administrativo, defiende la teoría de una nulidad de derecho público imprescriptible y que puede y debe aclararse de oficio cuando ella se produce.

¹⁶²⁸ *Bases Jurisprudenciales para una Teoría de las Nulidades Administrativas*. Boletín de Contraloría.

¹⁶²⁹ *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

¹⁶³⁰ *Derecho Administrativo Bases Fundamentales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

Hasta aquí esta cita.

La conclusión evidente es que la nulidad de derecho público de pleno derecho es plenamente aceptada cuando se establece expresamente, y en caso contrario, no procede y debe ser declarada judicialmente y ello además cuando la gravedad de la infracción lo permita.

Es la doctrina de la Contraloría General de la República en sus dictámenes, y de la casi unanimidad de los tratadistas.

La Ley N° 19.880, de 29 de mayo de 2003, que “Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado”, y por ello tiene un capítulo destinado a impedir que los actos de la administración queden sujetos a la eventualidad de ser dejados sin efecto, permitiendo su invalidación por la propia autoridad administrativa, lo que es impugnabile ante los tribunales de justicia, limitando el derecho del interesado a reclamar al mismo tiempo ante la administración y los tribunales, supervigilando la corrección de los procedimientos administrativos, etc.

1319. Prescripción de la nulidad de derecho público y de la responsabilidad del Estado. La verdad es que estamos en desacuerdo con la teoría en que, a falta de disposición legal, cree que es posible establecer doctrinariamente las reglas que rigen la nulidad absoluta y de la responsabilidad del Estado en materia de derecho público en forma totalmente separada de dicha legislación común.

La verdad es que la tesis que pretende con fundamentos doctrinarios la nulidad de derecho público de pleno derecho, aplicable de oficio e imprescriptible e insanable, confunde dos sanciones que jurídicamente son totalmente diferentes, a saber: la inexistencia jurídica y la nulidad.

Lo que a nosotros nos interesa obviamente es el tema de la prescripción, pero creemos que además toda la pretensión de una nulidad de derecho público al arbitrio de los jueces y de las personas, es atentatoria contra nuestro sistema jurídico. Resulta obvio que el Constituyente de 1980, al establecer en forma más amplia la nulidad en materia administrativa y la responsabilidad del Estado, eliminando la disposición programática de 1925 para el establecimiento de los tribunales administrativos, y otras barreras para la intervención judicial en materia administrativa, no habría silenciado un punto tan capital,

si no estuviera convencido de la aplicación de la ley común, en todo lo no exceptuado expresamente.

Nada hay en las actas de la discusión en una Constitución que hizo un largo debate sobre lo que había ocurrido en el período 1970 y 1973 reforzando la legalidad y responsabilidad del funcionario, y en general, el principio de la legalidad, que diga algo que importaría una innovación de tal magnitud como es la de establecer una nulidad de pleno derecho, imprescriptible, y de oficio, y una responsabilidad del Estado también imprescriptible.

Lo lógico habría sido que algo a lo menos se hubiera dicho en la Ley de Bases de la Administración Pública, o en otro instrumento legal. Por último, llama la atención que estando ya la tesis planteada, el legislador no se ha hecho cargo del tema en la Ley de Procedimientos Administrativos.

El hecho de que no haya una sola mención de tipo general al respecto, necesariamente lleva a la conclusión de que esta teoría que impugnamos es errada.

Pero como lo que nos interesa es exclusivamente el tema de la prescripción, es efectivo como lo veremos al examinar la jurisprudencia que ha habido fallos en ese sentido, y dudas en nuestros tribunales, y en algunas circunstancias se aceptaba que el vicio de nulidad en el caso del funcionario que actúa sin tener competencia para ello, es jurídicamente insanable, por lo cual no habría lugar a la prescripción ni a un posible saneamiento del acto.

La verdad es que siempre que la ley sanciona un acto con la nulidad, la situación es exactamente la misma, y ello demuestra hasta qué punto quienes hablan de nulidad de derecho público, están en verdad planteando una inexistencia, con todas las consecuencias que de ello derivan.

En ninguna parte se ha señalado que la nulidad en el derecho público y la responsabilidad el Estado sean imprescriptibles y, en cambio, en el C.C. existen numerosas disposiciones en sentido contrario que son de aplicación general, porque se dictaron cuando no había reglamentación de derecho público, y que no están derogadas.

Desde luego, todo el Título Preliminar del C.C. está referido a la ley y es un tema de derecho público, y no de derecho privado, sin perjuicio que, por

cierto, produce efectos civiles. Todo el Párrafo IV de dicho Título Preliminar sobre Interpretación de la Ley es de aplicación común, y no se ha sostenido que en el derecho público no se aplica.

Pues bien, de ahí fluye que contra texto expreso de ley no caben interpretaciones doctrinarias, que no son sino eso, opiniones muy respetables, pero que obviamente no son suficientes para derogar una ley.

Pues bien, en el mismo Código existe una norma expresa, y por la misma razón de ausencia de legislación respecto del Estado, el artículo 2497 dispone:

“Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”.

Mientras este precepto no sea derogado, la teoría de hacer imprescriptible la nulidad de derecho público y la responsabilidad del Estado es absolutamente inconstitucional e ilegal porque puede ser doctrinariamente muy respetable, pero en nuestro sistema jurídico legalista, no puede derogarse una disposición legal de esta entidad por razones ideológicas o doctrinarias.

Por su parte, el artículo 2521 inciso 1º del C.C. confirmando esta aplicación de sus normas al Estado, dispone:

“Prescriben en tres años las acciones a favor o en contra del Fisco y de las Municipalidades provenientes de toda clase de impuestos”.

Este precepto hoy no se aplica al Fisco en materia de impuestos porque el Código Tributario establece otro plazo de prescripción, y en consecuencia, operó una derogación tácita parcial, pero es confirmatorio de lo que venimos sosteniendo: que si las acciones del o contra el Estado en materia de prescripción están legisladas y no hay ninguna derogación de ellas, ni siquiera tácita, al no decir nada ni la Constitución Política, ni la Ley de Bases, ni ninguna otra, la argumentación doctrinaria es absolutamente incapaz en nuestro sistema jurídico legalista para que no se aplique una institución como la prescripción.

Porque el argumento de la autoridad es sumamente frágil, dado que siempre que el legislador establece la máxima sanción civil que es la nulidad, lo hace

por motivos de que el acto está fuera absolutamente de derecho, y de ahí la teoría de la inexistencia.

Así, por ejemplo, si se otorga una compraventa de bien raíz por escritura privada, o un matrimonio civil por otro funcionario que no sea un Oficial del Registro Civil, la situación es exactamente la misma, porque nadie, por ejemplo, el Conservador de Bienes Raíces, va a aceptar esa escritura privada de esa compraventa. Ni nadie va a aceptar ese matrimonio, razón por la cual algunos sostienen que hay casos de inexistencia en todas las legislaciones.

Igual sucede en el derecho privado cuando actúa quien no tiene facultad para representar a una determinada persona jurídica, lo que puede estar ocurriendo, incluso, en actuaciones de ella de orden público, pero no por eso el acto pasa a ser imprescriptible.

De allí que el legislador haya otorgado el máximo plazo legal para la nulidad absoluta.

Finalmente, los absurdos a que conduce la tesis señalada, hacen imposible la vida jurídica, y por eso justamente se estableció en el derecho la prescripción.

Los ejemplos pueden multiplicarse hasta el infinito, y así, ya no bastaría con hacer estudios de títulos de 10 años, sino que volveríamos a la llamada "prueba diabólica" porque bastaría que para atrás hubiera alguna intervención de la autoridad, por ejemplo, que el bien fue tierra fiscal y fue enajenado por el Estado en un acto con un vicio de nulidad para que, aunque hubiera pasado cualquier número de años, se impugnara el último dominio.

Por eso, como veremos al examinar las sentencias de nuestros tribunales, fallos de la C.S. determinaron que los efectos de la nulidad de derecho público sí que prescriben, y, en consecuencia, el acto señalado no sería impugnabile porque habría una prescripción adquisitiva perfectamente lícita, y operante.

No debe olvidarse además que sobre los derechos personales como los que emanan, por ejemplo, de una concesión, existe un dominio, hoy amparado plena y expresamente por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República ya citado, y en consecuencia, este derecho incorporal estaría

adquirido por prescripción adquisitiva, y por ende, a pesar de la nulidad de derecho público no podría ser privado de él quien lo detenta, sino en virtud de una expropiación.

Nos parece evidente, por ende, que aunque se pudieran aceptar los otros planteamientos de algún tratadista de derecho público respecto de la nulidad de derecho público, la imprescriptibilidad no admite discusión porque es ajena a nuestro derecho, y que las sentencias que así lo han declarado están equivocadas, y tendrán que ser rectificadas a muy corto plazo. Es además la opinión de la mayoría de los tratadistas de derecho público en nuestro país, como ya lo dijimos al comienzo.

Igualmente, como vimos (Nº 343) en materia de responsabilidad del Estado tampoco puede aceptarse su imprescriptibilidad, pues cuanto se ha dicho respecto a prescripción para los efectos de la nulidad de derecho público, rige también en la responsabilidad.

Ahora, si se llegara a la conclusión de que la responsabilidad por falta de servicio público no está sujeta a las reglas de la responsabilidad extracontractual del C.C. (lo que me parece discutible) en todo caso, quedaría afecta a las reglas generales en materia de responsabilidad que, en mi opinión, son las del Título XII del Libro IV del C.C., y en que el plazo de prescripción también corresponde a la regla general, y al Art. 2515 del C.C., esto es, de cinco años.

1320. La jurisprudencia. Ha sido bastante contradictoria, muy influenciada en esta materia por el ya citado tema de las confiscaciones y de las indemnizaciones de perjuicios.

A. Hay fallos que llegan a aceptar toda la teoría de una nulidad de derecho público independiente de la civil, y sin reglamentación, declarando que opera de pleno derecho, no se sana en caso alguno y es imprescriptible, y puede ser declarada por la propia administración. Típico en este sentido es una sentencia de la C.A. de Santiago de 31 de enero de 2001.¹⁶³¹ En igual sentido, la misma Corte se pronunció en fallo de 17 de julio de 2003.¹⁶³²

¹⁶³¹ Publicada en la *G.J.* Nº 248, pág. 205.

¹⁶³² Publicado en la *G.J.* Nº 277, pág. 138.

La misma Corte en sentencia de 5 de julio de 1999,¹⁶³³ insiste en que la nulidad de derecho público no se sana ni prescribe, y fundamenta la acción de perjuicios del acto nulo en el Art. 38, inciso 2º de la Constitución Política de la República.

Otros fallos se limitan a declarar la imprescriptibilidad sin las demás declaraciones.¹⁶³⁴

B. Hay sentencias que sólo se preocupan específicamente del tema de la prescripción o de los otros aspectos en discusión, como la posibilidad de actuar de oficio, u operar de pleno derecho.

Así se ha resuelto:

B1. En un fallo¹⁶³⁵ se declara que la acción de nulidad de derecho público sólo corresponde a quien tiene un derecho subjetivo lesionado o vulnerado.

B2. Otra sentencia y dictada por la C.S. el 12 de agosto de 1999,¹⁶³⁶ declaró que por estar comprometido no sólo el interés privado, sino el público, no se aplica la prescripción civil.

B3. En otra sentencia¹⁶³⁷ se analiza el tema de los bienes de los partidos políticos disueltos por el Gobierno Militar, pero que finalmente se saneó por la Ley N° 19.568 de 23 de junio de 1998, que ordenó su restitución o indemnización.

B4. Otro fallo de la C.S. de 3 de mayo de 2004,¹⁶³⁸ aplicó al Fisco la solidaridad de la responsabilidad extracontractual por daño moral;

B5. Otro fallo de la C.A de Valparaíso, 25 de mayo de 2005,¹⁶³⁹ declaró que la nulidad de derecho público no opera de pleno derecho, y su prescripción se rige por los Arts. 1686 y 1691 del C.C.;

¹⁶³³ Publicada en la *G.J.* N° 229, pág. 72.

¹⁶³⁴ Fallos publicados en la *G.J.* N° 242, pág. 88, y N° 238, pág. 56, y *L.S.* N° 19, pág. 163: C.A. de Valparaíso, 19 de mayo de 2006.

¹⁶³⁵ Publicado en la *G.J.* N° 231, pág. 80.

¹⁶³⁶ Publicada en la *G.J.* N° 230, pág. 57.

¹⁶³⁷ Publicada en la *G.J.* N° 223, página 97.

¹⁶³⁸ Publicado en la *G.J.* N° 287, pág. 172.

¹⁶³⁹ Publicado en la *G.J.* N° 299, pág. 126.

B6. La C.A. de Concepción en sentencia de 13 de junio de 2006, en un caso de detención errónea por Investigaciones, declaró que a falta de normas especiales, se aplicaban los Arts. 2314 y sigtes. del C.C.¹⁶⁴⁰

B7. Un caso bastante conocido de nulidad de derecho público se dio en relación a la delegación de facultades de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos del Art. 116 del C. Tributario. En tribunales se declaró una nulidad de oficio por ser vulneratoria de la Constitución en que la jurisdicción no es delegable.¹⁶⁴¹ Otro fallo negó la aplicación de la nulidad de derecho público en materia jurisdiccional.¹⁶⁴²

Finalmente, por primera vez en nuestra historia jurídica el Tribunal Constitucional derogó dicho precepto en fallo de mayoría de 26 de marzo de 2007, publicado en el Diario Oficial del 29 del mismo mes y año, de gran interés además para el tema;

C. Hay otros fallos que reconociendo las diferencias, y que la nulidad de derecho público se fundamenta en la Constitución Política de la República, Arts. 6º y 7º, rechazan que opere *ipso jure*, y ante el vacío legal que creen que existe al respecto aplican las normas del C.C.¹⁶⁴³, llegándose en un caso fallado por la C.A. de Santiago de 21 de diciembre de 2005,¹⁶⁴⁴ a sostener que a falta de norma especial, debe aplicarse la regla general de la prescripción extintiva de 5 años.

D. Finalmente, la C.S. ha tomado una posición que acepta la teoría de la nulidad de derecho público no regida por el derecho privado, y con las características señaladas. En otros casos es menos categórica y agrega que aunque fuere así las acciones patrimoniales ejercidas para pedir indemnización de perjuicios u otras medidas establecidas por la ley, y considerando la incertidumbre en tal caso para terceros adquirentes, acepta la prescripción de ellas de acuerdo a las reglas del Derecho Civil.

¹⁶⁴⁰ L.S. N° 20, pág. 129.

¹⁶⁴¹ Fallos, por ejemplo en G.J. N° 293, pág. 274.

¹⁶⁴² Publicado en la G.J. N° 253, pág. 74.

¹⁶⁴³ C.A. de Santiago de 7 de enero de 2003: G.J. N° 271, pág. 70.

¹⁶⁴⁴ L.S. N° 8, pág. 72.

