

Nº 180
AÑO LIV
JULIO - DICIEMBRE
1986

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

*SITUACION DEL TITULO EJECUTIVO EN LA INSTANCIA ABANDONADA**

JULIO E. SALAS VIVALDI

Profesor Derecho Procesal

Universidad de Concepción

I. INTRODUCCION

Nos parece de interés dar a conocer, seguida de un breve comentario, la sentencia dictada el 11 de abril de 1986 por una de las salas de la Iltrra. Corte de Apelaciones de Concepción, compuesta por los ministros Sres. Luis Rodríguez Salvo, Víctor Hernández Riosco y Carlos Cerda Medina. Se analiza en ella la subsistencia o caducidad de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva en el evento de declararse abandonada la instancia en el juicio a que aquéllas pueden dar origen.

El problema se suscita por la redacción del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, establece que decretado el abandono de la instancia las partes "perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado y hacerlo valer en un nuevo juicio". Pero enseguida señala que "subsistirán, sin embargo, con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos" y que "no se entenderán extinguidas por el abandono las acciones y excepciones de las partes".

En el fallo se analiza con bastante latitud y fundamentación la suerte de la gestión preparatoria de la ejecución consistente en la notificación del protesto de letras de cambio ante el abandono de la instancia dispuesto en el juicio pertinente, una vez que las partes cesaron su prosecución durante un lapso superior a un año. Y tiene el mérito de contener, con sólidos argumentos, no sólo la opinión en un determinado sentido de la mayoría de los ministros que lo dictaron, sino, además, la discrepante de un tercero que no comparte aquélla, aportando también interesantes razones.

A continuación el lector podrá corroborar nuestra afirmación, puesto que encontrará "las dos caras de la moneda" respecto de un problema procesal de frecuente ocurrencia y dispar solución.

II. LA SENTENCIA

Concepción, once de abril de mil novecientos ochenta y seis.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

1° Que la cuestión que debe resolver este Tribunal dice relación con los efectos que produce la resolución que declara el abandono de la instancia especialmente en cuanto se refiere a si debe estimarse subsistente la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, incluyendo, por cierto, el título mismo derivado de las gestiones preparatorias, sobre la base de que los efectos de dichas gestiones pudieran ampararse en la excepción contemplada en el artículo 156 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil.

2° Que conviene destacar algunos hechos relevantes del proceso para una más adecuada resolución del problema propuesto y ellas son:

- a) se inició por el Banco del Trabajo la gestión preparatoria de la vía ejecutiva consistente en la notificación del protesto de veintidós letras de cambio, cuyos detalles, monto y fechas de vencimiento se señalan en el escrito de fs. 1 del rol 74.337 del Primer Juzgado de Concepción, aceptadas por la Sociedad "Distribuidora Henry Ltda.", representada por don Carlos Matamala Barriga.
- b) consta de la diligencia de 11 de octubre de 1983 que rola a fojas 26 que se notificaron los protestos de las referidas letras al Señor Matamala Barriga.
- c) con fecha 4 de noviembre de 1984 se entabló demanda ejecutiva por \$ 3.677.265 incluyéndose intereses y reajustes. Se despachó mandamiento de ejecución y embargo.

* Comentario de una sentencia de la Iltrra. Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 11 de abril de 1986.

d) la ejecutada pidió nulidad de todo lo obrado y subsidiariamente opuso excepciones.

e) se recibió el incidente a prueba el 22 de diciembre de 1983.

f) a fs. 47 y con fecha 26 de diciembre de 1984 la ejecutada pide el abandono de la instancia a lo que se accede por resolución de 3 de enero de 1984 escrita a fs. 49. Esta resolución no fue recurrida y por escrito a fs. 50 presentado el 29 de enero de 1985 se interpuso demanda ejecutiva, la que fue proveída con fecha 30 de enero de 1985 con un NO HA LUGAR y es esta la resolución apelada.

3° Que de lo que se lleva expuesto aparece que, dando por sentado que se produjo el abandono de la instancia por resolución que no fue atacada, incumbe precisar sus alcances, en especial si subsisten como válidas las gestiones enderezadas a la constitución del título ejecutivo a través de las gestiones preparatorias.

