

Año XIV — Abril - Junio de 1946 — N.º 56

Revista de Derecho

DIRECTOR: DAVID STITCHKIN BRANOVER
SECRETARIO: ORLANDO TAPIA SUAREZ

SUMARIO

	Pág.
ANIBAL BASCUÑAN VALDES	«El lecho cotidiano». Noticia de una institución singular en un manuscrito olvidado 225
BERNARDO GESCHE MÜLLER	La constitución de pequeña propiedad agrícola 247
GERMAN MARTINEZ BUSTOS	Constitución y saneamiento de la pequeña propiedad agrícola 267
HUGO TAPIA A.	Del abandono de la instancia en relación con los artículos 24 de la ley de efecto retroactivo y 2 transitorio de la ley N.º 6162, que reduce los plazos de prescripción 305
DAVID STITCHKIN B.	El mandato civil 317 Vida Universitaria 349
MANUEL LOPEZ REY-ARROJO	Proyecto oficial del Código Penal para la República de Bolivia 361 Comentarios de sentencias para la Revista de Derecho 367
	Jurisprudencia
	Alimentos 371
	Protesto de cheque 379
	Entrega de una menor 383
	Reclamo de impuestos 389
	Cobro de pesos ejecutivos 393
	Impugnación de preferencia de crédito 397
	Nulidad de escritura 403
	Amparo posesorio 409
	Nulidad de matrimonio 413
	Alimentos 419

PUBLICACIONES DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO
DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL COLEGIO DE
ABOGADOS DE CONCEPCION

HUGO TAPIA A.

**DEL ABANDONO DE LA INSTANCIA EN RELACION CON
LOS ARTICULOS 24 DE LA LEY DE EFECTO RETROACTIVO
Y 2 TRANSITORIO DE LA LEY N° 6162, QUE REDUCE LOS
PLAZOS DE PRESCRIPCION**

1. El Art. 24 de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, de 7 de Octubre de 1861, dispone que "las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

2. El Art. 159 antiguo del Código de Procedimiento Civil (y actual 152 en virtud de las reformas de la ley N° 7760, de 5 de Febrero de 1944) disponía, antes de la dictación de la ley N° 6162, de 28 de Enero de 1938, que reduce los plazos de prescripción y otros, que "la instancia se entiende abandonada cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante tres años consecutivos, contados desde la última providencia".

3. El Art. 3 de la ley N° 6162 modificó, entre otros preceptos del Código de Procedimiento Civil, el Art. 159, substituyendo las palabras "tres años consecutivos, contados", por "un año, contado", con lo que la disposición aludida quedó de la siguiente manera:

“la instancia se entiende abandonada cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante un año, contado desde la última providencia”.

Con el cambio de numeración de los artículos del Código, en virtud de las reformas introducidas por la ley, ya citada, N° 7760, el Art. 159 del Código de Procedimiento Civil ha pasado a tener el N° 152.

4. Según lo antes expuesto, se entiende que hay abandono de la instancia, cuando todas las partes han cesado en la prosecución del juicio de que se trata “durante un año contado desde la última providencia”.

5. La ley N° 6162 reduce diversos plazos de prescripción y modifica numerosos artículos de varios cuerpos de leyes, especialmente del Código Civil, incluyendo artículos que no dicen relación con términos de prescripción.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de 28 de Enero de 1938 y, según su artículo 1 transitorio, empezó a regir el 1° de Enero de 1939, esto es, casi un año después de su publicación. Desde la fecha de su vigencia, esto es, desde el 1° de Enero de 1939, las modificaciones que ella introduce en los artículos de los Códigos Civil, de Comercio y de Procedimiento Civil, que se enumeran en el artículo 1 transitorio, y solamente a esos artículos, se aplican aún a las prescripciones que estuviesen en curso, es decir, corriendo, y los plazos que tales artículos establecen, se contarán desde que se haya iniciado la respectiva prescripción.