El fallo más importante en tal sentido es del 21 de enero de 2004,¹⁶⁴⁵ cuya “doctrina” sintetiza así esta declaración:

“La demandante, que pide la declaración de nulidad de derecho público de los actos administrativos impugnados en el libelo, acciona simultáneamente para solicitar se dejen sin efecto ciertas medidas que afectan su patrimonio y que le indemnicen los perjuicios que se le han inferido por esos actos, y en este aspecto su requerimiento tiene, indudablemente, un contenido patrimonial, ya que se refiere a beneficios materiales o monetarios que pretende obtener en virtud de la declaración de nulidad, siendo ésta el antecedente invocado para su acción indemnizatoria;

“Se sostiene por parte de la doctrina que, por referirse la nulidad de derecho público a los actos de los órganos públicos que sobrepasan sus potestades legales, contradiciendo el principio de juridicidad básico en un Estado de Derecho, está consagrada constitucionalmente y, al ser declarada, debe entenderse que aquellos actos han sido nulos desde su nacimiento y lo son y serán para siempre, la acción para requerirla será por eso imprescriptible e inextinguible, así hubiera transcurrido, desde que en el hecho los actos se hubieran producido, el tiempo que fuere;

“Puede admitirse que la nulidad de derecho público y la acción para que se declare tengan las características y efectos ya mencionados; pero no cabe decir lo mismo de las acciones de carácter patrimonial como las que se han ejercido en autos, que si han de quedar incluidas en la prescripción aplicable a favor y en contra del Estado, no sólo porque así lo dispone —como se recordará— directamente la ley, sino porque lo contrario significarla introducir la incertidumbre sobre el patrimonio y derechos de las personas como las que, por ejemplo, habiendo adquirido un bien después de una larga lista de titulares, que le hubieran precedido en el tiempo por transferencias o transmisiones, quedarán privadas de su dominio por descubrirse que hubo nulidad de derecho público en el primer adquirente, no obstante haber ocurrido todo ello bajo un ordenamiento, aparente y presumiblemente legal, y no sólo durante veintiún años —cual es el caso— sino por un tiempo sin límite, en una realidad que el derecho no puede menos que reconocer, a pesar de la “nada jurídica” que se atribuye a la nulidad (Considerandos 10 a 12 sentencia de casación)”.

¹⁶⁴⁵ Publicada en la *G.J.* N° 284, pág. 47.

Esta doctrina ya la había establecido la C.S. en el año 2000, en fallos de 7 y 27 de noviembre,¹⁶⁴⁶ y es la tesis que muchas veces ha llevado a rechazar las demandas indemnizatorias en contra del Estado,¹⁶⁴⁷ en que la C.S. el 4 de julio de 2005, declaró que la nulidad de derecho público no puede afectar derechos adquiridos por terceros de buena fe.¹⁶⁴⁸ También se había fallado en el sentido que la nulidad de derecho público es imprescriptible, pero sí lo son las acciones civiles como exigir la devolución de un vehículo, y la indemnización de perjuicios.

La sustenta también Enrique Barros Bourie autor de “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, ya mencionado, quien redactó uno de los fallos citados.

En todo caso, la C.S. en sentencia de 4 de julio de 2005,¹⁶⁴⁹ declaró que la nulidad de derecho público no procede contra una sentencia judicial, sino que es materia de otro juicio. No merece ninguna duda que en tal caso los únicos que proceden contra una sentencia son los recursos legales o las nulidades procesales.

1321. Conclusiones y una posible solución jurídica. En ésta como en las materias conexas de la indemnización de perjuicios, tenemos quizás una confusión en el país, que sólo terminará quizás cuando se consolide la evolución de este desarrollo del derecho público, que es positivo si se le despoja de los graves excesos, muchos provocados por hacer justicia, que se considera que no fue posible aplicar en un período de nuestra historia.

No creemos siquiera que una intervención legislativa pudiera resolver el problema de los excesos en esta materia, y porque además, en la de la responsabilidad civil, las inquietudes y la evolución de las instituciones están en pleno proceso, y son explicable los errores de algunos.

En todo caso es interesante enfocar otro aspecto que queremos solo dejar insinuado. Es un hecho evidente que durante un período de nuestra historia

¹⁶⁴⁶ Publicados en la citada *Gaceta* N° 248, págs. 250 y N° 245, pág. 17.

¹⁶⁴⁷ Véanse Tomo I, N°s. 312 y 313, y la *G.J.* N° 301, pág. 96.

¹⁶⁴⁸ Publicada en *G.J.* N° 253, pág. 74.

¹⁶⁴⁹ Publicada en *G.J.* N° 301, pág. 78.

era imposible que los tribunales pudieran ejercer plenamente su jurisdicción en materia de legislación, pero ello está resuelto desde hace mucho tiempo en todo el mundo: es imposible que al retornar el Estado de Derecho se deje sin efecto todo lo obrado por el gobierno anterior en materias de legislación, decretos y demás actividad administrativa.

Pero ¿qué ocurre con la cosa juzgada y la prescripción? La primera es difícil separarla de lo señalado en el párrafo anterior. No ocurre lo mismo en materia de prescripción, con la salvedad que ha hecho la C.S. de los derechos válidamente adquiridos o saneados por los particulares con anterioridad al funcionamiento normal de las instituciones.

Quizás si habría que estudiar la tesis de que la prescripción extintiva no ha operado y ha estado interrumpida por la imposibilidad de accionar ante la justicia. Esta imposibilidad tendría que ser real y efectiva en el caso específico de que se trate, pero parece jurídicamente más sostenible que otras teorías como ésta de una nulidad absoluta que nunca se sana.

A lo menos, creo que vale la pena explorar este camino, dando sustento doctrinario a la teoría de la C.S. de separar la nulidad en sí misma, de sus efectos respecto de terceros.

Párrafo 4º

Requisitos de la prescripción extintiva

1322. Enunciación. Tres son las condiciones indispensables para que el deudor quede liberado por la prescripción extintiva;

- 1º. Que la acción sea prescriptible;
- 2º. El transcurso del tiempo prefijado por la ley, y
- 3º. El silencio en la relación jurídica, o sea, la inactividad de las partes.

Las examinaremos en los números siguientes.

1323. Acción prescriptible. La regla general es que todos los derechos y acciones puedan extinguirse por prescripción; hay muchos a los cuales el legislador no se ha referido expresamente para indicarles su prescripción, pero no por eso quedan al margen de ella, pues existe una regla general en el Código que

suple tal silencio (Nº 1333). A la inversa, se requiere una disposición expresa que declare la imprescriptibilidad.¹⁶⁵⁰

Podemos citar algunos casos de excepción en que esto último ocurre:

1º. *La acción de partición.*

El Art. 1317 dispone que la partición puede siempre pedirse, a menos que se haya estipulado lo contrario; el legislador desconfía de las comunidades y está interesado en su pronta liquidación; por ello acepta que la acción destinada a ponerles término se ejercite mientras subsista la indivisión.

2º. *Reclamación del estado civil de hijo legítimo.*

Según el Art. 320, ni prescripción ni fallo alguno puede oponerse al que se presente como padre o madre o hijo verdaderos, y

3º. *Demarcación y cerramiento.*

La ley no lo dice expresamente, pero es obvio que las acciones de demarcación y cerramiento no prescriben por sí solas, ya que son manifestaciones del derecho de dominio, y en consecuencia sólo se extinguirán cuando éste lo haga.

4º. *Ciertas acciones previsionales.*

Así se ha fallado reiteradamente que el derecho a jubilar, esto es, a solicitar la pensión de jubilación una vez cumplidos los requisitos legales para acceder a ella, es imprescriptible;¹⁶⁵¹ en cambio, algunas sentencias han determinado que el derecho a reclamar pensiones devengadas es prescriptible y en otras ocasiones se ha dicho lo contrario.¹⁶⁵²

¹⁶⁵⁰ La obligación de rendir cuenta en el mandato es prescriptible, conforme a las reglas generales, y comienza al hacerse exigible, en general, al expirar el mandato: C.S. 11 de abril de 2007. L.S. Nº 38, pág. 21.

¹⁶⁵¹ G.J. Nº 121, sent. 3ª, pág. 89, y sent. 4ª, pág. 110; 123, sent. 2ª, pág. 102; RDJ, T. 86, sec. 3ª, pág. 150.

¹⁶⁵² Por su prescripción, G.J. Nº 127, sent. 3ª, pág. 102; en contra F.M. Nº 403, sent. 5ª, pág. 303.

Es una diferencia semejante a la que se hace en materia de alimentos entre el derecho a reclamarlos, que no prescribe mientras permanezcan las circunstancias que permiten exigirlos, pero que se deben desde su primera demanda (Art. 331 del C.C.).

Igualmente se estimaba que tampoco prescribía el derecho a pedir la revisión cuando una jubilación u otro beneficio previsional estaba mal calculado. Sin embargo, el Art. 4º de la Ley Nº 19.620, de 4 de diciembre de 1993, establece un plazo de dos años para este reclamo.

Pues bien, si las acciones son normalmente prescriptibles, ¿qué ocurre con las excepciones? ¿Prescribirán éstas?

En principio la respuesta debe ser negativa porque la excepción reacciona ante la demanda contraria; faltaría para la prescripción uno de sus supuestos: la inactividad de la persona en contra de quien se prescribe, ya que el demandado no tiene forma ni razón para ejercitar su excepción mientras no sea llevado a juicio.

Pero existen algunas excepciones que pueden hacerse valer no sólo como tales, sino también como acción. El ejemplo más característico es la nulidad, y así, si se demanda el cumplimiento de una obligación contraída por un incapaz que ha dejado de serlo, pasados los 4 años desde la cesación de la incapacidad, no podría el demandado oponer la nulidad como excepción por estar prescrita. En el Derecho francés, en cambio, se considera que la nulidad prescribe como acción, y no como excepción.¹⁶⁵³

1324. II. Transcurso del tiempo. Es el elemento más característico de la prescripción extintiva, tanto que es el único que menciona el inc. 1º del Art. 2514 ya citado. La jurisprudencia ha destacado también reiteradamente la importancia de este requisito.¹⁶⁵⁴

Ahora bien, el lapso que se necesita para prescribir varía según los casos, y ha marcado la separación entre las prescripciones de largo tiempo (Sección 2ª), y de corto tiempo (Sección 3ª), y de las distintas categorías existentes entre ellas.

¹⁶⁵³ MAZEAUD, ob. cit., Parte 2ª, T. 1º, Nº 326, pág. 363.

¹⁶⁵⁴ RDJ, Ts. 6º, sec. 1ª, pág. 423; 17, sec. 2ª, pág. 25, y 33, sec. 1ª, pág. 373.

Hay hechos que impiden el transcurso del plazo de prescripción: son la suspensión e interrupción de la prescripción de que hablaremos más adelante.

Fuera de los aspectos enunciados y de que nos ocupamos en otra parte, conviene destacar respecto del requisito en estudio los siguientes puntos:

1º. Desde cuándo corre el plazo de prescripción;

2º. Forma de computarlo;

3º. Estipulaciones modificatorias de las partes, y

4º. Modificación de los plazos de prescripción del Código por las Leyes N°s. 6.162 y 16.952.

Los veremos en los números siguientes.

1325. A. Desde cuándo se cuentan los plazos de prescripción. Lo señala el inc. 2º del Art. 2514: el plazo se cuenta “desde que la obligación se haya hecho exigible”.

Nada más lógico que así sea: la prescripción supone una inactividad del acreedor, pero como éste nada puede exigir mientras no le sea posible cobrar la obligación, tampoco puede aquélla correr en su contra.

Al estudiar precisamente la época del cumplimiento, señalamos cuándo la obligación se hace exigible (Nº 693); a modo de recapitulación, ello ocurre al contraerse, si la obligación es pura y simple; al cumplirse el plazo o la condición, si está sujeta a tales modalidades, y en las de no hacer, en el momento de la contravención.

Por excepción, el plazo de prescripción de ciertas acciones no se cuenta desde la exigibilidad de la obligación, sino desde otros momentos específicamente señalados para el caso por la ley; así, se cuentan desde la celebración del acto o contrato los plazos del pacto comisorio (Art. 1880, N°s. 599 y siguientes) y de la acción pauliana (Art. 2468, N°s. 848 y siguientes). La acción de indemnización por los hechos ilícitos comienza a prescribir desde la perpetración del hecho (Nº 326), etc.

En determinadas obligaciones, ha habido discusiones sobre la forma de computar el momento en que comienza a correr la prescripción, o cómo se

computa. Por eso se ha fallado que al alegarse la prescripción debe indicarse de modo preciso el tiempo desde el cual ella debe contarse, ya que el juez no puede declararla de oficio.¹⁶⁵⁵

También se ha resuelto que en el caso de una sentencia que declare una obligación, el plazo de prescripción se cuenta desde ella.¹⁶⁵⁶

Otra sentencia declaró que en el caso de los servicios profesionales de un abogado, la prescripción empieza a correr desde que éste desempeñó totalmente el encargo que se le hizo.¹⁶⁵⁷

Se han suscitado dudas en el caso de las deudas periódicas.

En materia de alimentos no debería haber problemas, porque ellos de acuerdo al Art. 331 del C.C. se deben desde la primera demanda, y se han producido más bien en cuanto al efecto retroactivo del paso de los alimentos provisorios a definitivos, o de aumento o rebaja de la pensión alimenticia.¹⁶⁵⁸

En el caso de los derechos previsionales se ha fallado que ellos prescriben mes a mes, porque serían de tracto sucesivo (sic).¹⁶⁵⁹

Pero donde el tema ha dado lugar a mayores discusiones es respecto a la cláusula de aceleración del plazo, y la jurisprudencia predominante es que normalmente la prescripción comienza a correr para cada cuota desde que ella se hace exigible, pero si se ha pactado cláusula de aceleración y ella se ejerce o es obligatoria, la prescripción corre para toda la deuda. La opinión predominante es que cada una de las cuotas en que se dividió un crédito tiene su propio vencimiento, y desde ese momento comienza a correr el plazo de la respectiva prescripción.¹⁶⁶⁰

¹⁶⁵⁵ FM. N° 396, sent. 13, pág. 654. Otra sentencia relacionada con el momento en que comienza a correr el plazo de prescripción: RDJ, T. 89, sec. 1ª, pág. 78.

¹⁶⁵⁶ G.J. N° 122, sent. 1ª, pág. 92.

¹⁶⁵⁷ G.J. N° 294, pág. 151 (C.S. 1 de julio de 2003).

¹⁶⁵⁸ Véase mi obra *La filiación y sus efectos*, Tomo I, N° 290, pág. 407.

¹⁶⁵⁹ RDJ, T. 82, sec. 2ª, pág. 49.

¹⁶⁶⁰ Véase *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Código Civil*, 1998, T. 11, págs. 255 y sigtes., y los N°s. 513 y siguientes.

1326. B. Forma de computar los plazos de prescripción. Los plazos se computan de acuerdo a las normas generales de los Arts. 48 a 50 del Título Preliminar del Código.

Dijimos que el Art. 2508 para la prescripción adquisitiva ordinaria establecía una norma especial para computar el plazo, tratándose de ausentes: se contaba un día entre presentes por dos entre ausentes. Esta parte del Art. 2508 fue derogada por la Ley N° 16.952, ya citada, pero de todos modos se concluía que la disposición no recibía aplicación en la prescripción extintiva por ser una norma particular de la adquisitiva. Hoy, en todo caso, la regla es pareja para toda prescripción, no haciéndose diferencias entre personas presentes y ausentes.

1327. C. ¿Pueden las partes alterar los plazos de prescripción fijados por la ley? Es un punto que divide a los autores este de determinar si es lícito a las partes estipular un lapso diferente para la prescripción que el señalado por la ley para el derecho o acción de que se trata.

En contra de esta posibilidad milita el carácter de orden público que se señala a la prescripción, dados sus fundamentos, y la irrenunciabilidad que establece el legislador antes de haberse ella cumplido. Fundado en estas consideraciones, el Código italiano declara la inderogabilidad por las partes del estatuto legal de la prescripción (Art. 2936).