En especial el alcance del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil que a la letra dispone: no se entenderán extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes; pero éstas perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio.

Subsistirán, sin embargo, con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos.

4° Que del artículo 465 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil se desprende la no integración de la gestión previa (sobre reconocimiento de firma) con el juicio ejecutivo siguiente. En efecto, dicho precepto demuestra la separación de la primera entidad procesal con respecto a la siguiente. Sólo así se explica que la actuación del demandado en aquélla no impida la alegación de la incompetencia en ésta.

5° Que lo propio demuestra el artículo 178 del Código Orgánico de Tribunales que a menudo se emplea para ratificar la tesis de la integración. En efecto, si se requirió precepto expreso para que la competencia del Juez que conoció de la preparación de la vía ejecutiva, se extienda al juicio ejecutivo siguiente, es porque, naturalmente, ambas gestiones son entidades distintas y diversas que pudieren ser conocidas por jueces diferentes, si la norma aludida no hubiese dispuesto lo contrario (Excma. Corte Suprema Fallos del Mes N° 258 sentencia N° 5 página 102).

6° Que es útil traer a colación también lo que establece el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, incluido en su libro 3° tit. 1°, que contempla el juicio ejecutivo por obligaciones de dar y a la letra, dispone: "Si en el caso de no tener el acreedor título ejecutivo, quiere preparar la ejecución por el reconocimiento de firma o por la confesión de la deuda", etc. ... y agrega el artículo 436: "Reconocida la firma quedará preparada la ejecución aunque se niegue la deuda".

7° Que las disposiciones anteriores demuestran desde ya que son actuaciones diversas: la creación de un título ejecutivo para preparar la ejecución, y el juicio ejecutivo mismo a que puede dar origen el título creado, de manera que no puede sostenerse que aquellas diligencias preparatorias formen parte de un juicio ejecutivo que aún no existe, toda vez que no se ha deducido la demanda ejecutiva que propone una controversia jurídica, requisito indispensable para iniciar el juicio ejecutivo.

8° Que del artículo 465 inciso 2° del Código de Procedimiento del Ramo que dispone: "No obstará para que se deduzca la excepción de incompetencia, el hecho de haber intervenido el demandado en las gestiones del demandante para preparar la vía ejecutiva", puede observarse que la Ley hace un claro distingo entre demandante y demandado del juicio ejecutivo y el que interviene en gestiones del demandante para preparar la acción ejecutiva, aunque en éste haya intervenido el futuro o posterior demandado.

9° Que además la historia del actual artículo 435, antiguo 457, demuestra que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva ha sido considerada como mera diligencia, y no como juicio ejecutivo o integrante del juicio ejecutivo.

En efecto, el Proyecto Lira contenía el artículo 405 que disponía: "Para preparar la acción ejecutiva puede pedirse el reconocimiento de la firma en un instrumento privado o la confesión de la deuda. Esta diligencia se practicará en la forma establecida en el párrafo 3° del título de los Medios de Prueba en particular", etc. ...

Pues bien, en la sesión 24 de la Comisión Revisora el presidente observa que "no es conveniente someter las diligencias de que aquí se trata al mismo procedimiento establecido en el juicio ordinario". El señor

Huneeus apoyó esta indicación junto con otras que no dicen relación con el asunto y todas fueron aceptadas.

10° Que, como se ve, desde un comienzo no ha existido problema para establecer que la gestión preparatoria es una mera diligencia y no una etapa del juicio ejecutivo como controversia jurídica. (Excma. Corte Suprema sentencia recaída en Recurso de Queja 6284 contra I. Corte de Santiago Gaceta Jurídica año X - 1985 N° 55 página 25).