Se introduce, entonces, en este artículo 1 transitorio, una doble enmienda al Art. 25 de la ley de efecto retroactivo; 1) el prescribiente no gozará del derecho, que antes tenía, de optar por regirse, en cuanto a la prescripción por la ley antigua o la nueva, según viere convenirle, sino que debe, en todo caso, regirse por la nueva ley, vale decir por la N° 6162, que se aplica,

DEL ABANDONO DE LA INSTANCIA

307

pues, obligatoriamente y no a elección del prescribiente, cual era la anterior situación, y 2) aunque se rige por la nueva ley, el lapso de prescripción empieza a correr desde que se haya iniciado conforme a la ley antigua, con lo que no se pierde el plazo que ya ha corrido, lo que habría acaecido de aplicar pura y simplemente el Art. 25 de la ley de 7 de Octubre de 1861.

6. El Art. 159 del Código de Procedimiento Civil, y actual Art. 152, que alude al abandono de la instancia, no figura en la enumeración taxativa que señala el Art. 1° transitorio de la ley N° 6162, por lo que algunos han creído que se regiría —entonces— por la norma del Art. 2 transitorio de la misma ley, artículo éste, el 2 transitorio, que, en su primer inciso, dispone imperativamente que “en los juicios pendientes al 1° de Enero de 1939 no podrán alegarse los plazos de prescripción establecidos en esta ley”. Esta opinión que, como veremos, es la que parece no tener asidero legal, es la dominante en nuestra jurisprudencia.

7. Las opiniones y la jurisprudencia están, pues, divididas en esta materia, de innegable interés práctico, como se acredita, sin mucho esfuerzo, por los numerosos casos en que se ha promovido el asunto, fácilmente explicable, por lo demás, en atención a que, aun existen numerosos asuntos iniciados ante los Tribunales de Justicia antes del 1° de Enero de 1939.

En efecto, una primera opinión considera al abandono de la instancia como un plazo de prescripción y, aunque no lo consideren, estiman que, por el solo hecho de no figurar la disposición del antiguo Art. 159 en el Art. 1 transitorio de la ley N° 6162, en la enumeración taxativa que hace, debe lisa y llanamente aplicarse el Art. 2 transitorio de la misma ley, esto es, que en los juicios pendientes al 1° de Enero de 1939, vale decir en los iniciados antes de esa fecha y que se encuentren pendientes, no pueden alegarse los plazos de prescrip-

ción de la ley 6162 y, de consiguiente, tratándose de juicios pendientes al 1º de Enero de 1939, el abandono de la instancia sólo podrá declararse cuando haya transcurrido el lapso de tres años, a contar desde la fecha de su iniciación, aun cuando durante más de un año, desde el 1º de Enero de 1939, las partes hayan cesado en la prosecución del juicio.

La segunda opinión, estima, en cambio, que al abandono de la instancia no puede aplicársele la norma del Art. 2 transitorio de la ley N° 6162, por no ser un plazo de prescripción y porque, entonces, lo procedente es ir a la aplicación de los principios generales, vale decir a la aplicación del Art. 24 de la ley de efecto retroactivo.

El problema es de interés práctico, como decíamos, y así se evidencia por la abundante jurisprudencia que existe, por lo que no parece indiferente seguir, sin mayor estudio, una u otra tesis.

8. En nuestro concepto, es más ajustada a derecho la teoría que no hace aplicable el Art. 2 transitorio de la ley N° 6162, sino el Art. 24 de la ley de 1861.

Desde luego, para una mejor comprensión de la materia, cabe hacer presente que la discusión y la duda surgen exclusivamente cuando, tratándose de un juicio pendiente al 1º de Enero de 1939, esto es, iniciado antes de esa fecha, transcurre más de un año, después del 1º de Enero de 1939, sin que las partes hagan gestiones en él.

En nuestra opinión, hay, primeramente; una razón de texto para no considerar el abandono de la instancia en el Art. 2 transitorio de la ley 6162 y dicha razón es que la disposición mencionada habla de "plazos de prescripción" y, jurídicamente, no cabe considerar tal al plazo de abandono de la instancia.

En efecto, la prescripción está definida en el Art. 2492 del Código Civil como "un modo de adquirir las

DEL ABANDONO DE LA INSTANCIA

309

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 y concurriendo los demás requisitos legales". Se trata, pues, de una expresión definida por el legislador, por lo que debe dársele su significado legal, conforme así lo dispone el Art. 20 del Código Civil.