Pero en realidad el argumento es realmente de peso, tratándose de convenciones que amplíen los plazos de prescripción, ya que importaría una cierta forma de renuncia a ella, como si, por ejemplo, se conviene una prescripción de 100 años. La conclusión es que las partes no pueden ampliar los plazos de prescripción, salvo que la ley expresamente lo autorice, como ocurre con la acción redhibitoria (Art. 1866).

No milita el mismo argumento respecto a las convenciones que disminuyen los plazos de prescripción, pues no hay renuncia a ésta, y antes por el contrario, la estabilidad buscada se obtiene con anterioridad a lo previsto por el legislador. Además, la ley lo ha autorizado en varias oportunidades, como ocurre además de la acción redhibitoria, en que las partes pueden aumentar o disminuir el plazo legal, en el pacto comisorio y en el pacto de retroventa (Art. 1885), que no puede pasar de 4 años, siendo posible, en consecuencia,

que se fije uno menor. Sin embargo, en este caso se trata más bien de una caducidad que de una prescripción.¹⁶⁶¹

La verdad es que el punto resulta siempre discutible, pero parece preferible aceptar estos últimos pactos en virtud de la libertad contractual y la falta de prohibición legal que existe, en cambio, para los que aumentan los plazos de prescripción (prohibición de renuncia anticipada).¹⁶⁶²

1328. D. Leyes que han acortado los plazos de prescripción: N^{os}. 6.162 y 16.952. Nuestros tiempos se caracterizan por la celeridad en las transacciones, en las comunicaciones y en todas las actividades en general; nuestro Código, proviniendo del siglo pasado, recogía la pausa de aquella época más tranquila y de ahí que fijara plazos relativamente largos para las distintas prescripciones; por excepción en algunos casos señaló otros más breves.

Un principio de economía obligó al legislador a dictar la Ley N^o 6.162, de 28 de enero de 1938, que prácticamente redujo a la mitad los plazos de prescripción establecidos por el Código. Y así el más largo que establecía, este de 30 años, por ejemplo, para la prescripción adquisitiva extraordinaria, fue rebajado a 15.

La evolución no se detuvo ahí y con la misma inspiración de dicha ley se dictó posteriormente la N^o 16.952, de 1^o de octubre de 1968, que acortó muchos de los plazos de prescripción, aun de los ya rebajados por la Ley N^o 6.162, del C.C., del de Comercio y otras leyes.¹⁶⁶³ En virtud de esta reforma última el plazo máximo de prescripción es hoy de 10 años, pasado el cual el legislador aspira a que se hayan estabilizado todas las relaciones jurídicas.

En cuanto a la prescripción extintiva, las principales modificaciones consistieron en rebajar el plazo de prescripción de la acción ordinaria de 10 a 5 años, y disponer que ninguna suspensión se tomara en cuenta pasados 10 años, plazo que anteriormente era de 15 años.

¹⁶⁶¹ Ximena BARRERA SANHUEZA, *Estudio crítico de la jurisprudencia recaída en las prescripciones de corto tiempo del Código Civil*, M. de P., Editorial Universitaria, 1962, pág. 135.

¹⁶⁶² RDJ, T. 2^o, sec. 1^a, pág. 259.

¹⁶⁶³ Véase Hernán LARRAÍN RÍOS, "Ley N^o 16.952, de 1^o de octubre de 1968", art. citado, publicado en la RDJ, T. 65, Parte 1^a, pág. 143.

Todavía interesa destacar las normas que rigen su vigencia: ella se postergó para un año después de la publicación de la ley, esto es, para el 1º de octubre de 1969; en consecuencia, toda prescripción que haya comenzado a correr desde esa fecha se rigió íntegramente por los nuevos plazos establecidos por el legislador.

A fin de acelerar la aplicación de las reformas, ambas leyes alteraron la regla normal del Art. 25 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes de 1861, en la forma que puede consultarse en ediciones anteriores de esta obra, y que dado el tiempo transcurrido han perdido interés. En general, la prescripción continuó transcurriendo, pero con algunas excepciones se enteró de acuerdo a los nuevos plazos, y no a elección del prescribiente.

1329. III. El silencio de la relación jurídica. Es éste el tercer elemento de la prescripción extintiva: que durante el plazo de la prescripción exista inactividad jurídica en torno a la relación, esto es, que ni el acreedor ni el deudor actúen respecto de ella.

Fundamentalmente es la inactividad del acreedor la que provoca la prescripción, su desinterés por cobrar,¹⁶⁶⁴ porque si éste acciona, interrumpe el transcurso de la prescripción. Pero también puede interrumpirla el reconocimiento del deudor de su obligación. Como se ha fallado, la interrupción, a que nos referiremos más adelante, suprime la pasividad del acreedor y deudor.¹⁶⁶⁵

Para que al acreedor se le considere inactivo tiene que estar en condiciones de interrumpir la prescripción; en la falta de esta capacidad se funda la suspensión de la prescripción, a que también nos referimos más adelante.

1330. Prueba de la prescripción. Corresponde naturalmente al deudor acreditar la prescripción, porque es un modo de eximirse del cumplimiento de la obligación (Art. 1698). Pero de los elementos señalados que integran la prescripción, el único que realmente corresponderá establecer al deudor será el transcurso del tiempo, porque es la ley quien determina las acciones imprescriptibles, y según veremos es al acreedor a quien toca probar que ha interrumpido la prescripción.¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶⁴ RDJ, T. 27, sec. 1ª, pág. 240.

¹⁶⁶⁵ RDJ, T. 60, sec. 2ª, pág. 130.

¹⁶⁶⁶ RDJ, Ts. 18, sec. 1ª, pág. 304, y 29, sec. 1ª, pág. 615.

La C.S. ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si se ha cumplido el término de la prescripción.¹⁶⁶⁷

Sección Segunda *La prescripción de largo tiempo*

1331. Enunciación. El párrafo 3º del Título relativo a la prescripción, Arts. 2514 a 2520, reglamenta "la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales". La doctrina las ha llamado prescripciones de largo tiempo, para diferenciarlas de las tratadas en el párrafo 4º y que el propio legislador llama de corto tiempo.¹⁶⁶⁸ Podrían llamarse también prescripciones generales, pues su aplicación constituye la regla general para toda clase de derechos.

Dividiremos el estudio de ellas en dos párrafos, uno destinado a las distintas categorías de prescripciones de largo tiempo, según las diferentes clases de acciones de que se trate, y el otro destinado a la interrupción y suspensión de la prescripción.

Párrafo 1º *Las distintas prescripciones de largo tiempo*

1332. Distinciones. Para determinar los plazos y formas de prescripción de largo tiempo, debemos distinguir primero que todo las acciones reales de las personales.

Respecto de las primeras, hay que subdistinguir las acciones de dominio y herencia por un lado, de las garantías reales por otro, y de las limitaciones del dominio por un tercero.

¹⁶⁶⁷ *RDJ*, Ts. 2º, sec. 1ª, pág. 157, con nota marginal de Luis Claro Solar, quien critica la amplitud exagerada de la declaración jurisprudencial, y 44, sec. 1ª, pág. 315.

En otro caso, la Corte aceptó la casación para determinar si había transcurrido el lapso de prescripción, considerando que la sentencia impugnada no habla dejado constancia de la fecha de notificación de la demanda: *RDJ*, T. 35, sec. 1ª, pág. 258. Critica esta resolución NOGUERA, ob. cit., pág. 29, pero la verdad es que la Corte no modificó los hechos establecidos por los jueces del fondo y se trataba de un hecho procesal constante en autos.

¹⁶⁶⁸ Las sucesivas modificaciones de los plazos han convertido en bastante relativa esta distinción entre largo y corto tiempo, y así, por ejemplo, es de largo tiempo la prescripción de la acción ejecutiva, que deja de ser tal a los 3 años, y entre las de corto tiempo también existe una de igual plazo: la del Art. 2521 (Nº 1355). La distinción entre unas y otras tiene importancia, según lo veremos (Nº 1359), y no queda sino acogerse al criterio primitivo del Código y mantener la denominación ya consagrada secularmente.

En las personales también deberemos subdistinguir tres clases de acciones: la ejecutiva, la ordinaria y las garantías personales. Estas últimas, por seguir las mismas reglas de las reales, las estudiaremos conjuntamente con éstas.

En conclusión, tenemos 5 categorías diferentes de prescripción de largo tiempo:

- 1º. Las acciones personales ordinarias;
- 2º. Las acciones personales ejecutivas;
- 3º. Las acciones de obligaciones accesorias;
- 4º. Las acciones reales de dominio y herencia, y
- 5º. Las acciones reales provenientes de las limitaciones del dominio.

En el mismo orden señalado procederemos a su estudio.

1333. I. Prescripción de la acción ordinaria. El Art. 2515 en su inc. 1º señala que el tiempo de la prescripción extintiva es, en general, de 5 años. Este plazo es el fijado por la Ley Nº 16.952 (Nº 1326), ya que el Código contemplaba uno de 20, que a su turno había sido rebajado por la Ley Nº 6.162 a 10. Ahora es de 5 años.

Como lo señala el propio precepto, este plazo es la regla general para la prescripción extintiva; en consecuencia, para que no se aplique, se requiere una disposición legal que expresamente señale otro, como ocurre, por ejemplo, según lo visto hasta ahora, en la indemnización del hecho ilícito, en el pacto comisorio, en la acción pauliana, en la nulidad, etc.

Si la ley no dice nada específicamente, la prescripción extintiva es de 5 años; recurriendo a esta norma general le hemos asignado este término a la prescripción de la acción resolutoria, de la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de una obligación, de la acción de *in rem verso*, etc.

Se ha resuelto que se aplica a toda clase de acciones, salvo las que la ley expresamente excluye y, por ende, a las jubilaciones devengadas,¹⁶⁶⁹ y a la nulidad de derecho público.¹⁶⁷⁰

¹⁶⁶⁹ F.M. Nº 432, sent. 1ª, pág. 777.

¹⁶⁷⁰ G.J. Nº 169, sent. 6ª, pág. 8. También rige para la acción de desposeimiento: RDJ, T. 89, sec. 1ª, pág. 178.

1334. II. Prescripción (caducidad) de la acción ejecutiva. La acción ordinaria tiene por objeto establecer la existencia de la obligación; ya hemos señalado que si el acreedor tiene título ejecutivo, puede omitir la declaración de existencia de la obligación, y proceder de inmediato a su cobro forzado (Nº 872).

Según el mismo Art. 2515, el plazo de prescripción de la acción ejecutiva es en general de 3 años; este término ha experimentado parecida evolución al de la ordinaria: el Código lo fijaba en 10 años, pasó a ser de 5 con la Ley Nº 6.162, y ahora es de 3.

Esta regla general tiene también algunas excepciones, si la ley ha fijado un plazo especial para la prescripción de la acción ejecutiva; así ocurre, por ejemplo, con la que puede emanar de un cheque protestado contra los obligados a su pago, y que prescribe en un año, contado desde la fecha del protesto (Art. 34 de la Ley Nº 7.498, de 17 de agosto de 1943).

La prescripción de la acción ejecutiva tiene dos particularidades principales:

1º. Que no es propiamente la acción de cobro la que prescribe, sino el mérito ejecutivo de ella. Así lo señala el inc. 2º del Art. 2515: "la acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de 3 años, y convertida en ordinaria durará solamente otros 2";¹⁶⁷¹ de manera que la acción misma prescribe en 5 años, durando 3 como ejecutiva si reúne los requisitos legales para ello, y los dos restantes como ordinaria, y

2º. Puede ser declarada de oficio; en efecto, el Art. 442 del C.P.C. estatuye que el tribunal denegará la ejecución si el título presentado tiene más de 3 años, contados desde que la obligación se hizo exigible.

Por esta razón y por el efecto que produce, estamos con quienes sostienen que se trata más bien de una caducidad del mérito ejecutivo de la acción que de prescripción extintiva de la misma. El legislador, por la fe que le merecen,

¹⁶⁷¹ En el Código primitivo, la acción ejecutiva duraba 10 años como tal y otros 10 como ordinaria, plazos rebajados a 5 y 5, respectivamente, por la Ley Nº 6.162, y ahora a 3 y 2 por la Ley Nº 16.952.

En fallo de *FM*. Nº 191, sept. 1974, pág. 194, se resolvió que no había ultra petita en aplicar los nuevos plazos de 3 años.

otorga esta ventaja especial a determinados títulos que dan cuenta de obligaciones. Semejante fe sólo pueden mantenerla por cierto tiempo, pasado el cual su presunción de legitimidad va transformándose en presunción de cancelación. Cuando esto ocurre, el mérito ejecutivo caduca, y el juez así debe declararlo, sin que el deudor pueda renunciar a la caducidad producida.

Tiene normas especiales de prescripción la acción ejecutiva que emana de la Ley de Cheques. De acuerdo al Art. 34 del D.F.L. N° 707, de 21 de julio de 1982, publicado en el Diario Oficial del 7 de octubre del mismo año, que "Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques", "la acción ejecutiva contra los obligados al pago de un cheque protestado y la acción penal, prescribirán en un año, contado desde la fecha de protesto establecido en el artículo 33".

Al respecto se ha resuelto que esta prescripción se interrumpe por la interposición de la querrela criminal por giro doloso de cheque.¹⁶⁷²

El fallo agregó que la prescripción comenzó a correr nuevamente con el auto acusatorio por no haberse deducido entonces demanda civil, pero que al notificarse la demanda de cobro de pesos la acción no estaba prescrita de acuerdo a los plazos de la época.

También tienen normas especiales la prescripción de las acciones cambiarias, de acuerdo a los Arts. 98 y sigtes. de la Ley N° 18.092, de 14 de enero de 1982, sobre "Letras de cambio y pagaré": Las acciones cambiarias del portador del documento en contra de los obligados al pago prescriben en el término de un año contado desde el día del vencimiento del documento.

La ley sujeta esta prescripción a las reglas generales del Código de Comercio, salvo en la interrupción, en que el Art. 100 establece las siguientes normas.

En efecto, los obligados en uno de estos documentos responden solidariamente, pero la solidaridad cambiaria tiene normas particulares y por eso el precepto establece que la prescripción sólo se interrumpe respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro o la gestión judicial necesaria o conducente para deducirla o preparar la ejecución, y de aquel que

¹⁶⁷² FM. N° 380, sent. 14, pág. 376.

haya sido notificado en caso de extravío del documento o que ha reconocido expresa o tácitamente su calidad de tal.

Se ha resuelto que este plazo de prescripción es tanto para la ejecución ordinaria como ejecutiva, lo que es correcto, pero no lo es la otra conclusión que saca el fallo que declaró prescrito el mutuo por el cual se suscribió un pagaré.¹⁶⁷³

Posteriormente, en general, se ha aceptado que en estos instrumentos el mismo plazo del año rige para la acción ordinaria y la ejecutiva, pero sólo en lo que respecta a la acción cambiaria.¹⁶⁷⁴

1335. III. Obligaciones accesorias. Siguiendo el principio de que lo accesorio corre la suerte de lo principal, toda obligación que tenga aquel carácter, sea real o personal, prescribe conjuntamente con la obligación a que accede. Es lo que dispone el Art. 2516: "la acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesorio, prescriben junto con la obligación a que acceden".

Quedan incluidas en la disposición las cauciones reales, como la hipoteca que menciona expresamente,¹⁶⁷⁵ y la prenda, y las personales, como la fianza, cláusula penal, etc.