11° Que delimitada así la naturaleza jurídico procesal de las diligencias preparatorias con el juicio ejecutivo propiamente tal, debe llegarse a la necesaria conclusión que lo que resulta afectado con la declaración de abandono de la instancia es el procedimiento ejecutivo mismo y no las diligencias preparatorias que culminaron con la creación de un título ejecutivo, el que sólo pudo ser impugnado por los recursos legales de lo cual no hay constancia, y por el contrario fue explícitamente aceptado al oponerse más tarde por el ejecutado diversas excepciones (escrito a fs. 39. Vid. en este sentido la jurisprudencia citada respecto al artículo 152 del Código de Procedimiento Civil Repertorio Tomo 1 N° 11 pág. 151).

12° Que habiéndose practicado la notificación de los protestos de las 22 letras de cambio de que se trata con fecha 11 de octubre de 1983, con lo cual se creó un título ejecutivo y habiéndose recabado mandamiento de ejecución y embargo con fecha 29 de enero de 1985, se trata de títulos no prescritos, la deuda es actualmente exigible y líquida, se revoca la resolución apelada de fecha 30 de enero de 1985 escrita a fs. 51 v. s. y proveyendo el escrito de fs. 50, se resuelve: a lo principal, despáchase y al primer y segundo otrosí es, téngase presente.

Acordada en contra de la opinión del Ministro Señor Carlos Cerda Medina, quien fue de opinión de confirmar la resolución en alzada en mérito de las siguientes consideraciones:

1° Que resulta del todo útil precisar el sentido y alcance de la expresión "instancia".

Según el concepto jurídico preciso que se tiene de ella en la rama procesal y refiriéndola al uso que de ella hace nuestro Código de Procedimiento Civil, se sostiene que emplea la palabra "instancia" como el conjunto de actuaciones de un litigio jurídico desde su iniciación hasta su fallo definitivo por el único o por cada uno de los tribunales llamados a conocer de él, en su aspecto de fondo.

(Anabalón Sanderson, Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno, Tomo 2 página 52).

2° Que de la definición que antecede puede colegirse y así lo estima tanto la doctrina como abundante jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema, cuando se sostiene que las gestiones preparatorias de un juicio ejecutivo constituyen con el juicio propiamente dicho un solo todo. Cabe citar, por ejemplo, la sentencia signada con el N° 8 publicada en Fallos del Mes N° 246 mayo 1979 que rechazó un recurso de queja contra una de las Salas de la I. Corte de Santiago, a propósito de la concesión de un recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo. Se citan en el informe: la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rev. Tomo 42, 2ª parte, sección 1ª, página 474; también la opinión de Espinoza Fuentes: El juicio Ejecutivo página 96; Casarino Viterbo: Derecho Procesal Tomo V página 127; la Memoria de Salazar: Preparación de la vía ejecutiva página 42; sentencia de 15 de abril de 1982 de la Excma. Corte Suprema que rechazó queja contra Corte de Apelaciones de Talca en que se sostiene que las medidas prejudiciales son parte integrante del procedimiento ordinario mismo (Vid. Nueva Gaceta volumen V N° 4, página 40).

3° Que como consecuencia de comprender la voz "instancia" el conjunto de actuaciones o diligencias desde su iniciación hasta su conclusión, constituyendo las actuaciones o diligencias preparatorias un solo todo con el juicio mismo, declarado el abandono de la instancia se producen los efectos que señala el artículo 156 Código de Procedimiento Civil y se perderá el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio; concretamente, el título ejecutivo obtenido mediante las diligencias preparatorias corre la suerte del procedimiento abandonado.

Don Alberto Anabalón, precisando el alcance de la disposición de que se trata, sostiene: "El reconocimiento prestado por la parte demandada a un instrumento con arreglo a lo que dispone el N° 3 del artículo 346 no tendría ningún valor porque fue el resultado de un simple acto de procedimiento que el abandono de la instancia, como a todos los de su clase, ha hecho enteramente ineficaz. La similitud del ejemplo con la materia de autos es evidente.

4° Que, en último término, respecto de la excepción que se contiene en el artículo 156 de que "subsisten con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos" se deduce que el proceso en sí mismo no desaparece por completo; que esto ocurre únicamente por lo que respecta a la relación procesal y a las actuaciones o diligencias de que no resulten derechos definitivamente constituidos, como serían por ejemplo un remate llevado a cabo dentro del juicio, una transacción, novación, la condenación en costas en algún incidente, etc. Junto a estos actos o contratos tampoco es posible imaginar que las partes vayan a perder por el abandono de la instancia los medios de prueba que hicieron valer a menos que aparezcan constituidos como consecuencia de una actuación o diligencia de carácter procesal.