La prescripción, como acabamos de verlo, produce como efecto el de extinguir las acciones y derechos y éste no es el efecto del abandono de la instancia: el Art. 156 actual del Código de Procedimiento Civil dice exactamente lo contrario, que "no se entenderán extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes". El efecto que aquí se produce es el que indica la misma disposición, las partes "perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio".

En derecho, según se ha dicho y repetido en múltiples ocasiones, las cosas son lo que son por su esencia, esto es, por los rasgos distintivos que presentan y que contribuyen a diferenciarlas unas de otras. La prescripción extintiva, o liberatoria, como también se la llama, se caracteriza porque es un modo de extinguir acciones y derechos, reuniéndose determinadas situaciones y requisitos; de donde, si existe otra institución jurídica, con nombre diferente, cual es la del abandono de la instancia, y que no presenta como rasgo distintivo o como efecto primordial el de extinguir acciones y derechos, forzoso es concluir, en estricta lógica, que tiene que tratarse de entidades diferentes y, por lo mismo, el plazo de abandono de la instancia no es ni puede ser plazo de prescripción, desde que no extingue acciones y derechos.

El efecto del abandono, dicho de otra manera, es la caducidad del procedimiento. "El abandono de la instancia, escribe don Gonzalo Barriga Errázuriz, es

una sanción procesal semejante a la rebeldía o a la caducidad de los derechos procesales y no una prescripción. Jurídicamente constituye un caso de caducidad y no de prescripción y por eso no cabe aplicarle las reglas relativas a ésta, sino las de los plazos procesales" (comentario a la casación de fondo de 10 de Julio de 1942, Merino y otro con Krausse y otros, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 40, segunda parte, sección primera, página 94).

La opinión que se acaba de dar es también la de la doctrina y en el estudio antes citado del señor Barriga Errázuriz se menciona abundante bibliografía sobre el particular.

De consiguiente, y por la sola razón ya dada, el abandono de la instancia no es una prescripción y le es inaplicable, por lo mismo, el Art. 2 transitorio de la ley de 28 de Enero de 1938, que alude a "plazos de prescripción" y, siendo inaplicable dicha norma, no queda sino la del Art. 24 de la ley de efecto retroactivo: se trata de una materia concerniente a la substanciación y ritualidad de los juicios, porque el abandono de la instancia es un plazo procesal y, entonces, "los términos que hubiesen empezado a correr... se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", con lo que si el plazo del abandono empieza a correr el 1º de Enero de 1939 y transcurre un año completo sin que se haga gestión en el pleito, procede declarar dicho abandono.

9. Hay, también, una segunda razón en apoyo de la tesis que se ha sustentado en este trabajo y es la que a continuación se indica. Se considere o no el abandono de la instancia como una prescripción, si el plazo empieza a correr después del 1º de Enero de 1939 debe regirse por la nueva ley, "si se trata de un plazo procesal, porque no habría empezado a correr al entrar en vigencia y porque no cabe aplicarle el

DEL ABANDONO DE LA INSTANCIA

311

Art. 2 transitorio y si se trata de una prescripción, porque habiéndose iniciado y transcurrido todo el tiempo bajo el imperio de la ley nueva, no se plantea problema de retroactividad y forzosamente debe aplicarse la nueva, no sólo porque ha estado en vigencia al producirse todos los hechos constitutivos de las prescripciones, sino también porque no cabría aplicar la antigua que ya había desaparecido al producirse esos hechos" (Gonzalo Barriga Errázuriz, artículo citado, N° 6).

10. El tercer argumento que puede esgrimirse para probar que el abandono de la instancia se rige, en cuanto a la materia en debate por la ley de efecto retroactivo, en su disposición ya citada del Art. 24, y no por el Art. 2 transitorio de la ley que reduce los plazos de prescripción, es el que en nuestro derecho, por expresa disposición de la ley, el abandono es una institución que facilita la prescripción, por lo que mal puede confundirse con ella.

En efecto, de conformidad con lo que se establece en los Arts. 2503 y 2518 del Código Civil, tanto la prescripción adquisitiva como la extintiva puede interrumpirse civilmente y el efecto que produce esta interrupción es hacer perder todo el lapso corrido. Sin embargo, si se declara abandonada la instancia, según los preceptos antes citados, se entiende no haber interrupción y, por lo mismo, hay que concluir, entonces, que el abandono de la instancia, en este caso, lejos de perjudicar al prescribiente, lo favorece y, lo que más nos interesa, que el abandono tiene que ser algo diferente de la prescripción desde que, en ciertos casos, como el analizado, conduce a ella.