También se ha fallado que si no ha prescrito la acción contra el deudor principal, tampoco lo ha hecho la de desposeimiento en contra del tercer deudor de la finca hipotecada.¹⁶⁷⁶

¹⁶⁷³ EM. N° 416, sent. 4ª, pág. 441. Ya hemos dicho que la suscripción de un pagaré u otro documento, por regla general, no constituye novación, y en consecuencia, sólo va a quedar extinguida la obligación una vez pagada o extinguida por los modos que a ella le corresponda, pero jamás esta extinción se producirá a la inversa, esto es, que la extinción de la acción cambiaria ponga fin a la obligación que originó el pagaré, letra de cambio o cheque.

¹⁶⁷⁴ Véase al respecto N° 527. En contra de la identificación de la acción ejecutiva y la ordinaria en pagarés sujetos a la Ley N° 18.092, una sentencia de la C.A. de Santiago de 11 de enero de 2000, publicada en la G.J. N° 235, pág. 83, destaca que puede estar extinguida la acción cambiaria ejecutiva, pero subsistir la ordinaria declarativa "emanada del acto jurídico en virtud del cual se acepta una letra de cambio o pagaré", circunstancia que igualmente destacamos en dicho Apéndice N° 1, en el N° 9 A.

¹⁶⁷⁵ EM. N° 394; sent. 8ª, pág. 449.

¹⁶⁷⁶ EM. N° 468, sent. 25, pág. 2080.

Se ha resuelto igualmente que la hipoteca no se extingue por prescripción en forma independiente a la acción principal.¹⁶⁷⁷

Finalmente, se ha fallado que procede la acción de desposeimiento del tercer poseedor hipotecario, si la acción contra el deudor principal se encuentra interrumpida.¹⁶⁷⁸

En consecuencia, las cauciones no tienen ni plazo único ni propio de prescripción, sino que les corresponderá el que afecte a la obligación principal a la cual acceden.

1336. IV. Acciones de dominio y herencia. De acuerdo al Art. 2517: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho".

¿Qué quiere significar esta disposición? Lo siguiente: mientras el derecho personal no tiene otro fin que el cumplimiento de la obligación correlativa por parte del deudor y, en consecuencia, el acreedor de ella sólo tiene una vía para ejercer su derecho: demandar al deudor para que la cumpla, los derechos reales pueden ser ejercitados en muchas formas diferentes, y sin necesidad de que intervenga otra persona, puesto que se trata de derechos sobre una cosa (Nº 6). Y así el dueño de un objeto exterioriza su dominio de diferentes maneras: usándolo, gozándolo, dándolo en arrendamiento, comodato, hipoteca, etc.

Por ello es que el dominio, como los demás derechos reales, no se extingue normalmente por el no ejercicio, dados sus caracteres de absoluto y perpetuo; en consecuencia, el dominio no se va a extinguir por prescripción por el solo transcurso del tiempo.

Pues bien, la acción que ampara el dominio es la reivindicatoria, y ella, al igual que el derecho que tutela, no se extingue por el solo transcurso del tiempo; para que ello ocurra es necesario que un tercero adquiera el dominio por prescripción adquisitiva, porque en el mismo momento en que este tercero se hace de la propiedad por este modo de adquirir, lo pierde el anterior titular y se extingue su acción de reivindicación.

¹⁶⁷⁷ C.A. de Concepción, 27 de septiembre de 2005, publicada en L.S. Nº 2, pág. 74.

¹⁶⁷⁸ C.A. de Santiago, 7 de marzo de 2007. L.S. Nº 36, pág. 51.

Esto es lo que señala el Art. 2517: la acción reivindicatoria, por medio de la cual se ampara el dominio, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, esto es, cuando otro lo adquiere por este modo.

En consecuencia, no hay un plazo único para la prescripción de la acción reivindicatoria, sino que va a variar desde un mínimo de dos años hasta un máximo de 10 años, que es el de la prescripción adquisitiva extraordinaria.

El derecho real de herencia se sujeta a la misma regla y explicación del Art. 2517: la acción para reclamarlo es la de petición de herencia (Art. 1264), que tampoco se extingue por sí sola, sino cuando la herencia es adquirida por otra por prescripción adquisitiva, poniendo de esta forma término al derecho del verdadero heredero.

Y la prescripción adquisitiva de la herencia, extintiva de la acción de petición de la misma, puede ser de dos clases, de acuerdo a los Arts. 704, inc. final, 1269 y 2512:

1º. Prescripción extraordinaria de 10 años (15, antes de la Ley N° 16.952), y

2º. Prescripción ordinaria de 5 años, cuando al heredero putativo se le ha concedido la posesión efectiva de la herencia.

Hay jurisprudencia que con cierta frecuencia¹⁶⁷⁹ suele rechazar que la prescripción adquisitiva se oponga como excepción, exigiendo que debe alegarse como acción.

Creemos que esto es un grave error, y es típico de aquellos fallos formalistas que tanto daño pueden hacer. En efecto, no hay ninguna disposición legal que así lo diga. Antes, por el contrario, el Art. 2493 fue muy cuidadoso al disponer que la prescripción debe alegarse sin hacer distinciones ni otras exigencias de ninguna especie (N° 1314); en seguida, porque el Art. 2517 se limita a señalar que la acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la adquisición de dicho derecho por el demandado por prescripción, lo que equivale a decir de otra manera que esta adquisición dota al adquirente de una excepción de prescripción extintiva, puesto que el artículo está en el

¹⁶⁷⁹ L.S. N° 29, pág. 89, y N° 32, pág. 22, son las más recientes al redactarse esta quinta edición.

párrafo 3º del Título LXII, que se refiere a este tipo de prescripciones; finalmente, en un tema que no da para más discusión, semejantes fallos obligan a reconvenir (como algunos lo han dicho), en circunstancias de que esto es una facultad del demandado. ¿Querrá decir que podrá oponer la prescripción adquisitiva en otro juicio sin que por ello haya litispendencia? Esto contraría el más elemental principio de economía procesal, y, en definitiva, violaría el Art. 2517.

1337. V. Limitaciones del dominio. Conviene separar por un lado la situación del usufructo, uso y habitación, y por el otro las servidumbres. Así lo haremos en los números siguientes.

1338. A. Usufructo, uso y habitación. De acuerdo al Art. 766, “el derecho de usufructo se puede constituir de varios modos: 4º. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción”. Por su parte, el N° 4º del Art. 806 establece que “el usufructo se extingue también por prescripción”.

Veamos cómo juegan estas disposiciones con relación a la prescripción extintiva.

En primer lugar, hay algo que es claro y no se discute: la acción para reclamar el usufructo se extinguirá por la prescripción adquisitiva del derecho de usufructo por otra persona, de acuerdo a la regla general del Art. 2517, y en la misma forma señalada en el número anterior para el dominio y la herencia. Dicho de otra manera, un tercero adquiere el usufructo por prescripción adquisitiva, según lo dispuesto en el Art. 766, y con ello la persona a quien correspondía el usufructo adquirido, lo pierde y con él la acción para reclamarlo.

Así ocurrirá cuando el derecho de usufructo provenga de una persona que no tenía derecho a constituirlo o transferirlo, de manera que el adquirente quedará únicamente como poseedor del derecho de usufructo adquirido; hay varias situaciones posibles. Por ejemplo, el nudo propietario transfiere la propiedad íntegra; él solo puede transferir la nuda propiedad, y ésta la adquirirá el adquirente por la tradición que se le efectúe. Pero como el nudo propietario no tiene el usufructo, no puede transferir el derecho al mismo, y quien adquirió la propiedad íntegra, quedará como poseedor del derecho de usufructo, pudiendo llegar a adquirirlo por prescripción adquisitiva. Otro caso sería que el constituyente del usufructo no fuera dueño del objeto sobre el cual constituye el usufructo, o que sobre aquél constituyera sucesivamente

un usufructo a favor de una persona y luego en beneficio de otra. En todas estas situaciones, el adquirente por la tradición no puede adquirir el derecho de usufructo mismo, pero sí puede hacerlo por prescripción adquisitiva, poniendo en consecuencia término al derecho del legítimo usufructuario y a su acción para reclamarlo.

Hasta aquí, como decíamos, no hay discusión alguna, pero ocurre que el Art. 806 declara que el usufructo se extingue por prescripción; no hay duda que ello ocurre en los casos ya señalados, esto es, cuando el usufructo es adquirido por un tercero por la prescripción adquisitiva, pero se ha controvertido, en cambio, si el usufructo podría perderse frente al nudo propietario por su no ejercicio por el usufructuario durante un cierto lapso.

El Art. 617, inc. 5º del Código francés, admite expresamente la prescripción extintiva del usufructo por el no ejercicio de éste, al declarar que el usufructo se extingue "por el no uso del derecho durante 30 años"

Entre nosotros, Claro Solar,¹⁶⁸⁰ preconiza la misma solución, esto es, que el usufructo se extingue por la prescripción extintiva ordinaria de 5 años del Art. 2515, y por no haberse ejercido durante ese lapso. Se basa fundamentalmente:

1º. En que el Art. 806 es muy semejante al artículo citado del Código francés, y al enunciar las causales de extinción del usufructo, no hace ninguna clase de distinciones entre la prescripción extintiva por haber operado una adquisitiva, y la meramente liberatoria; luego resulta lógico aplicarlo a ambas. La única diferencia es que el precepto francés señaló expresamente el lapso de la prescripción.

2º. En el nuestro, éste resultará de la aplicación de la regla general del Art. 2515 (Nº 1331). Este precepto se limita a establecer que en general el tiempo para extinguir una acción es de 5 años; no puede aplicársele el dominio por su carácter perpetuo, pero siendo el usufructo, a la inversa, un derecho limitado, no hay inconveniente en aplicarle la disposición.

Arturo Alessandri es contrario a esta opinión.¹⁶⁸¹ Por nuestra parte, compartimos la tesis de Claro Solar, porque en caso contrario el Art. 806, en la

¹⁶⁸⁰ Ob. cit., T. 8º, Nº 1.239, pág. 407.

¹⁶⁸¹ Citado por VODANOVIC, ob. cit., vol. 2º, Nº 978, pág. 682.

parte que se refiere a la prescripción, sería más bien innecesario; a la misma conclusión habría llevado el Art. 2517.

Las mismas soluciones cabe aplicar a los derechos de uso y habitación, en virtud de lo dispuesto en el Art. 812: "Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo".

1339. Servidumbres. Respecto de este gravamen el legislador fue mucho más claro, ya que el Art. 885 dispone que "las servidumbres se extinguen: 5°. Por haberse dejado de gozar durante 3 años".¹⁶⁸²

Hay en consecuencia una prescripción extintiva especial, por haberse dejado de gozar la servidumbre, lo cual es lógico porque el no goce comprueba la inutilidad del gravamen. Y ésta es una prescripción extintiva lisa y llana.

Pero tampoco parece haber inconveniente para aplicar la regla general del Art. 2517 de que la acción para reclamar la servidumbre se extingue por la prescripción adquisitiva de ella por un tercero.

Párrafo 2º

Interrupción y suspensión de la prescripción extintiva de largo tiempo

1340. Enunciación. Hemos señalado que dos elementos constituyen fundamentalmente la prescripción extintiva: el transcurso del tiempo y el silencio durante éste de la relación jurídica. Y que esta inactividad puede verse afectada por dos fenómenos jurídicos: la interrupción y la suspensión de la prescripción, que analizaremos en los números siguientes.

1341. I. Interrupción de la prescripción extintiva.¹⁶⁸³ La interrupción de la prescripción extintiva produce el rompimiento de la inactividad de la relación jurídica por la acción del acreedor para cobrar su crédito o por un reconocimiento del deudor de su obligación, y hace perder todo el tiempo corrido de la prescripción.

¹⁶⁸² El Código fijaba un plazo de 20 años, rebajado por la Ley Nº 6.162 a 10 años y por la Ley Nº 16.952, al actual de 3 años.

¹⁶⁸³ Un fallo reciente de la C.S. sobre interrupción de la prescripción extintiva en *F.M.* Nº 550, año 2008, pág. 205.

Según este concepto, el fundamento de la institución es el tantas veces indicado; la prescripción supone un abandono por parte del titular del derecho, que nada ocurra durante un tiempo respecto a éste. Si el acreedor se hace presente cobrando el crédito, o el deudor reconoce su obligación, ha quedado afectado uno de los presupuestos de la prescripción, y se ha roto la presunción de extinción del crédito; reuniéndose los requisitos legales que examinaremos, se produce la interrupción de la prescripción.

Principalmente es la actividad por parte del acreedor la que produce la interrupción, pero según hemos señalado puede ella provenir también del reconocimiento del deudor; de ello deriva la clasificación de la interrupción en civil y natural, que equivale más o menos a la misma división de la institución en la prescripción adquisitiva (Arts. 2501 a 2504).

Para la extintiva, el Art. 2518 señala la clasificación en su inc. 1º: "La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente".

En los números siguientes estudiaremos sucesivamente:

1º. Aplicación de la interrupción;

2º. Interrupción natural;

3º. Interrupción civil, y

4º. Efectos de la interrupción.

1342. A. Aplicación de la interrupción. La norma del Art. 2518 rige fundamentalmente para la prescripción extintiva ordinaria (Nº 1333). Se aplica también a las prescripciones de corto tiempo, pero con una modalidad especial que estudiaremos al referirnos a ellas (Nºs. 1359 a 1362).

No se aplica a la prescripción de la acción ejecutiva, puesto que según decíamos se trata de una caducidad (Nº 1334). Así lo confirma el Art. 442 del C.P.C. que ordena al juez rechazar la ejecución si el título tiene más de 3 años.

Tratándose de una obligación accesoria, nos ocuparemos de ella al tocar el tema de los efectos de la interrupción (Nº 1349).

Finalmente, cuando la prescripción extintiva se produce por haber operado la adquisitiva a favor de un tercero respecto del derecho de que trata (domi-

nio, herencia, usufructo, etc., N^{os}. 1336 y siguientes), la interrupción de la prescripción se rige por las normas que gobiernan aquella institución en la adquisitiva (Arts. 2502 y 2503).

1343. B. Interrupción natural. Está definida en el inc. 2^o del Art. 2518: “Se interrumpe naturalmente (la prescripción) por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente”.

La interrupción natural es, en consecuencia, todo acto del deudor que importe un reconocimiento de la deuda, ya sea que lo diga así formalmente, o se deduzca de actuaciones suyas, como efectuar abonos,¹⁶⁸⁴ solicitar prórrogas, o rebajas, otorgar nuevas garantías, constituir las si la obligación no las tenía, etc. También se ha resuelto que se reconoce la deuda si los herederos incluyen alguna del causante en la confección del inventario solemne.¹⁶⁸⁵

El legislador no ha reglamentado la forma en que se interrumpe naturalmente la prescripción; en consecuencia, puede tratarse de cualquier acto del deudor, uni o bilateral, destinado al exclusivo objeto de reconocer la deuda o a otro diferente, como ocurre en el caso fallado de su inclusión en un inventario.

Hemos dicho que la interrupción natural se asemeja a la renuncia de la prescripción, especialmente a la tácita (N^o 1315), con la diferencia de que ésta puede tener lugar únicamente una vez cumplida la prescripción, mientras que la interrupción se produce precisamente en el transcurso de ella. Los mismos actos, pues, constituirán según la época en que se produzcan, interrupción natural o renuncia de la prescripción; por ello, como señalan algunos autores,¹⁶⁸⁶ debería exigirse para aquélla la misma capacidad que para ésta, señala el Art. 2495.