5° Que en suma, como consecuencia de lo que se lleva expuesto, si bien a pesar del abandono de la instancia subsisten las acciones o excepciones en su caso, la obtención de un título ejecutivo como consecuencia de actuaciones o diligencias inmersas en un procedimiento que ha sido abandonado, resulta carente de eficacia debiendo el ejecutante iniciar de nuevo sus gestiones tendientes a obtener título ejecutivo.

Devuélvase con sus agregados y con la debida custodia. Rol N° 181-85 *

III. COMENTARIO

Como puede apreciarse, la opinión de la mayoría de los sentenciadores y que por lo tanto constituye la decisión del fallo, se asienta en que la creación del título ejecutivo y el juicio de esa clase que puede originar, dan lugar a actuaciones procesales diversas e independientes entre sí, de manera que el abandono de la instancia en el segundo afecta sólo a éste y no a las diligencias preparatorias que culminan con el perfeccionamiento del antecedente que trae aparejado poder de ejecución.

Para sostener lo anterior se dan razones extraídas tanto del texto literal de la ley como de la historia fidedigna de su establecimiento.

En cuanto a los argumentos que pueden encontrarse en la letra de los textos legales para sostener, como se dijo, la independencia entre la diligencia preparatoria de la ejecución y ésta, los ministros Sres. Rodríguez y Hernández utilizan primeramente el artículo 465 del Código de Procedimiento Civil. Recordemos que en su inciso final permite oponer en el juicio la excepción de incompetencia, no obstante haber intervenido el futuro ejecutado, sin reclamar, ante el mismo Juez que conoció primeramente de las gestiones para preparar la acción ejecutiva.

Parece acertada esta tesis, puesto que, de sostenerse la identidad de las gestiones previas con el juicio a que le sirven de antesala, la comparecencia del futuro ejecutado en las primeras y en las condiciones relatadas, habría dado lugar a su respecto a la prórroga de la competencia en relación con el segundo, en los términos señalados en el artículo 181 del Código Orgánico de Tribunales. Al permitírsele oponer en éste la excepción de incompetencia excluye de raíz la posibilidad de que entre a jugar en la especie de prórroga de competencia en forma tácita, que se produce para el demandado cuando hace, después de apersonado en el juicio, cualquiera gestión que no sea la de reclamar la incompetencia del juez, conforme al numerando 2° del artículo 184 de ese Código.

Siguiendo con el examen del Derecho Positivo, la sentencia apoya también su decisión en el tenor de los artículos 435 y 436 del Código de Procedimiento Civil. Ambos distinguen claramente entre las actuaciones verificadas con el propósito de crear un título ejecutivo y el juicio posterior cuya finalidad precisa es el cumplimiento forzado de la obligación contenida en aquél.

En efecto, la primera disposición aclara que si el acreedor no tiene título ejecutivo podrá "preparar" la ejecución por el reconocimiento de firma o la confesión de la deuda. A su vez, el otro precepto agrega que reconocida la firma quedará "preparada" la ejecución, aunque se niegue la deuda.

Lo expuesto ratifica la distinción entre la gestión previa y el juicio posterior, ya que aquélla, por mandato del legislador, sólo tiene por finalidad preparar su instauración, sin que pase a formar parte integrante de él, temperamento que ya había adoptado a propósito de las medidas prejudiciales en el artículo 273.

Agreguemos nosotros que las acepciones más apropiadas a los fines que aquí interesan del verbo "preparar", según la Real Academia de la Lengua, son: "Aprestar y prevenirse para llevar a cabo una

* Deducido Recurso de Queja, contra el presente fallo fue rechazado por la Excma. Corte Suprema, por no existir falta o abuso.

cosa" o "Hacer las operaciones necesarias para la obtención de un producto" o, en fin, "Disponer de una cosa para que sirva a un efecto".