En el sentido en que nos hemos pronunciado se inclina, también, don Arturo Tagle Valdés, en su artículo "¿Es aplicable el Art. 2 transitorio de la ley N° 6162 al abandono de la instancia?", publicado en

la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 38, año 1941, Sección Primera, N° 6 in fine, página 100.

11. La historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 6162 evidencia, también, con toda claridad, que el abandono de la instancia se rige por la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes.

En el Proyecto había un solo artículo transitorio y a indicación del diputado don Oscar Gajardo se segregó el inciso segundo del artículo del Proyecto para formar un nuevo artículo. Pero el precepto que nos interesa, el inciso primero del Art. 2 transitorio actual, no sufrió variación alguna y en el Mensaje se lee que "el artículo transitorio se refiere exclusivamente a los plazos que constituyen prescripción. En cuanto a los demás se estará a lo que disponga la ley sobre efecto retroactivo".

Es por ello que, con sobrada razón, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que estudia concienzudamente la materia, y redactada por el señor Ministro don Alfredo Larenas, pudo decir que "tocante al alcance de este Art. 1 transitorio de la ley N° 6162, hay que tener también presente que, según el pensamiento de los autores de la ley, este artículo no comprende los plazos no constitutivos de prescripción... y que acerca de estos plazos que no importan prescripción, según el concepto de los Profesores de la Universidad que elaboraron el proyecto, después aprobado por el Congreso y sancionado por el Presidente de la República, debe estarse a lo que respectivamente disponen los artículos... de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes" (sentencia de 9 de Septiembre de 1942, publicada en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Nos. 41-42, año 1942, página 271 y siguientes, considerando 12 del fallo de mayoría).

Por lo demás, el pensamiento de los autores de la ley, profesores de la Universidad de Chile, se halla au-

DEL ABANDONO DE LA INSTANCIA

313

ténticamente consignado en el informe con que el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad envió al Presidente el proyecto en cuestión y dicho pensamiento es el ya indicado, como, además, se comprueba con la autorizada opinión de don Arturo Alessandri Rodríguez, uno de los autores de la Reforma, en su artículo "Algunas observaciones sobre el alcance de los artículos transitorios de la ley 6162 de 28 de Enero de 1938, que redujo los plazos de prescripción" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 35, año 1938, Primera Parte, página 105 y siguientes y especialmente N° 15, página 112).

Si se examina en detalle el objeto de la reforma perseguida, se verá que la regla especial del Art. 1 transitorio se estableció con el deseo de comprender solamente a los artículos que constituyesen plazos de prescripción y que si se estableció esa regla especial, para los plazos constitutivos de prescripción, repetimos, fué con el fin de evitar la aplicación del Art. 25 de la ley de efecto retroactivo y para no demorar los beneficios perseguidos con la reforma y esta dificultad no se presentaba con respecto al plazo del Art. 159 antiguo del Código de Procedimiento como no se presentaba, tampoco, con respecto a los plazos de los Arts. 81, 82, 83, 739 y 962 del Código Civil y 38 de la ley de matrimonio civil, ninguno de los cuales figura en el Art. 1 transitorio de la ley 6162.

En cierto sentido, entonces, es explicable que el Art. 159 antiguo del Código de Procedimiento no figurará en la enumeración del Art. 1 transitorio de la ley tantas veces citada, en razón de no ser un plazo constitutivo de prescripción y ser solamente estos plazos los indicados en la referida enumeración, ya que los veinticinco artículos que taxativamente se indican en el Art. 1 transitorio son todos constitutivos de prescripción, como acertadamente lo reconoce la sentencia de 9 de

Septiembre de 1942 de la Corte de Apelaciones de Concepción, ya citada y el Art. 159 del cuerpo de leyes nombrado, no es uno de dichos plazos, como creemos haberlo demostrado.