Por ello la C.A. de Santiago en sentencia de 17 de octubre de 2005 ha declarado que la interrupción natural debe ser un acto del deudor, por lo que no la constituye una declaración del apoderado judicial.¹⁶⁸⁷

¹⁶⁸⁴ EM. N^o 453, sent. 7^a, pág. 1603.

¹⁶⁸⁵ RDJ, T. 42, sec. 1^a, pág. 384.

¹⁶⁸⁶ FUEYO, ob. cit., T. 2^o, N^o 667, pág. 256, y Héctor ESCRÍBAR MANDIOLA, *La prescripción extintiva civil*, M. de P., Imprenta Chile, 1926, Santiago, pág. 65.

¹⁶⁸⁷ L.S. N^o 3, pág. 111.

También la C.S. ha dicho que hasta el cumplimiento del plazo de la prescripción puede haber interrupción natural, y después de él, renuncia tácita.¹⁶⁸⁸

En un caso de jubilación, una sentencia señaló que la prescripción del derecho a impetrar devolución de cotizaciones se interrumpió naturalmente por el reconocimiento hecho por la autoridad competente de la procedencia de dicha rebaja.¹⁶⁸⁹

Se resolvió que la interrupción natural no se pierde por el abandono del procedimiento en que ella se produjo.¹⁶⁹⁰

Finalmente, se ha fallado que en el caso del Art. 1250 del C. Co. la interrupción civil se rige por las reglas generales, porque el precepto se refiere sólo a la natural.¹⁶⁹¹

1344. C. Interrupción civil. De acuerdo al inc. final del Art. 2518 la prescripción extintiva se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el Art. 2503. Este precepto es el que señala cuándo la demanda no es suficiente para interrumpir civilmente la prescripción adquisitiva. Como consecuencia de esta referencia, para que haya interrupción civil deben concurrir cuatro requisitos: 1º. Demanda judicial; 2º. Notificación legal de la demanda; 3º. Que no haya mediado desistimiento de la demanda o abandono de la instancia, y 4º. Que el demandado no haya obtenido sentencia de absolución. Los examinaremos a continuación en este orden.

1345. 1º. Demanda judicial. El acreedor debe recurrir a los tribunales; ningún otro requerimiento por enérgico que sea producirá el efecto de interrumpir la prescripción, si es extrajudicial.¹⁶⁹² Quiso seguramente el legislador evitar toda duda y discusión posible al respecto.

¹⁶⁸⁸ Sentencia de 1 de julio de 2005: *G.J.* N° 287, pág. 130.

¹⁶⁸⁹ C.A. de Santiago, 14 de enero de 2003: *G.J.* N° 271, pág. 76. Una sentencia de la C.S. de diciembre de 2007 destacó que no pueden concurrir conjuntamente la interrupción y la renuncia de la prescripción. *FM.* N° 548, pág. 83.

¹⁶⁹⁰ *G.J.* N° 248, pág. 224.

¹⁶⁹¹ *G.J.* N° 287, pág. 190.

¹⁶⁹² *RDJ*, Ts. 60, sec. 2ª, pág. 130, y 65, sec. 1ª, pág. 323.

Pero se ha producido controversia en la doctrina sobre el alcance de la expresión “demanda judicial” del Art. 2518, en cuanto al objeto de la misma. La disparidad de opiniones gira en torno a si basta cualquier actuación judicial del acreedor con relación al crédito, o la demanda debe tener por objeto directo e inmediato el cobro del mismo; el problema se ha suscitado principalmente en relación con las gestiones de preparación de la vía ejecutiva que tienen por objeto habilitar al acreedor para entablar un juicio ejecutivo.

Para una corriente de opinión la voz demanda tiene un sentido procesal bien claro, de manera que toda actuación ante los tribunales que no tenga la calidad de tal no interrumpe la prescripción.¹⁶⁹³ Se señala la diferente redacción del precepto con su equivalente en la prescripción adquisitiva, el Art. 2503, inc. 1º, que considera la interrupción civil como todo “recurso judicial” del que se pretende verdadero titular del derecho. O sea, en la prescripción adquisitiva sí que bastaría cualquier actuación judicial en amparo de su derecho por parte de quien lo reclama, mientras en la extintiva sería necesario el cobro mismo del crédito.

Esta fue la opinión de la jurisprudencia durante un tiempo, y así se había resuelto que la solicitud del acreedor solicitando un privilegio de pobreza para después, contando con él, demandar su crédito,¹⁶⁹⁴ o la citación judicial para que el deudor reconozca su firma y confiese la deuda, que es una gestión de preparación de la vía ejecutiva,¹⁶⁹⁵ no interrumpían la prescripción extintiva por no constituir demandas.

Una segunda corriente de opinión¹⁶⁹⁶ sostiene que la expresión demanda judicial no debe ser tomada en su sentido procesal estricto, sino en uno amplio, de que es necesario que el acreedor recurra a los tribunales en demanda de protección, ya sea para cobrar directamente su crédito, ya sea para efectuar las gestiones previas necesarias para hacerlo. La interrupción civil supone que el acreedor salga de su inactividad; bien que el legislador haya exigido que esta

¹⁶⁹³ FUEYO, ob. cit., T. 2º, N° 668, pág. 257, por vía de ejemplo.

¹⁶⁹⁴ *RDJ*, T. 37, sec. 1ª, pág. 179.

¹⁶⁹⁵ *RDJ*, T. 36, sec. 1ª, pág. 225.

¹⁶⁹⁶ Por vía de ejemplo, *ESCRÍBAR*, ob. cit., pág. 57.

actividad del acreedor se produzca ante los tribunales y que ella implique la intención de éste de cobrar su crédito, pero ello se produce tanto si el acreedor está en situación de hacerlo inmediata y directamente como cuando con tal finalidad pide privilegio de pobreza, prepara la vía ejecutiva, presenta una medida prejudicial y, en general, cuando realiza cualquier gestión judicial que manifiesta su intención de cobrar su crédito.

No habría, por otra parte, ninguna razón para hacer diferencias entre la prescripción extintiva y la adquisitiva, lo que es un nuevo antecedente para confirmar que basta cualquier recurso judicial.

Estos convincentes argumentos han hecho variar de posición a la jurisprudencia, que ha resuelto que demanda judicial es cualquier gestión del acreedor efectuada ante la justicia con el objeto de exigir directamente el pago, o preparar o asegurar el cobro.¹⁶⁹⁷ Como ha dicho una sentencia, no es sólo la demanda a que se refiere el Art. 254 del C.P.C., sino que todo recurso judicial interpuesto por el acreedor en resguardo del derecho que le pertenece y al que la prescripción amenaza con extinguir.¹⁶⁹⁸

La última jurisprudencia es casi invariable en este sentido, en la tendencia general de impedir, dentro de lo posible, que la prescripción se utilice como un medio de no cumplir las obligaciones.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁹⁷ El primer caso fallado en este sentido recayó en una preparación de la vía ejecutiva mediante la citación de la contraparte para el otorgamiento de una nueva copia de escritura pública: *RDJ*, T. 46, sec. 1ª, pág. 647. Otros fallos en el mismo sentido en la *RDJ*, Ts. 50, sec. 1ª, pág. 320, y 60, sec. 2ª, pág. 130.

¹⁶⁹⁸ *RDJ*, T. 60, sec. 2ª, pág. 130. En igual sentido, *FM*. N° 264, pág. 394.

¹⁶⁹⁹ Es así como se ha resuelto que interrumpe la prescripción: una preparación de la vía ejecutiva, *RDJ*, T. 85, sec. 1ª, pág. 206; una medida prejudicial, *RDJ*, T. 86, sec. 2ª, pág. 82; una acción de desposeimiento: *L.S.* N° 247, pág. 84 (C.A. de Santiago, 4 de julio de 2006); una notificación judicial de protesto de cheque: *L. & S.* N° 21, pág. 103 (C.A. de La Serena, 22 de junio de 2006); que la demanda de cumplimiento en el caso de la acción resolutoria tácita interrumpe la prescripción de la acción resolutoria, T. 86, sec. 2ª, pág. 88; un reclamo de ilegalidad en contra de una Municipalidad, *RDJ*, T. 89, sec. 1ª, pág. 90; una solicitud de quiebra, *FM*. N° 394, sent. 8, pág. 449, y *RDJ*, T. 90, sec. 2ª, pág. 182. En cambio, en el pagaré se estimó que se requiere demanda, al tenor de lo dispuesto por el Art. 100, de la Ley N° 18.092, de 14 de enero de 1982, que vimos en el texto en el N° 1334, que en efecto menciona específicamente los actos que interrumpen civilmente la prescripción de la acción cambiaria, que es de un año contado desde el día del vencimiento del documento (Art. 98).

Naturalmente que la acción debe intentarse antes que se cumpla el plazo de la prescripción, y así si se llama a reconocer firma y deuda, no revive la acción ya prescrita.¹⁷⁰⁰

1346. 2º. Notificación legal de la demanda. Como decíamos, la remisión del Art. 2518 al Art. 2503 implica que hay ciertos casos, los tres que enumera esta última disposición, en que la demanda judicial no basta para interrumpir civilmente la prescripción.

Ello ocurre, en primer lugar, “si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal” (Art. 2503, Nº 1º).

O sea, la demanda debe notificarse al deudor, y la notificación ha de cumplir los requisitos establecidos por la ley; si posteriormente se anula la notificación efectuada, no se ha interrumpido la prescripción.

La Corte Suprema había entendido habitualmente que la notificación debía hacerse antes que el plazo de la prescripción se hubiere cumplido, pues en caso contrario nada se obtiene con la notificación, ya que la prescripción ha operado.¹⁷⁰¹ Sin embargo, un fallo de la I. Corte de Valparaíso, de 29 de octubre de 1963, sostuvo que basta con que la demanda se intente antes de cumplirse el término de la prescripción, aunque la notificación se haga posteriormente, pues ella retrotrae sus efectos a la presentación de la demanda.¹⁷⁰² Fue interesante esta posición, pues, si bien se mira, la ley ha

El Art. 100 menciona la demanda judicial de cobro, la gestión necesaria para conducir dicha demanda o preparar la ejecución, y finalmente cuando ha sido notificado el obligado en el caso de extravío del documento. Sin embargo, la enumeración parece indicar que justamente la idea es que cualquier gestión judicial interrumpe la prescripción.

En materia de responsabilidad extracontractual se ha discutido si la querella criminal por el delito penal interrumpe la prescripción de la acción civil. La jurisprudencia no es totalmente clara y ha declarado que sí lo hace, *FM*, Nº 264, sent. 7ª, pág. 394; *RDJ*, T. 83, sec. 1ª, pág. 42, pero no ocurre así si en la querella criminal ha habido sobreseimiento.

¹⁷⁰⁰ *RDJ*, T. 85, sec. 1ª, pág. 168, y T. 86, sec. 1ª, pág. 135.

¹⁷⁰¹ *RDJ*, Ts. 36, sec. 1ª, pág. 118, y 48, sec. 2ª, pág. 13.

¹⁷⁰² *RDJ*, T. 60, sec. 2ª, pág. 130.

En anteriores ediciones de esta obra se señalaba que el punto admitía discusión, pero nos inclinábamos por esta sentencia por la evidente convivencia de ella en los más de los casos.

Un nuevo estudio muy de fondo del tema me ha demostrado que en esta parte el C.C. chileno, se apartó de su modelo habitual en materia de obligaciones, el Código francés, que en su Art.

2244 exige expresamente la notificación para que se produzca la interrupción, mientras que el nuestro (desde los primeros proyectos) requiere en los actuales Arts. 2503, 2518 y 2523 N° 2°, sólo que se intente el recurso judicial.

La necesidad de la notificación legal sólo aparece en el Proyecto Inédito, pero no como un requisito para que se produzca la interrupción. Se le incluye entre las causales por las cuales, de acuerdo al inciso final del que hoy es el Art. 2503, "se entenderá no haber sido interrumpida la 'prescripción' por la demanda".

Incluso el legislador cometió un error en la Ley N° 6.162, de 29 de enero de 1938, al reemplazar la causal por la cual ella se producía en el solo C.C. En éste se perdía la interrupción "por haber cesado el recurrente en la prosecución de la demanda por más de tres años". La Ley N° 6.162, reemplazó esta frase por el "abandono de la instancia" (hoy abandono del procedimiento) pensando que es la institución que establece el C.P.C. Pero olvidó el legislador que el abandono de la instancia sólo puede producirse cuando ya ha habido notificación. Así se ha fallado, por ejemplo, en sentencia publicada en *FM*. N° 456, sent. 9ª, pág. 2388. En cambio, en el C.C., si presentada la demanda no se proseguía por tres años, se perdía la interrupción. Por cierto que la Ley N° 6.162 debería haber rebajado el plazo de tres años a seis meses.

Por lo demás, la tendencia más moderna es que incluso el requerimiento extrajudicial interrumpa la prescripción, lo que es lo lógico y deberíamos, por lo menos, acercarnos por la vía de interpretación a esta tendencia, por evidentes razones de honestidad y ética. La prescripción no se creó para que no se cumplieran las obligaciones.

El error del legislador de 1938 restó aplicación a la tesis de la C.A. de Valparaíso en su fallo citado, aunque una sentencia publicada en la *G.J.* N° 256, pág. 71, sostuvo que notificada la demanda, ella se retrotrae necesariamente a la fecha de su presentación.

Los fallos recientes citados al respecto parecen más bien orientados en la tendencia de ampliar el campo de la expresión "demanda", pero manteniendo la exigencia de la notificación válida del demandado, como se dijo en la *G.J.* N° 250, pág. 213.

Así exigen notificación para que opere la interrupción civil: *FM*. N° 464, sent. 9, pág. 1196; respecto al Art. 480 del C. del T.; *RDJ*, T. 88, sec. 1ª, pág. 24; *G.J.* N° 137, sent. 1ª, págs. 35 y 89, sec. 2ª, pág. 21, y *L.S.* N° 33, pág. 7: C.S., 27 de diciembre de 2006.

Una conclusión lógica de estos fallos, y se acepta frecuentemente, es que si se declara nula la notificación de la demanda, no hay interrupción de la prescripción: *RDJ*, T. 89, sec. 2ª, pág. 21.

Considera eso sí que la interrupción se produce al distribuirse en la C.A. una demanda, una sentencia publicada en *RDJ*, T. 88, sec. 3ª, pág. 21.

También aceptó que hubo requerimiento en un caso en que se había anulado todo lo obrado. *L.S.* N° 2, pág. 22 (GS. 27 de septiembre de 2005).

La C.A. de Santiago el 29 de noviembre de 2001, respecto al Art. 480 del C. del T. que se remite a los Arts. 2523 y 2325 del C.C., resolvió que la sola presentación de la demanda interrumpía la prescripción. *G.J.* N° 257, pág. 174. En el mismo sentido: C.A. de Santiago, 21 de diciembre de 2005, pág. 96, la que agregó que producida la presentación de la demanda, se abre un nuevo plazo de la misma prescripción para notificarla.

El fallo se publica en *L.S.* N° 8, pág. 96. Veremos en el número siguiente que ello contradice el inciso final del Art. 2523, según el cual sucede a la prescripción de corto tiempo la del Art. 2515, esto es, la de 5 años. Exige notificación de la demanda: *G.J.* N° 279, pág. 269; C.A. de Santiago, 17 de septiembre de 2003.

exigido únicamente demanda judicial, y sólo ha declarado que ella es inapta para la interrupción si no ha sido notificada en forma legal.