Esta precisión del lenguaje confirma las distintas finalidades de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y el juicio que de ellas se deriva. Las primeras sólo persiguen configurar el título que permitirá después iniciar separadamente el camino del juicio ejecutivo, y éste, a su vez, el cumplimiento forzado de la obligación. Es por eso que el artículo 287, refiriéndose a las medidas prejudiciales, exige al que las solicita expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos, ratificando la distinción que se ha pretendido demostrar.

Termina el fallo el estudio de los preceptos legales que sirven de base a la tesis que propugna citando el artículo 178 del Código Orgánico de Tribunales, aunque reconoce que a menudo se utiliza en apoyo de la opinión contraria. Esta disposición otorga competencia para conocer del juicio ejecutivo al juez que haya intervenido en las gestiones preparatorias del mismo, sin que tenga aplicación lo dispuesto en el artículo 176 del mismo Código que establece normas llamadas de distribución de causas.

Se aduce por los sentenciadores de mayoría que si el legislador requirió dictar una norma expresa que unificara la competencia de un juez para conocer de ambas materias, lo fue porque estima que constituyen entidades distintas, con fines diversos y que, por tanto, de no mediar tal advertencia, debieron ser conocidas por tribunales diferentes, aplicando para cada una las reglas correspondientes de competencia. Una opinión similar emitió la Corte Suprema en sentencia publicada en Fallos del Mes, N° 258, pág. 102.

Además de tomar como base el tenor literal de los preceptos legales mencionados, los jueces mayoritarios recurren a la historia fidedigna del establecimiento del actual artículo 435 del Código de Procedimiento Civil. Con ella demuestran que tanto para el Proyecto Lira como para la Comisión Revisora de aquél, las gestiones preparatorias fueron concebidas como actuaciones ajenas al juicio ejecutivo.

El Proyecto establecía en el artículo 405 que el reconocimiento de la firma y la confesión de la deuda con la finalidad de preparar la ejecución se practicarían conforme a las normas relativas a los medios de prueba respectivos con el procedimiento ordinario, lo que confirma la tesis de su independencia frente al juicio ejecutivo posterior, rigiéndolos por sistemas distintos. Por su parte, la Comisión Revisora, como se aclara en el fallo, si bien estimó inconveniente que el reconocimiento y confesión aludidos quedaran sometidos a los preceptos comunes, se desprende de sus actas que le atribuyó el carácter de "diligencias" diferentes del juicio ejecutivo.

Todas las razones enunciadas precedentemente destinadas a demostrar la separación procesal de las gestiones preparatorias con el juicio ejecutivo propiamente tal, no convencen al Ministro Sr. Cerda Medina.

Este magistrado opina, por el contrario, que dichas actuaciones y el juicio constituyen un solo todo y que por tanto la declaración de abandono de instancia impide hacer valer en una nueva litis el título allí creado, que también perdió valor. En otras palabras, los efectos de caducidad que señala el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil se aplican por igual a él y al juicio.

El voto de minoría se afina, especialmente, en el concepto que el Código atribuye a la "instancia", esto es, "conjunto de actuaciones de un litigio jurídico desde su inicio hasta la decisión definitiva". Ello significa que los actos preparatorios constituyen una etapa más del procedimiento ejecutivo, configurando una sola entidad por estar involucrada en lo que se entiende por instancia. Así lo ha sostenido la abundante jurisprudencia y doctrina citadas.

De acuerdo con lo dicho, el título ejecutivo nacido de las actuaciones preparatorias del juicio no quedaría comprendido entre aquellos actos y contratos que conserven valor no obstante el abandono de la instancia, porque carecen de vida propia y no dan lugar a derechos definitivamente constituidos como lo exige el inciso 2° del artículo aludido. Son meras etapas de una unidad a diferencia de otros más trascendentes que producen derechos permanentes, como serían, por ejemplo, una transacción, novación, etc.

En apoyo de la opinión del Ministro Sr. Cerda Medina podríamos agregar, sin perjuicio de lo que se diga más adelante, el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil que permite requerir de pago al deudor por cédula e incluso por el estado diario, si hubiere sido notificado personalmente o con arreglo al art. 44

para otra gestión anterior, como lo es la destinada a preparar la ejecución. Lo dicho demuestra la unidad que existiría entre ambas.