12. La jurisprudencia de nuestros Tribunales, con todo, se ha inclinado por la tesis contraria a la sustentada en este trabajo y en repetidas ocasiones ha declarado que el plazo de abandono de la instancia es de prescripción y que, no figurando en la enumeración taxativa del Art. 1 de la ley N° 6162, debe ser aplicado el Art. 2 transitorio, según el cual en los juicios pendientes al 1° de Enero de 1939 no pueden alegarse los plazos de prescripción de la ley 6162.

Así, la Corte Suprema, en sentencia de casación de fondo de 10 de Julio de 1942, pronunciada en la causa Merino y otro con Krausse y otros, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 40, año 1943, segunda parte, sección primera, página 88, sostuvo que el plazo de abandono era constitutivo de prescripción y que se regía por el Art. 2 transitorio de la ley de 28 de enero de 1938, doctrina que ha mantenido posteriormente en cuantos asuntos se ha planteado la cuestión, sin variaciones, como puede verse, por ejemplo en las siguientes sentencias: casación de fondo de 27 de Julio de 1943, Cañas con Fisco, Revista, Tomo 41, 1944, sección primera, página 81; casación de fondo de 23 de Noviembre de 1943, Cía. Chilena de Electricidad con Municipalidad de Santiago, Revista, Tomo 41, 1944, sección primera, página 333; casación de fondo de 24 de Diciembre de 1943, Castagneto con Bozzo, Revista, Tomo 41, 1944, sección primera, página 511; casación en el fondo de 6 de Marzo de 1944, Caja Nacional de Ahorros con Canto, Revista, Tomo 42, 1945, sección primera, página 60; casación de fondo de 19 de Julio de 1944, García con Rebolledo, Revista, Tomo 42, 1945, sección primera, página 197 y

DEL ABANDONO DE LA INSTANCIA

315

en una última sentencia, también de fondo, de 6 de Enero de 1945, Comunidad Agrícola Queule con Fisco, publicada en la Revista Jurisprudencia al día, N.os 744-745, 1945, página 104.

La misma doctrina anterior de la Corte Suprema se sentó por la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 11 de Diciembre de 1941, pronunciada en la causa Rebolledo con Navarro y que es el primer fallo que conocemos sobre la materia. Esta sentencia aparece citada por don Ramón Domínguez Benavente en su charla sobre "Fundamentos y alcance de la ley N° 6162, que reduce plazos de prescripción", publicada en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N.os 45-46, 1943, página 216 y, también, en un voto disidente del Ministro de la misma Corte don Lucas Sanhueza Ruiz, emitido en sentencia de 9 de Septiembre de 1942, publicada en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Nos. 41-42, 1942, página 281, se consigna la misma tesis.

Por último, igual doctrina se establece en un voto de minoría del señor Ministro González Fernández, de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Ferrocarriles del Estado con Molfino, de fecha 21 de Diciembre de 1944, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, año 1945, segunda parte, sección segunda, página 1.

13. Escasas son, en cambio, las sentencias que estiman plazo procesal y no de prescripción el de abandono de la instancia.

En efecto, sólo dos fallos, y dictados por mayoría de votos, aplicaron la buena doctrina y ellos son uno de 9 de Septiembre de 1942 de la Corte de Concepción (Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Nos. 41-42, pág. 271) y otro de 21 de Diciembre de 1944 de la Corte de Apelaciones de Santiago (Revista de

Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, 1945, sección segunda, pág. 1).

También en la Corte Suprema, en tres oportunidades, se han emitido votos disidentes en apoyo de la tesis que el abandono de la instancia se rige por la disposición pertinente de la ley de efecto retroactivo y no por la ley 6162. En la causa Merino y otro con Krausse y otros, casación en el fondo de 10 de Julio de 1942, se consigna un voto disidente del señor abogado integrante don Domingo Godoy (Revista, Tomo 40, sección primera, página 88), quien vuelve a emitir idéntica opinión en la causa Castagneto con Bozo, fallada en 24 de Diciembre de 1943 (Revista, Tomo 41, sección primera, pág. 511).

Y, para terminar, en la casación de fondo de 19 de Julio de 1944, García con Rebolledo, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 42, 1945, sección primera, página 197, el señor Ministro don Roberto Peragallo y el abogado integrante don Ernesto Barros Jarpa, disintieron del sentir de la mayoría del Tribunal, siendo de advertirse que en anteriores oportunidades el Ministro señor Peragallo había tenido la opinión contraria.