Veremos que la discusión se repite en las prescripciones de corto tiempo, aunque es más complejo, puesto que el Art. 2523 N° 2° dispone que la interrupción se produce desde que interviene requerimiento. Algunos piensan que éste debe ser judicial, y otros que puede ser extrajudicial, pero entre los primeros se discute si la interrupción opera desde la notificación legal de la demanda, o desde su presentación, especialmente con relación al Art. 480 del C. del T., que se remite a los Arts. 2523 y 2524. Sin embargo,¹⁷⁰³ la mayoría de los fallos que en las prescripciones de corto plazo exigen todavía requerimiento judicial, considera que la interrupción se produce con la notificación válida de la demanda, aunque también los hay en contrario.

Se hace, en mi opinión, necesario que el legislador intervenga, reparando el error del año 1938,¹⁷⁰⁴ y acercando nuestro Código a las soluciones modernas.

En otro caso, se resolvió que anulada la notificación, ya no hay interrupción.¹⁷⁰⁵

1347. 3°. “Que no haya mediado desistimiento de la demanda o abandono de la instancia”. De acuerdo al N° 2° del Art. 2503, aplicable a la prescripción extintiva por la remisión del Art. 2518, la demanda judicial no interrumpe la prescripción “si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia”.¹⁷⁰⁶

Son ambas instituciones que reglamenta el C.P.C. en los Títulos XV y XVI, respectivamente, de su Libro 1°. El desistimiento de la demanda es el retiro de ésta por parte del actor, después de notificada al demandado (Art. 148 del C.P.C.) y el abandono de la instancia (cuya denominación cambió

¹⁷⁰³ Véase el N° 1361 y la jurisprudencia citada en él.

¹⁷⁰⁴ Véanse las notas 1702 y 1706 de este mismo Tomo.

¹⁷⁰⁵ *RDJ*, T. 89, sec. 2ª, pág. 21.

¹⁷⁰⁶ Como dijimos en la nota 1702 de este mismo Tomo, el precepto fue notificado por el Art. 1° de la Ley N° 6.162, de 28 de febrero de 1938: el Código en vez de referirse al abandono de la instancia hablaba de cesar la prosecución del juicio por más de 3 años. La reforma tuvo por objeto armonizar la disposición con el C.P.C.

la Ley N° 18.705, de 24 de mayo de 1988, en el C.P.C. "por abandono de procedimiento", olvidando hacerlo en el C.C.) se produce cuando las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contando desde la última providencia (Art. 152 del C.P.C.). El primero extingue la acción del demandante, por lo cual éste ya no podrá volver a intentarla; el abandono del procedimiento hace perder el procedimiento seguido ante los tribunales. De ahí que en ambos casos también cese el efecto de interrupción de la prescripción.

1348. 4º. "Que el demandado no haya obtenido sentencia de absolución". Finalmente, tampoco la demanda habrá conseguido interrumpir la prescripción "si el demandado obtuvo sentencia de absolución" (N° 3º del Art. 2503, aplicable a la prescripción extintiva por la remisión del inc. 3º del Art. 2518).

El tribunal ha rechazado la demanda del acreedor y de ahí que en definitiva la prescripción no ha quedado interrumpida. Sin embargo, también esta disposición ha provocado controversias en orden a si toda sentencia absolutoria del demandado atenta contra la interrupción, o si únicamente cuando ella se ha fundado sobre motivos de fondo del pleito, esto es, sobre la existencia o extinción de la obligación.

Nuestra jurisprudencia y doctrina se han inclinado por esta última solución, y en consecuencia, si la absolución se ha fundado en motivos procesales, que permiten renovar nuevamente la misma acción, corrigiendo el vicio de que adoleció con anterioridad, se ha concluido que no se pierde el efecto interruptor de la demanda deducida.

Así se ha resuelto en un caso de juicio ejecutivo en que la demanda se rechazó porque al título le faltaba algún requisito para tener mérito ejecutivo;¹⁷⁰⁷ en otro, en que se anuló todo lo obrado en un juicio por la incapacidad relativa del demandante acreedor,¹⁷⁰⁸ y finalmente, si la demanda se dedujo ante tribunal incompetente.¹⁷⁰⁹ Este último punto es comentado generalmente por

¹⁷⁰⁷ RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 186.

¹⁷⁰⁸ RDJ, T. 27, sec. 1ª, pág. 240.

¹⁷⁰⁹ RDJ, T. 1º, Parte 2ª, pág. 283, fallo recaído en un caso de prescripción adquisitiva, pero que vale igualmente para la extintiva, por la remisión de los Arts. 2518 al 2503, y Ts. 62, sec. 3ª, pág. 69, y 66, sec. 3ª, pág. 78, fallos recaídos en juicios del trabajo. FM. N° 258, mayo de 1980, pág. 102; G.J. N° 126, sent. 1ª, pág. 113, y N° 247, pág. 214.

los autores, compartiendo la posición de la jurisprudencia con el argumento de que la ley no ha hecho distinción entre demanda ante tribunal competente y el que no lo es.

La verdad es que estas interpretaciones chocan un poco con la letra de la ley que ha hablado de notificación legal de la demanda y sentencia de absolucón, sin hacer distinciones respecto a cuál ha sido la ilegalidad o el motivo del rechazo de la demanda, pero se justifican ampliamente si se piensa en el fundamento de la institución: la interrupción no hace sino manifestar fehacientemente la intención del acreedor de cobrar su crédito y semejante constatación se produce tanto ante tribunal competente como ante el que no lo es, si la actuación ha sido válida o nula, etc. En todos los casos resueltos, la acción misma queda indemne y susceptible de intentarse de nuevo. El acortamiento cada vez mayor de los plazos de prescripción hace aún más perentoria la aceptación de esta doctrina, pues si no, puede suceder que el término de aquélla se cumpla durante el primer pleito de cobro.

1349. D. Efectos de la interrupción. La interrupción, ya sea natural o civil, produce el efecto de hacer perder todo el tiempo transcurrido de la prescripción hasta el momento en que aquélla se produce. En consecuencia, la interrupción beneficia al acreedor y perjudica al deudor, quien pierde todo el término transcurrido, sin perjuicio de que concurriendo los requisitos legales, el plazo comience a correr nuevamente, como si por ejemplo el deudor ha reconocido la obligación. Desde ese momento comienza a correr el nuevo plazo.¹⁷¹⁰

En principio, la interrupción es de efectos relativos, ya que si es natural, constituye un acto jurídico uni o bilateral, que siempre afecta sólo a sus otorgantes, y si es civil, porque las demandas y sentencias judiciales igualmente son de efectos relativos.

Ello explica la disposición del Art. 2519 que hemos estudiado al hablar de las obligaciones con pluralidad de sujetos (Nºs. 422, 3º; 438, Nº 3º, 450, 469 y 473). En síntesis, la regla general es que la interrupción que beneficia a uno de los acreedores, o perjudica a uno de los codeudores, no favorece ni empece a los demás, salvo los casos de solidaridad e indivisibilidad.

¹⁷¹⁰ C.S., 14 de septiembre de 2004, publicado en *G.J.* Nº 291, pág. 105 (se trataba de un caso de aceleración del plazo).

El efecto relativo de la interrupción da lugar a algunas dudas frente a las cauciones constituidas por terceros; por ejemplo, si se trata de una cláusula penal, una hipoteca, una prenda constituida por otros para garantizar una deuda ajena, o en que el bien afecto a la garantía ha pasado a pertenecer a una tercera persona (poseedor de la finca hipotecada), o finalmente, en la fianza que siempre es constituida por alguien ajeno a la deuda principal. En todas estas situaciones el efecto relativo de la interrupción ya señalado nos llevaría a concluir que la acción intentada contra el tercero no interrumpe la prescripción de la obligación principal, y a la inversa la intentada contra éste no interrumpiría la prescripción de la obligación accesoria.

Sin embargo, hay que tener presente, en primer lugar, que el Art. 2519, al consagrar el efecto relativo de la interrupción, sólo se refiere al caso de la pluralidad de acreedores y deudores y no a las obligaciones de garantía, y en seguida, que el Art. 2516 fue bien claro en orden a que éstas prescriben conjuntamente con la obligación a que acceden. Si la interrupción afectara a la obligación principal, y no a la caución, ésta prescribiría antes que aquélla, y viceversa. Ha sido la posición de nuestros tribunales en un caso relativo a un tercer poseedor de la finca hipotecada.¹⁷¹¹

1350. II. Suspensión de la prescripción. La suspensión es un beneficio que el legislador otorga a los acreedores incapaces y a la mujer casada bajo el régimen

¹⁷¹¹ G.T. de 1939, 1^{er} sem, N° 116, pág. 588. G.J. N° 275, pág. 108; L.S. N° 36, pág. 51 (C.A. de Santiago de 7 de marzo de 2007. En este caso se habría ejercido contra el deudor principal la acción emanada de un pagaré), L.S. N° 33, pág. 38 (C.S., 26 de diciembre de 2006), y L.S. N° 16, pág. 38. En un caso de quiebra se estimó que la verificación de los pagarés de un crédito garantizado con hipoteca interrumpe la prescripción de ésta. G.J. N° 242, pág. 101.

En cambio, se estimó que el Art. 100 de la Ley sobre Letras y Pagarés, según el cual sólo se interrumpe la prescripción respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial, por ser especial, prima respecto de la norma contenida en el Art. 2519 del C.C.: G.J. N° 271, pág. 75.

La doctrina está dividida. Sostiene la primacía del Art. 2516 Manuel SOMARRIVA, *Cauciones*, ob. cit., quien estudia detalladamente el problema para la fianza en el N° 161, pág. 165, para la prenda, N° 338, pág. 305, y para la hipoteca, N° 469, pág. 476. En contra de su opinión, Ramón MEZA BARROS, *De la interrupción de la prescripción extintiva civil*, M. de P., Santiago, 1936, N° 184, pág. 83, y Rafael MERY, ob. cit., N° 225, pág. 401.

Cabe agregar que el Código francés en el caso de la fianza solucionó el problema en el Art. 2250 en el mismo sentido que entre nosotros propugna Somarriva, pero en la hipoteca sus disposiciones son diferentes a las nuestras por la distinta concepción de la institución.

de sociedad conyugal para que la prescripción no corra en su contra mientras dure la incapacidad o la sociedad conyugal.

En la suspensión también resulta afectado el silencio de la relación jurídica, pero por disposición del legislador, quien considera que el acreedor en general incapaz se encuentra imposibilitado de ejercer sus derechos, o sea, de romper su inactividad y por tal motivo declara que la prescripción no correrá mientras dure esa inhabilidad. Ciertamente es que normalmente el incapaz estará dotado de un representante legal y que bien puede éste interrumpir las prescripciones que corran contra aquél, pero también es posible que el incapaz carezca de él, o que el representante sea desidioso, y la prescripción haga perder sus derechos a quien jurídicamente nada puede hacer para evitarlo. El legislador, ante este peligro, corta por lo sano y establece la suspensión de la prescripción extintiva en los mismos términos que la de la adquisitiva.

En efecto, el Art. 2520 dispone: “la prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los N.ºs. 1º y 2º del Art. 2509”. Según este precepto, la prescripción adquisitiva ordinaria se suspende en favor de “1º. Los menores; los dementes; los sordos o los sordomudos y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría”. Por ello hemos resumido la regla diciendo que la prescripción extintiva se suspende en favor de los incapaces, tengan o no representante legal.

La Ley N.º 18.802, de 9 de junio de 1989, que suprimió la incapacidad de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, la eliminó de este N.º 1º, pero mantuvo la suspensión intercalando un N.º 2º en el Art. 2509, en cuya virtud la prescripción se suspende en favor de: “2º. La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta”. El inciso penúltimo del precepto agrega: “No se suspende la prescripción en favor de la mujer separada judicialmente de su marido, ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto de aquellos que administra”.¹⁷¹²

Esta es una nueva expresión de esta desafortunada reforma legal que suprimió la incapacidad de la mujer casada en sociedad conyugal, pero le mantuvo

¹⁷¹² Este inciso fue modificado por la Ley de Matrimonio Civil N.º 19.947, de 17 de mayo de 2004, que reemplazó la referencia a la mujer divorciada que hacía el precepto anterior, y que no correspondía al divorcio actual, sino justamente a la separación judicial a la cual ahora se refiere la disposición. En todo caso, esto no produce suspensión ni adquisitiva, ni tampoco extintiva hoy en día.

muchos de sus efectos, entre ellos, la administración por el marido de los bienes propios de ella. Por lo mismo conservó también la suspensión.

Respecto a ésta, cabe tener presente que ella se aplica sin lugar a dudas a la prescripción extintiva ordinaria (Nº 1333), pero no a la ejecutiva (Nº 1334). Tratándose de la prescripción de acciones que amparan el dominio y derechos reales, como la extinción se produce por la prescripción adquisitiva del derecho, la suspensión se gobierna por las reglas propias de esta última.

La suspensión es un beneficio personalísimo del acreedor incapaz, y perjudica al deudor, porque mientras dure la incapacidad no corre la prescripción.

Su efecto es diferente a la interrupción que hace perder todo el tiempo ya corrido de la prescripción; la suspensión, en cambio, impide que continúe transcurriendo. Si el acreedor es incapaz cuando la obligación se hace exigible, no comienza a correr prescripción alguna, pero si cae en incapacidad durante el transcurso del plazo legal, éste deja de correr, y sólo reanuda su curso cuando cesa la incapacidad. Por ejemplo, corridos dos años de prescripción, el acreedor es declarado en interdicción por demencia. Ella dura 4 años, y entonces comienza a correr de nuevo la prescripción, tomándose en cuenta los 2 años que alcanzaron a transcurrir.

Sin embargo, la suspensión tiene un límite, pues ya hemos señalado que el legislador establece un plazo máximo en el Código, pasado el cual es su aspiración que todas las situaciones jurídicas y derechos queden definitivamente consolidados. Este plazo, que era de 30 años en el Código, y la Ley Nº 6.162 rebajó a 15 años, ha pasado a ser de 10 por la reforma de la Ley Nº 16.952 (Nº 1328). Por ello es que el Art. 2520 dispone que "transcurridos 10 años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente".

La suspensión es personalísima y excepcional; no admite, pues, interpretación analógica, ni se traspaşa conjuntamente con el crédito respecto al cual está operando, ya sea por sucesión por causa de muerte, pago con subrogación (Nº 744), cesión de créditos (Nº 1151), etc.

Adviértase que en esta parte el precepto es muy cuidadoso y se remite a lo dispuesto en los Nºs. 1º y 2º del Art. 2509, y no a todo el precepto de este artículo.

En consecuencia, no se aplica a la herencia yacente ni tampoco rige el inciso final del Art. 2509.

En efecto, respecto de esto último, sólo la prescripción adquisitiva no corre entre cónyuges, pero sí lo hace la extintiva. Ella tiene lugar entre cónyuges. Desde luego porque en aquélla no resultaría lógico que dadas las relaciones matrimoniales y las reglas propias de la sociedad matrimonial, los cónyuges estuvieran ganando bienes uno respecto del otro por prescripción, ni tampoco sería tan categórico probar los actos de posesión.

En cambio, en la prescripción extintiva no militan las mismas razones y no existe sólo el interés de los cónyuges, sino que los de terceros, especialmente de los restantes acreedores. Confirma esta interpretación el inciso final del Art. 2520, ya comentado, en cuya virtud, transcurridos 10 años, esta suspensión no se toma en cuenta. En cambio, la adquisitiva no opera nunca entre cónyuges.