Con igual fin podríamos valernos del artículo 314 del Código Orgánico de Tribunales. En efecto, su inciso 2° señala las materias civiles que los tribunales pueden conocer durante el llamado feriado de vacaciones. Entre ellas se mencionan las medidas prejudiciales y los juicios ejecutivos hasta la traba del embargo inclusive.

Resulta evidente que cuando habla de las primeras, esto es las medidas prejudiciales, el legislador se refiere exclusivamente a las que con esa denominación trata el Título IV del Libro II del Código de Procedimiento Civil y no a las preparatorias del juicio ejecutivo que reglamenta de manera separada en el Título I del Libro III. La norma interpretativa del artículo 20 del Código Civil nos lleva a hacer esa afirmación. Pero también aparece con igual evidencia que a las últimas —las preparatorias— las incluye dentro de las expresiones “juicios ejecutivos”, ya que, de no ser así, no podrían tramitarse por el solo mandato legal durante el feriado de vacaciones, lo que se apartaría del espíritu del legislador, recurriendo ahora para formular esta idea el inciso 2° del artículo 19 del Código de Bello.

En igual sentido podemos citar el artículo 319 del Código Orgánico de Tribunales, aclarando que la inclusión de la notificación de protestos de cheques en el artículo 314 lo es pensando en el delito pertinente y no en su cobro.

En resumen, para el Ministro Sr. Cerda Medina las gestiones preparatorias constituyen un acto o etapa del juicio ejecutivo, que al igual que el resto del procedimiento pierden vigencia ante la declaración de abandono de la instancia. El título no puede invocarse en un nuevo litigio.

Hemos puesto en relieve lo que llamábamos las dos caras de la moneda frente a un problema procesal de marcado interés y aplicación práctica. El lector estudioso podrá inclinarse, porque suficientes argumentos le proporciona el fallo, por una u otra.

Nosotros lo hacemos por la opinión que constituye la decisión de la sentencia, esto es, la dualidad procesal existente entre la creación de un título ejecutivo y el juicio posterior, siendo distintos, en consecuencia, los efectos que a su respecto producirá el abandono de la instancia declarado en este último.

A las razones invocadas por los jueces de mayoría nos atrevemos a agregar las que a continuación se exponen brevemente.

En primer término, bueno es recordar que existen ciertos títulos ejecutivos que desde su creación otorgan al titular poder para obtener del deudor el cumplimiento forzoso de la obligación de que dan cuenta, siempre, por supuesto, que tenga el carácter de actualmente exigible, esté vigente en el tiempo y sea líquida. Pero, también se sabe, que hay otros títulos que requieren para el fin señalado de la realización de una serie de gestiones previas, algunas de naturaleza administrativa y otras jurisdiccional.

En relación con estas últimas, Redenti (Derecho Procesal Civil, Tomo II, págs. 291 y ss.) manifiesta que para llegar a la ejecución el acreedor debe comenzar por deducir una acción declarativa o de cognición y así procurarse o una sentencia de condena u otro antecedente indubitado avalado por su origen judicial.

Distingue así el autor nombrado en torno a esta materia, la acción declarativa de la ejecutiva. La primera va dirigida —en lo que aquí interesa— a alguno de estos dos fines: a) a la obtención directa de una sentencia definitiva que ordene a una persona satisfacer una obligación cuya existencia allí se reconoce; o b) a la sola creación de otro antecedente en el que de manera fehaciente conste tal obligación, sin tener forzosamente el carácter de una sentencia definitiva de condena. La segunda acción, a su vez, afinándose en la declarativa que le precedió, tiene por objeto lograr el cumplimiento forzado de la prestación cuya constatación indubitada se obtuvo mediante esta última.

En consecuencia, careciendo el acreedor de título ejecutivo puede procurárselo a través de la instauración de un procedimiento de cognición que no siempre va enderezado a obtener una sentencia definitiva de condena, sino también otra entidad a que la ley da el carácter de aquél. En este último caso estamos en presencia de las llamadas gestiones preparatorias de la acción ejecutiva.

