

Santiago, nueve de abril de dos mil quince.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos décimo sexto a décimo octavo, que se eliminan.

De la sentencia de casación se reproducen sus fundamentos quinto a undécimo.

Y SE TIENE EN SU LUGAR PRESENTE:

1º) Que no está controvertido que el 11 de mayo de 1999 la actora, María Isabel Plaza Reveco celebró con su cónyuge, Max Henzi Ibarra, un contrato de mutuo en virtud del cual le otorgó la suma de \$12.031.000, que aquel debió restituir con fecha 11 de mayo de 2002. Asimismo, que en audiencia celebrada ante el tribunal de familia, el 3 de agosto del 2009, en el procedimiento de divorcio que existió entre las partes, el mandatario judicial del marido reconoció expresamente en presencia de éste la existencia de la referida obligación;

2) Que en tal contingencia no procede acoger la excepción de prescripción opuesta por el demandado, habida consideración que la expresión de voluntad manifestada en la referida audiencia tiene la aptitud y fuerza suficiente para entender renunciada la prescripción y concluir que se está frente a una obligación plenamente exigible en esta sede;

3) Que en cuanto a la alegación del demandado respecto a que el mutuo que se reclama debía constar por escrito de acuerdo a los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, cabe tener presente que dichas normas no resultan aplicables al caso de autos en cuanto a la limitación probatoria que ellas imponen, desde que ha quedado establecido que el propio demandado a través de su mandatario judicial admitió haber recibido la suma que se le cobra;

4) Que, será desestimada también la defensa formulada en cuanto a que el dinero en cuestión estaba destinado a proveer las necesidades de la familia, pues tal aserto no fue probado por el demandado;

5) Que, por consiguiente, al no haber acreditado el deudor la extinción, pago o solución de la deuda, en los términos que lo exige el artículo 1698 del Código Civil, y no encontrarse la misma prescrita desde que el reconocimiento se efectuó el 3 de agosto de 2009 y la demanda se notificó el día 22 de octubre de 2012, la demanda debe ser acogida;

6) Que, en cuanto a los montos demandados por la actora, es necesario consignar que si bien se dedujo acción de cobro de pesos por el monto adeudado cuya existencia se encuentra acreditada en autos según se dejó constancia en los motivos anteriores, también se solicitó la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del demandado. Sin embargo, la prueba rendida respecto del lucro cesante y daño emergente reclamados es insuficiente para acreditar su existencia y monto, de tal manera que no es posible acceder a ellos

En efecto, la actora hace consistir el daño emergente en la necesidad de contratar los servicios jurídicos necesarios para hacer efectivo el cobro de la suma adeudada, sin que al respecto haya aportado algún antecedente que dé cuenta de dicha contratación ni de sus montos.

En cuanto al lucro cesante, lo fundamenta en el aumento de precio que habrían tenido las acciones por el solo transcurso del tiempo, los dividendos que dejó de percibir y la pérdida de réditos o frutos civiles si hubiese mantenido el dinero que ahora cobra en un depósito a plazo o fondo mutuo. De lo expresado, se desprende que la misma demandante se coloca en la hipótesis de haber tenido el dinero proveniente de la venta de las acciones en otros instrumentos como depósitos a plazo o fondos mutuos lo que manifiesta la incertidumbre respecto al destino de dicha suma. En cuanto a los documentos agregados a fojas 142 y siguientes como aquellos que rolan a fojas 188 y siguientes éstos sólo dicen relación con el pago de dividendos en años anteriores al otorgamiento del crédito, mientras que aquellos que corresponden a una época posterior no resultan suficientes para determinar una pérdida efectiva pues, como ya se dijo, la misma demandante se sitúa en hipótesis diferentes a aquella. La prueba testimonial rolante a fojas 140 y siguientes tampoco es eficaz para los fines pretendidos ya que la primera testigo no es precisa en sus dichos en cuanto al proyecto que iba a desarrollar

con la actora relativo a una cafetería, mientras que el segundo testigo, es sólo de oídas, lo que le resta todo valor a esta clase de probanza.

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de cuatro de noviembre de dos mil trece, que se lee a fojas 221 y siguientes, que acoge la excepción de prescripción y rechaza la demanda, y en su lugar se decide que se acoge la demanda deducida a fojas 70 sólo en cuanto se condena a don Max Henzi Ibarra al pago de la suma de \$12.031.200, más reajustes e intereses corrientes que se devengarán a contar de la fecha de notificación de la demanda.

El ministro Cerda previene que en el motivo tercero de esta sentencia de reemplazo está por tener presente, además, que en la medida que el artículo 2197 del Código Civil explicita que el perfeccionamiento del contrato de mutuo se produce únicamente por la tradición, no resulta aplicable el límite probatorio en referencia, por expreso mandato del inciso final de su artículo 1711.

El abogado integrante señor Jorge Baraona previene que concurre para desechar la excepción de prescripción opuesta, basado en la consideración que entre cónyuges no puede correr prescripción, conforme lo dispone el artículo 2509 del Código Civil. En consecuencia, de ninguna manera puede aceptarse que la deuda en cuestión pueda estar prescrita, si se tiene presente que sólo desde que se extinguió el matrimonio por divorcio, comenzó a correr el plazo de prescripción entre los ex cónyuges, y a la fecha de notificación de la demanda no había transcurrido el término legal para tener por prescrita la acción de que se trata en este juicio. Que si bien esta cuestión no ha sido alegada en forma especial por la demandante, dado la excepción opuesta de prescripción adquisitiva, este Tribunal tiene plena competencia para revisar si efectivamente concurren todos los extremos o requisitos de dicha excepción alegada, uno de los cuales es determinar desde cuándo comenzó a correr el plazo de prescripción planteado. La única limitación que el juez tiene a este respecto, es que no puede decretarse una prescripción civil ordinaria, si no ha sido alegada. Determinar si ha concurrido o no la suspensión del plazo de prescripción, en atención al carácter protector de esta institución, puede

hacerse sin alegación especial del interesado, bastando la voluntad de cobrar la deuda, que en este caso existe.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Emilio Pfeffer U. y de las prevenciones sus autores.

N° 21.750-2.014

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Patricio Valdés A., Juan Fuentes B., Carlos Cerda F. y Abogados Integrantes Sres. Jorge Baraona G. y Emilio Pfeffer U.

No firman los Abogados Integrantes Sres. Baraona y Pfeffer, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber ambos cesado en sus funciones.

Autorizado por la Ministro de fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a nueve de abril de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.