1351. La interrupción y suspensión en la Ley de Quiebras (véase N° 1044). Primero que todo digamos que se ha fallado que la quiebra no suspende ni interrumpe la prescripción de los créditos de fallidos.¹⁷¹³

En principio, pues, la Ley de Quiebras (véase N° 1044) no producía efectos en la prescripción, hasta que, como lo dijimos anteriormente, la Ley N° 20.073, de 29 de noviembre de 2005, reemplazó el Título sobre los “Convenios judiciales” para referirse ahora a los “Acuerdos extrajudiciales y los convenios judiciales”.

En este Título se contienen varias disposiciones que establecen suspensiones e interrupciones de prescripción en las circunstancias que mencionan, y que constituyen casos de ellas ajenas a las generales del C.C.

Por razones obvias, nos limitaremos a enumerarlas:

1. El Art. 177 (véase N° 1044) reproduce el antiguo Art. 177, que establecía que el convenio judicial preventivo no entorpece el ejercicio de las acciones que procedan contra el deudor, pero agrega actualmente que suspenderá el plazo de prescripción de las acciones contempladas en los párrafos 2° y 3° del

¹⁷¹³ G.J. N° 235, pág. 92.

Título VI (inoponibilidad y acción pauliana). La suspensión se inicia con la resolución que lo tiene por presentado o que ordena citar a Junta de Acreedores en el caso del Art. 177 ter (véase N° 1044).

2. El Art. 177 bis (véase N° 1044) se pone en el caso de la proposición del convenio judicial preventivo con apoyo de dos o más acreedores que representen más del 50% del activo, y fija un plazo de 90 días durante el cual tampoco "correrán los plazos de prescripción extintiva", esto es, hay otra suspensión dentro de los marcos de la disposición, y

3. El Art. 177 ter, inciso 9° (véase N° 1044), establece otro plazo en que "no correrán los plazos de prescripción extintiva", esto es, también se produce una suspensión de la prescripción.

Recordemos que también en el caso de la subordinación de créditos (N° 1117) también hay una suspensión de prescripción en la Ley de Quiebras (N° 1044).

1352. III. Paralelo entre interrupción y suspensión. Ambas instituciones se asemejan en que ellas actúan sobre el transcurso del tiempo de la prescripción, en beneficio del acreedor y perjuicio del prescribiente. Tanto la una como la otra deben ser probadas por el acreedor que las alega (N° 1330).

Se diferencian, en cambio:

1°. En cuanto a su fundamento. En la interrupción las partes rompen el silencio de la relación jurídica; la suspensión es un beneficio concedido por el legislador a personas a quienes considera imposibilitadas para poner fin a dicha inactividad. En consecuencia, la primera supone una actuación del deudor, del acreedor o de ambos, mientras que la suspensión opera de pleno derecho;

2°. La interrupción puede operar a favor de cualquier persona; la suspensión, institución de excepción, sólo a beneficio del acreedor a quien la ley se la otorga;

3°. La interrupción hace perder todo el tiempo de la prescripción; la suspensión impide que ella corra, pero no se pierde el plazo ya transcurrido;

4°. La interrupción no tiene limitación de plazo, mientras la suspensión no se toma en cuenta pasados 10 años, y

5º. La interrupción es común a toda prescripción, mientras que la suspensión, según lo veremos en la sección siguiente, no tiene lugar en las de corto plazo.

Sección Tercera
*Las prescripciones de corto tiempo*¹⁷¹⁴

1353. Concepto. Como habíamos dejado señalado, el párrafo 4º del Título XLII y último del Libro 4º trata “de ciertas acciones que prescriben en corto tiempo”, Arts. 2521 a 2524.

¿Qué son prescripciones de corto tiempo para nuestro Código? En realidad no hay otra definición posible que una negativa: son aquellas que hacen excepción a la regla general del Art. 2515 de la prescripción extintiva ordinaria. Este precepto nos dice que el tiempo de prescripción es en general de 5 años; luego, las de corto plazo son todas aquellas que tienen un término inferior a éste, que constituye la regla general.¹⁷¹⁵

El concepto se ha ido haciendo relativo, como ya lo dejamos señalado; en el mero Código había diferencia sustancial entre los 20 años del Art. 2515 y los 3 y 2 contemplados en el párrafo 4º. Hoy la distancia ha disminuido bastante, lo que tiene importancia para la calificación de las no contempladas en dicho párrafo: las especiales (Nº 1364).

Las prescripciones de corto tiempo admiten una clasificación en 4 categorías:

- 1º. Las de 3 años (inc. 1º del Art. 2521);
- 2º. Las de 2 años (inc. 2º del mismo precepto);
- 3º. Las de 1 año (Art. 2522).

¹⁷¹⁴ Véase Ximena BARRERA SANHUEZA, *Estudio crítico de la jurisprudencia recatada en las prescripciones de corto tiempo del Código Civil*, ob. cit.; Héctor ESCRÍBAR, *De la prescripción extintiva civil*, ob. cit.; Pedro LIRA URQUIETA, *De la prescripción extintiva en el Derecho Civil chileno*, M. de P., Santiago, Ed. Universitaria, 1945. y Luis E. CONTRERAS ABURTO, *De la prescripción extintiva civil*, M. de P., Concepción, 1945.

¹⁷¹⁵ Ximena BARRERA, ob. cit., Nº 4, pág. 10.

Estas tres se reglan por las mismas normas, según veremos, y sobre todo entre las de 1 y 2 años es aún más marcado el parentesco; las trataremos en un primer párrafo, y

4º. Las prescripciones especiales (Art. 2524), a las que destinaremos un segundo párrafo.

Párrafo 1º

Las prescripciones de 1, 2 y 3 años

1354. Fundamento. La prescripción de 3 años de carácter tributario no existía en el Código, y tiene una explicación que veremos en el número siguiente.

Las de 1 y 2 años, únicas que establecía el párrafo 4º del Título de la prescripción, se fundan en una presunción de pago; como veremos, se trata generalmente de obligaciones de poca monta y que suponen una cierta relación de conocimiento personal entre acreedor y deudor. En todo caso, se trata de actos en que por este motivo u otros semejantes el deudor queda inhibido de solicitar recibos escritos, y así no será frecuente pedirle comprobantes de pago al almacenero a quien se compran habitualmente las provisiones. El uso, pues, impone en ellas una dificultad práctica para exigir recibos, y por las mismas circunstancias la ley presume que se han solucionado en términos breves. De ahí que establezca plazos cortos de prescripción.

Nos referiremos en los números siguientes a las prescripciones tributarias, a las de 2 años y de 1 año.

1355. I. Prescripciones tributarias. En nuestra legislación existía una verdadera anarquía en materia de plazos de prescripción para el cobro y devolución de impuestos, a la que quiso poner término la Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952, intercalando un inc. 1º en el Art. 2521. Dispone este precepto: "prescriben en 3 años las acciones a favor o en contra del Fisco y de las Municipalidades provenientes de toda clase de impuestos".

Daremos muy breves nociones al respecto, pues el punto corresponde al Derecho Tributario, pero deben tenerse presentes dos cosas:

1º. Que la disposición sólo se aplica al Fisco y a las Municipalidades y únicamente a las acciones en contra o a favor de ellos provenientes de impuestos. Cualquier otra acción del Fisco o de las Municipalidades, o en contra de

ellos que no versen sobre impuestos, se sujeta a las reglas generales, si no hay disposición especial en la legislación para el caso;

2º. Que se encuentran exceptuados de la disposición todos aquellos impuestos que leyes especiales sujetan a normas diferentes de prescripción.

Entre éstas, las más importantes y que han restado gran importancia práctica al Art. 2521, inc. 1º, son las contenidas en el Código Tributario, D.L. N° 830, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974.¹⁷¹⁶ Quedan sujetas a sus disposiciones todas las acciones que se refieran a impuestos colocados bajo la competencia del Servicio de Impuestos Internos (Art. 1º del C. Tributario), de manera que todo impuesto sujeto al control y fiscalización de este Servicio no se regirá en cuanto a su prescripción por las reglas del C.C., sino por las del Tributario, ya sea del contribuyente para solicitar la devolución de impuestos pagados por error, o del Fisco para exigir el pago de los no enterados oportunamente.

La regla general es que prescriben en 3 años las acciones del Fisco para la revisión y cobro de impuestos, contados desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago de ellos, pero se extiende a 6 años si se trata de impuestos sujetos a declaración del contribuyente, y ésta no se hubiere presentado o la presentada fue maliciosamente falsa (Arts. 200 y 201 del C. Tributario).

Esta prescripción no se suspende, y se interrumpe en los casos del Art. 201 del mismo Código.

Se refieren a la restitución de impuestos indebidamente pagados los Arts. 126 a 128 del mismo Código en forma muy poco clara.¹⁷¹⁷

1356. II. Prescripción de dos años. Están contempladas en el actual inc. 2º del Art. 2521, que también sufrió una modificación, pero a manos de la Ley N° 6.162, de 28 de enero de 1938, que rebajó el plazo de 3 al actual de 2

¹⁷¹⁶ Véase Emilio CHARAD DAHUD, *El Código Tributario*. Imprenta Horizonte, Santiago, 1965, págs. 327 y siguientes, con la salvedad, eso sí, de que debe tenerse cuidado con las modificaciones, pues, como todas las leyes tributarias, el Código está sujeto frecuentemente a ellas. Véase igualmente *Tribunales Tributarios y Aduaneros* de Alfredo UGARTE SOTO y Jaime GARCÍA ESCOBAR.

¹⁷¹⁷ Véase *RDJ*, T. 62, sec. 1ª, pág. 180.

años. En general, se sujetan a la prescripción de 2 años los honorarios de los profesionales por sus servicios.

Para su aplicación, en consecuencia, deben concurrir copulativamente dos requisitos:

1º. Debe tratarse de honorarios.

Así lo señala expresamente la disposición, de manera que cualquier otra acción que corresponda a las personas enumeradas en ella, y que no consistan en honorarios por sus servicios profesionales, como si, por ejemplo, un abogado demanda un saldo de precio de una compraventa de un bien raíz suyo que ha vendido, no queda sujeta a esta prescripción de corto tiempo, sino que a las reglas generales; sólo se aplica, pues, a lo obtenido como honorarios en el ejercicio de una profesión liberal.

Tampoco se aplica la prescripción de 2 años cuando el profesional desempeña su labor profesional como empleado de otra persona, sujeto a un sueldo, porque en tal caso regirán las normas de prescripción del Código del Trabajo, o del Estatuto Administrativo, según quien sea el empleador.¹⁷¹⁸

2º. El honorario debe corresponder al ejercicio de una profesión liberal. El precepto menciona "los honorarios de jueces, abogados, procuradores, los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general, de los que ejercen cualquier profesión liberal".

Esta última es la expresión genérica que utiliza la ley, por lo que la enumeración es meramente enunciativa. Incluso, como señala Pedro Lira, no se requiere un título oficial para quedar incluido en el precepto, a menos que la ley lo exija expresamente para el ejercicio de determinadas profesiones, como ocurre con los médicos, abogados, dentistas, etc. En consecuencia, un perito calígrafo, en cuanto a sus honorarios por el peritaje, queda incluido en el precepto.¹⁷¹⁹

¹⁷¹⁸ *RDJ*, T. 38, sec. 1ª, pág. 103; aplicando el antiguo Código del Trabajo.

¹⁷¹⁹ *Ob. cit.*, pág. 173.

En igual sentido se pronuncia un voto disidente de un fallo recaído en recurso de queja en que la mayoría lo rechazó porque estimó que se trataba de un problema de interpretación legal, que escapa a un recurso de queja: *G.J.* N° 239, pág. 73.

Este precepto menciona a los jueces, pero debe entenderse a los que perciben honorarios, como los árbitros, pero no a los del Poder Judicial que remunera el Estado y quedan sujetos a la misma situación de cualquier funcionario público.

Nombra igualmente a los procuradores, esto es, a los mandatarios judiciales; los demás mandatos no quedan sujetos a esta prescripción,¹⁷²⁰ a menos que correspondan al ejercicio de una profesión liberal.

Finalmente, se ha fallado que no importa el origen de los honorarios, y en consecuencia se aplica tanto a los que corresponden por ley o contractualmente.¹⁷²¹

1357. Desde cuándo corre la prescripción de dos años. No existiendo regla especial, la respuesta es obvia: desde que el honorario se hizo exigible, pero si llamamos la atención sobre el punto es porque si bien no hay problemas cuando se trata de servicios aislados, en cambio puede haberlos, por la brevedad del plazo, si se prestan servicios continuados por el profesional, como ocurre típicamente cuando un médico atiende no una consulta aislada, sino al paciente durante toda una larga enfermedad.

En este caso, la unanimidad de las opiniones se inclina por sostener que el plazo de prescripción comienza a correr desde que se terminaron de prestar los servicios. Así se ha fallado también respecto de abogados y médicos,¹⁷²² y es, por otra parte, el criterio que aplica el legislador en el caso muy semejante de los trabajadores sometidos al C. del T. En el antiguo Código la prescripción se contaba desde el término de los servicios. En el actual, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere el Código prescriben en 6 meses contados desde la terminación de los servicios, pero los derechos regidos por el Código prescriben en 2 años contados en la forma general: desde que se hacen exigibles (Art. 480).

¹⁷²⁰ *RDJ*, T. 31, sec. 2ª, pág. 11; *G.T.* de 1902, T. 2º, Nº 968, pág. 421.

¹⁷²¹ *RDJ*, T. 60, sec. 1ª, pág. 35.

¹⁷²² *RDJ*, Ts. 5º, sec. 1ª, pág. 106; 44, sec. 1ª, pág. 315; 50, sec. 1ª, pág. 419, y sec. 2ª, pág. 34; 52, sec. 1ª, pág. 390, y 63, sec. 1ª, pág. 284. En cambio, tratándose de peritos judiciales, cada peritaje es un servicio aislado: *RDJ*, Ts. 46, sec. 1ª, pág. 759; 49, sec. 1ª, pág. 393, y 60, sec. 1ª, pág. 35.

1358. III. Prescripciones de un año. Están establecidas en el Art. 2522,¹⁷²³ y constituyen dos categorías diferentes, separadas en sendos incisos del precepto.

1º. El inc. 1º se refiere a la acción de mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que despachan al menudeo.

Esto es, la acción debe corresponder a un mercader, proveedor o artesano, y corresponder al precio de los artículos que despachan en la forma señalada en el precepto.

Mercader es sinónimo de comerciante; proveedor, según el Diccionario de la Lengua, el que tiene a su cargo proveer o abastecer todo lo necesario, especialmente de mantenimiento, a los ejércitos, armadas, casas de comunidades u otras de gran consumo; finalmente, según el mismo Diccionario, artesano es el que ejercita un arte u oficio meramente mecánico.

Y en seguida, la acción debe corresponder al precio de los artículos que estas personas “despachan”, esto es, venden “al menudeo”. Esta última expresión ha suscitado una división entre los autores y fallos de los tribunales. Para la opinión de mayoría,¹⁷²⁴ que compartimos por razones de unidad legislativa, “al menudeo” es lo mismo que “al por menor”, expresión definida en el Art. 30, inc. 3º del C. Co. en los siguientes términos: “se considera comerciante por menor al que vende directa y habitualmente al consumidor”. Luego, venta al por menor es la que se efectúa directamente al consumidor.