Así las cosas, la confesión de la deuda, el reconocimiento de la firma puesta en un documento privado civil o mercantil, etc., se obtienen deduciendo una acción declarativa con ese fin, acción totalmente diferente de la ejecutiva posterior que persigue la satisfacción compulsiva de la obligación cuya existencia quedó establecida mediante las primeras.

Bien dice Redenti que no deben confundirse las gestiones jurisdiccionales destinadas a obtener un título ejecutivo con la ejecución misma, ya que se desarrollan "por fases diversas" siendo abiertamente dos acciones sustancialmente distintas y separadas, para el uno y para el otro objeto (*dictum y factum*), la segunda de las cuales (la ejecutiva) no nace sino del resultado feliz de la primera (la de cognición y de condena).

Creemos que la separación manifiesta entre la acción de cognición para obtener un título ejecutivo —sea una sentencia de condena u otro antecedente indubitado— y la ejecutiva que tiene su fuente en aquélla, es reconocida por la legislación nacional.

Ninguna duda queda sobre nuestra afirmación si consideramos lo dispuesto en los artículos 434 y 435 del Código de Procedimiento Civil y posteriormente en la Ley N° 18.092, de 14 de enero de 1982.

Para configurar los títulos ejecutivos que allí se contemplan es menester provocar por el acreedor una gestión judicial que evidentemente dará lugar a un procedimiento de carácter declarativo o de cognición en los términos señalados precedentemente. En efecto, deberá éste accionar con el fin de obtener del presunto deudor el reconocimiento de una deuda o de su firma estampada en un instrumento privado común, letra de cambio, pagaré o cheque.

En el evento de que tal reconocimiento se produzca dentro de la gestión judicial a que se ha hecho referencia, es el mandato de la ley el que de una declaración del deudor ante juez competente hace nacer el título ejecutivo y entonces la instancia queda terminada. Independientemente de ella podrá venir el juicio compulsivo que tendrá como antecedente tal título, constituyendo una nueva instancia.

Si, ahora, el deudor no comparece a la audiencia pertinente o haciéndolo dé respuestas evasivas, será necesaria la dictación de una resolución judicial que declare, según el caso, la existencia de la deuda o la autenticidad de la firma. Es una sentencia susceptible de recursos, la que, por su carácter, una vez ejecutoriada producirá el término definitivo de la instancia y el efecto de cosa juzgada. Habrá quedado configurado así el título ejecutivo pertinente como la culminación de un procedimiento de carácter declarativo, también independiente del juicio ejecutivo posterior.

Finalmente, la Ley N° 18.092 vino a aclarar para la letra de cambio y el pagaré aún más la naturaleza declarativa de la gestión preparatoria del reconocimiento de la firma en ellos estampada. Se recordará que en el artículo 111 dispuso que si ella fuere tachada de falsa esta impugnación se tramitará como incidente, correspondiendo al demandante —nótese que no habla de ejecutante— acreditar que la firma es auténtica.

Lo anterior significa que, producida la situación relatada, se origina un procedimiento contencioso declarativo, esto es, una instancia que culminará con un pronunciamiento respecto de la falsedad o autenticidad de la firma puesta en duda y en este último caso, ejecutoriado que sea, nace el título ejecutivo pertinente protegido de la autoridad de cosa juzgada.

La circunstancia de someterse esta gestión a la normatividad procedimental de los incidentes no le da ese carácter, como tampoco lo adquieren, por ejemplo, la demanda de cobro de honorarios, las tercerías de pago y prelación, etc., que, no obstante tener vidas, objetos y fisonomías propios, la ley las sujeta a la sustanciación incidental, como pudo haberles escogido otras formas de tramitación (arts. 521 y 697 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente).

Todo lo expresado confirma nuestro aserto sobre la autonomía e independencia entre el procedimiento declarativo destinado a preparar la ejecución y el juicio que podrá venir como consecuencia de aquél y ratifica que abandonada la instancia respecto de éste subsiste incólume el título ejecutivo, pudiendo servir de base a un nuevo juicio si se dan los demás supuestos exigidos por la ley.