Otra opinión sostiene, en cambio, que debe recurrirse al Diccionario de la Lengua, que califica de venta al menudeo la que es de pequeña cuantía, la efectuada “menudamente”.¹⁷²⁵

2º. El inc. 2º del Art. 2522 se refiere a la acción de “toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente; como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.”.

¹⁷²³ La citada Ley N° 6.162 modificó el precepto rebajando el plazo de 2 años a 1 año, eliminando la inclusión en él de los dependientes y criados por sus salarios, pues la prescripción de sus acciones se rige actualmente por el D.L. N° 2.200.

¹⁷²⁴ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 393; FUEYO, ob. cit., T. 2º, N° 264, pág. 265; *RDJ*, Ts. 6º, sec. 1ª, pág. 507, y 47, sec. 1ª, pág. 418.

¹⁷²⁵ *RDJ*, Ts. 2º, sec. 1ª, pág. 302; 7º, sec. 1ª, pág. 287, y 14, sec. 1ª, pág. 583.

La enumeración es enunciativa. Lo importante es que se trate del precio por servicios que se prestan periódica o accidentalmente.¹⁷²⁶

1359. Las prescripciones de corto tiempo y la suspensión e interrupción. Las prescripciones de corto tiempo no se suspenden. Así lo señala el inc. 1º del Art. 2523: “las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna”.

Como el precepto se remite a los dos artículos precedentes, esta regla y las de la interrupción que veremos luego, se aplican por igual a todas las prescripciones de corto tiempo que hemos analizado en los números anteriores, esto es, a las de 1, 2 y 3 años, siempre que estén gobernadas por dichos preceptos.

El inc. 1º del Art. 2523 es redundante, pues dice que corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna.¹⁷²⁷ El reforzamiento se debe al deseo del legislador de la brevedad de la prescripción, dado el fundamento de la mayoría de las de corto tiempo que hemos apuntado: dificultad del comprobante escrito.

Las normas que el Art. 2523 da en materia de interrupción son también comunes a las prescripciones de corto tiempo de los Arts. 2521 y 2522, con la salvedad ya señalada, esto es, que estén regidas por estos preceptos. No se aplican, en consecuencia, por ejemplo, a las establecidas por el C. Tributario.

Los N.ºs. 1º y 2º del Art. 2523 se refieren, respectivamente, a la interrupción natural y civil, y el inc. final al efecto de ellas, que en doctrina recibe el nombre de intervención. En los números siguientes analizaremos estos tres aspectos de la interrupción de la prescripción de corto tiempo.

1360. I. Interrupción natural de la prescripción de corto tiempo. La interrupción natural se produce desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor.

¹⁷²⁶ Véase un interesante fallo de la C.S. que aplicó la prescripción de dos años: *G.J.* N.º 294, pág. 116.

¹⁷²⁷ Algunos han querido ver en esta frase una referencia a los incs. 2º y 3º del Art. 2508, hoy derogados, que para la prescripción adquisitiva ordinaria distinguían entre ausentes y presentes; otros, una referencia al Art. 2497 que dice que la prescripción corre contra y a favor de cualquier persona (BARRERA, ob. cit., pág. 15). Ello no quita la redundancia del precepto, que confirma el Art. 2524 al usar precisamente la expresión “corren contra toda persona” para referirse a la no suspensión.

La distinción que efectúa el Código entre pagaré y obligación escrita carece de toda justificación, ya que el primero no es sino una forma de la segunda, en el sentido que le da el precepto, esto es, documento que da constancia de una deuda. En él quedan incluidos el pagaré, la letra de cambio, cheque, reconocimiento a confesión de deuda, etc.

Es obvio que si la obligación ha constado por escrito desde un comienzo no tiene asidero la presunción de pago en que están edificadas las prescripciones de corto tiempo, y en consecuencia ellas no se aplican. Así se ha resuelto.¹⁷²⁸

Algunos autores¹⁷²⁹ estiman que el documento debe ser necesariamente uno de los señalados, que exprese la obligación, y no aceptan aquellos que se refieren a ella, como una carta del deudor solicitando prórroga, o una liquidación de la deuda, etc. Creemos que tanto afectan a la presunción de pago en que reposan estas prescripciones unos y otros documentos. En todos ellos hay reconocimiento de la deuda, y no se divisa razón para ser más exigente en este caso que en la interrupción natural de la prescripción de largo tiempo en que basta cualquier reconocimiento de deuda (Nº 1343).

El otro caso de interrupción natural es la concesión de plazo por el acreedor, para lo cual el legislador no exige que ella conste por escrito, como lo hizo con el reconocimiento del deudor y lo establecía el Proyecto de 1853.

1361. II. Interrupción civil. El Nº 2º del Art. 2523 declara que las prescripciones de corto tiempo se interrumpen: “desde que interviene requerimiento”.

Al igual que en el caso de las prescripciones de largo tiempo se ha prestado a discusión la expresión “requerimiento” en orden a si éste debe ser judicial o si basta uno que no tenga tal calidad. Hasta hace poco la opinión predominante era que se necesitaba requerimiento judicial, aunque bastando para estos efectos uno cualquiera, esto es, no se exigía que el acreedor demandara directamente el crédito, y en consecuencia interrumpiría la prescripción de corto tiempo una demanda ante tribunal incompetente, una preparación de la vía ejecutiva, etc.

¹⁷²⁸ RDJ, T. 38, sec. 1ª, pág. 103.

¹⁷²⁹ Pedro Lira, ob. cit., pág. 212, y FUEYO, ob. cit., T. 2º, Nº 678, pág. 266.

La doctrina apoyaba esta solución en la definición de requerimiento del Diccionario de la Lengua como el acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa.¹⁷³⁰ Tal era la opinión igualmente de la jurisprudencia.¹⁷³¹

Sin embargo, no deja de llamar la atención la diferencia entre este número 2º del Art. 2523, que habla de “requerimiento” a secas, y sus equivalentes para la prescripción de largo tiempo, que es el inc. final del Art. 2518 y habla de “demanda judicial”, y para la adquisitiva, que es el Art. 2503, y se refiere al “recurso judicial” (Nº 1344). Aún más, en el Proyecto de 1853 el Art. 2705, que corresponde al actual Art. 2523, contemplaba la demanda judicial para interrumpir la prescripción de corto tiempo, expresión reemplazada por la actual de requerimiento.

Parece claro, pues, el ánimo del legislador de diferenciar esta interrupción civil de la equivalente en la prescripción de largo tiempo, lo que tiene una justificación muy lógica, desde dos ángulos: primero, porque el plazo de ella es muy breve, por lo cual deben otorgarse facilidades al acreedor para destruir la presunción de pago en que se fundan, y segundo, por el efecto muy particular de esta interrupción y que veremos en el número siguiente. Semejante efecto no se justifica ante un recurso judicial.

De ahí que la C.S., en sentencia de 14 de julio de 1967, haya aceptado que el requerimiento puede ser extrajudicial, definiendo aquél como el acto judicial o extrajudicial por el cual se exige a una persona que haga o no haga una cosa o que exprese una actitud o respuesta.¹⁷³²

La jurisprudencia posterior se ha dividido, y como lo advertimos en el Nº 1344, ello ha ocurrido principalmente en materia laboral, en relación con el Art. 480 del C. del T., que se remite expresamente a los Arts. 2523 y 2524 del C.C.

¹⁷³⁰ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 394; LIRA, ob. cit., pág. 213; ESCRIBAR, ob. cit., pág. 98; FUEYO, ob. cit., T. 2º, Nº 679, pág. 268, quien agrega además que el requerimiento judicial es la regla general en el Código como lo prueba la conclusión en mora.

¹⁷³¹ *RDJ*, Ts. 1º, Parte 2ª, pág. 283, y 13, sec. 1ª, pág. 449.

¹⁷³² *RDJ*, T. 64, sec. 1ª, pág. 236.

Algunas sentencias han dicho que la interrupción se produce al momento de distribuirse la demanda en la C.A. respectiva.¹⁷³³ Otra, aceptó que hubo requerimiento en un caso en que se había anulado todo lo obrado.¹⁷³⁴ También se ha resuelto que la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción.¹⁷³⁵

Otros fallos, en cambio, mantienen la exigencia de la notificación válida de la demanda.¹⁷³⁶

1362. III. Efectos de la interrupción: la intervención. La interrupción de la prescripción de corto tiempo produce un efecto muy especial que en doctrina recibe el nombre de intervención: interrumpida civil o naturalmente la prescripción de corto tiempo, deja de ser tal y pasa a ser de largo tiempo. Así lo señala el inc. final del Art. 2523: "en ambos casos (los de los N°s. 1° y 2°) sucede a la prescripción de corto tiempo la del Art. 2515".¹⁷³⁷

Como se ha señalado muy gráficamente, la prescripción de corto tiempo adquiere mayoría de edad.¹⁷³⁸ La solución se justifica plenamente, porque se ha destruido la presunción de pago, y no existe motivo para que la prescripción sea de plazo tan breve.

¹⁷³³ F.M. N° 444, sent. 2ª de la Sección Trabajo, pág. 1740 y RDJ, T. 88, sec. 3ª, pág. 21.

¹⁷³⁴ L.S. N° 2, pág. 22 (C.S. 27 de septiembre de 2005).

¹⁷³⁵ G.J. N° 257, pág. 174 y L.S. N° 8, pág. 96. Esta última sentencia agregó que producida la presentación de la demanda, se abre un nuevo plazo de la misma prescripción para notificarla. Veremos en el número siguiente que ello contradice el inciso final del Art. 2523, según el cual sucede a la prescripción de corto tiempo la del Art. 2515, esto es, la de 5 años.

¹⁷³⁶ RDJ, T. 88, sec. 1ª, pág. 24, y 89, sec. 2ª, pág. 21. G.J. N° 137, sent. 1ª, pág. 35, y N° 279, pág. 269 (C.A. de Santiago, 17 de septiembre de 2003) y L.S. N° 33, pág. 7 (C.S. 27 de diciembre de 2006).

¹⁷³⁷ Tratándose de las prescripciones tributarias sometidas al Código del ramo, el Art. 201 reglamenta la interrupción, distinguiendo tres situaciones: si interviene reconocimiento u obligación escrita, se produce la intervención en los términos del Art. 2523; empieza a correr la prescripción extintiva ordinaria del Art. 2515; si interviene notificación administrativa de un giro o liquidación, empieza a correr un nuevo plazo de 3 años, y finalmente, si se produce requerimiento judicial, tiene lugar el efecto general de la interrupción.

¹⁷³⁸ BARRERA, ob. cit., pág. 20.

La misma sentencia de la C.S. citada en el número anterior¹⁷³⁹ ha resuelto que la intervención se produce únicamente cuando la interrupción es natural y si el requerimiento es extrajudicial; si es judicial, opera la regla general de los Arts. 2503 y 2518. Esta decisión choca a la vista con la letra de la ley, pues el inc. final del Art. 2523 señala que en los dos casos, o sea, sin hacer distinguos, sucede a la prescripción de corto tiempo la de largo tiempo, pero es lógico que si el acreedor ha demandado directamente el cobro de su crédito, deje de correr la prescripción. En consecuencia, a la prescripción de corto tiempo sucede la de largo tiempo, y como se cumple el requisito del Art. 2518 de la “demanda judicial”, esta prescripción ordinaria queda interrumpida. Es la forma de conciliar las disposiciones.

En conclusión, por regla general la interrupción de las prescripciones de corto tiempo produce intervención, salvo que ella sea civil y se haya efectuado mediante requerimiento judicial, en cuyo caso se pierde todo el tiempo de prescripción.

Párrafo 2º

Las prescripciones especiales de corto tiempo

1363. Concepto. Según el Art. 2524, último numerado del Código, “las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla”.

Como lo señala el precepto, estas prescripciones especiales se encuentran diseminadas en el Código, se refieren a toda clase de situaciones, y en muchos casos no se justifica el tratamiento diferenciado; en una futura revisión del Código podría buscarse una uniformación de ellas.

Ahora bien, respecto de estas prescripciones especiales conviene tener presentes dos cosas:

1º. Que ellas son de corto tiempo; así lo señala el Art. 2524, y en consecuencia se aplicará este precepto únicamente a las que tengan tal calidad,

¹⁷³⁹ Véase nota 1732.

que son actualmente todas las que sean de menos de 5 años, según lo dicho anteriormente, y

2º. Que a estas prescripciones no se aplican las reglas estudiadas en el párrafo anterior para las demás de corto tiempo. En efecto, el Art. 2523 es claro en orden a que quedan sujetas a sus reglas "las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes". Luego, no incluye las del Art. 2524, que le sigue.

En consecuencia, no se les aplican las normas del Art. 2523 sobre interrupción. Si la disposición que establece la prescripción especial de corto tiempo nada dice específicamente, su interrupción se gobierna por las reglas generales de la prescripción de largo tiempo y no por las de excepción para las prescripciones de 1, 2 y 3 años antes estudiadas.¹⁷⁴⁰

Estas prescripciones especiales de corto tiempo no se suspenden; así lo dice el Art. 2524, nueva confirmación de que ellas no se gobiernan por la misma regla de las demás de plazo breve, pues, de ser así, estaría el precepto repitiendo lo dicho por el anterior.

Esta norma de que las prescripciones especiales de corto tiempo no admiten suspensión rige "salvo que expresamente se establezca otra regla".

La excepción más típica es la acción rescisoria que se suspende en favor de los herederos menores hasta que cumplan la mayoría de edad, pero sin que se pueda pedir la nulidad si han pasado 10 años desde la celebración del acto o contrato (Art. 1692).

También equivale a una suspensión la circunstancia de que la prescripción no corra mientras subsista la incapacidad del perjudicado con ella: así ocurre en la misma nulidad relativa cuando la causal de la rescisión es justamente la incapacidad (Art. 1691, inc. 3º), y en la acción de reforma del testamento, en que si algún legitimario a la apertura de la sucesión no tiene la libre administración de sus bienes, el plazo de 4 años de esta prescripción especial se cuenta "desde el día que tomare esa administración" (Art. 1216, inc. 2º).

¹⁷⁴⁰ En igual sentido, ALESSANDRI, ob. cit., pág. 395; FUEYO, ob. cit., T. 2º, N° 685, pág. 271.

1364. Clasificación y enumeración. Tarea larga e inútil sería en esta obra enumerar estas prescripciones especiales.¹⁷⁴¹

Digamos únicamente que siguiendo a Pedro Lira tradicionalmente se las agrupa en:

1º. Acciones derivadas del estado civil, como las de nulidad de matrimonio, de divorcio, impugnación de legitimidad, etc.

2º. Acciones rescisorias, como la ya citada de nulidad relativa, de lesión enorme, acción pauliana, haciendo la salvedad que para nosotros no es rescisoria, etc.

3º. Acciones de garantía, como el saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios;

4º. Acciones provenientes de actos y contratos generadores de obligaciones, como son los hechos ilícitos, el pacto de retroventa, etc., y

5º. Acciones posesorias.

También existen plazos de prescripción especiales establecidos en otras leyes distintas al C.C. Así, por ejemplo, el C.Co. tiene una prescripción de corte general de cuatro años, salvo que se señale un plazo especial de prescripción, y corren contra toda persona. También el C. del T., C. Tributario y diversas leyes contienen plazos especiales de prescripción distintos al C.C.

Se ha fallado que estas normas especiales priman sobre las del C.C.¹⁷⁴² Pero nos parece obvio que en lo no reglamentado se aplican las normas de éste.

¹⁷⁴¹ Véase las obras citadas en la bibliografía.

¹⁷⁴² *RDJ*, T. 86, sec. 3ª, pág. 182.