Cabe advertir que hay autores, como Prieto Castro, que afirman que el juicio ejecutivo comienza sólo con el embargo y aún otros, Guasp entre ellos, que sucede una vez dictada la sentencia de remate.

Estas opiniones, como se ve, acentúan y separan con mayor intensidad la gestión preparatoria del juicio ejecutivo.

En atención a lo expuesto no compartimos la opinión manifestada en algunos fallos en el sentido de considerar las gestiones a que da lugar la preparación de la vía ejecutiva como actos judiciales no contenciosos (Rev. Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXII 2ª part. Sec. 1ª pág. 4). No vacilamos en reiterar que se tratan de verdaderos juicios cuya finalidad es la creación de un título ejecutivo y que se originan por una pretensión del acreedor dirigida en contra del deudor.

Si se estima no contenciosa la diligencia que nos preocupa debería conocer de ella y luego de la ejecución el juez de letras del domicilio del acreedor, pues tendría la condición de interesado, y en los lugares asiento de Corte de Apelaciones en que hubiere más de uno lo sería el de turno; no se consideraría el fuero de las partes; no procedería la prórroga de competencia, etc., como lo disponen los artículos 133, 134, 179 y 182 del Código Orgánico de Tribunales. En el campo del procedimiento regiría el sistema probatorio de las informaciones sumarias, el tribunal podría decretar de oficio las diligencias informativas que estime conveniente y las apreciaría prudencialmente; las resoluciones, según el caso, quedarían sujetas al recurso especial de reconsideración; la intervención del deudor —que sería legítimo contradictor— transformaría en contenciosa la gestión, etc., conforme a lo prescrito en los artículos 818, 819, 820, 821 y 823 del Código de Procedimiento Civil.

Las circunstancias anotadas, tan alejadas de las prácticas procesales, bastan, según nuestro parecer, para demostrar la inconsistencia del criterio de atribuir el carácter de acto judicial no contencioso a la gestión preparatoria de la ejecución, aunque confirma la tesis de la separación de ambas.

En otro orden de ideas, nadie duda que el título ejecutivo —ajeno a su materialidad— es un elemento esencial e integrador de la acción ejecutiva, puesto que la pretensión en ella involucrada se asienta en este antecedente. Constituye incluso un requisito de interposición de aquella si se considera la facultad que el artículo 441 del Código de Procedimiento Civil concede al juez para denegar la ejecución con el mero examen del título aparejado a la demanda.

El título, entonces, está inmerso en la acción, forma un solo todo con ella, por lo que su subsistencia queda protegida frente al abandono de la instancia por el inciso 1º del artículo 156 de ese cuerpo legal. Textualmente prescribe que “no se entenderán extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes”, resultando evidente que esto sucede tanto respecto de los títulos ejecutivos llamados completos o perfectos como de los que se generan en una gestión preparatoria, tan latamente analizada.

Nuestros afanes tendientes a demostrar la autonomía que existe entre esta gestión y la ejecución se ven corroborados si examinamos la evolución histórica de este sistema procesal.

Demás está recordar que en esta parte nuestro Derecho deriva del de España, el que a su vez se inspira en el de Roma.

Nos informa De la Plaza (Derecho Procesal Civil Español, vol. II, pág. 405 y ss.) que, a medida que la función notarial fue adquiriendo relieve en Roma, se adoptó la práctica de incluir en los documentos emanados de ella una cláusula que pasó a ser de estilo por su generalidad. En ella una persona se constituía deudora de otra con facultad para proceder al embargo de sus bienes ante un eventual incumplimiento. Por ese camino —nos dice este autor— se llegó a la construcción del título y del proceso ejecutivo.

Suscitada la litis, con mucha frecuencia durante su curso el deudor no sólo sostenía la extinción de la deuda sino que desconocía la autenticidad del documento y especialmente impugnaba la firma que se le atribuía, por lo que el sistema cayó en desprestigio.

Como reacción ante lo dicho y para evitar la tramitación de pretensiones sin destino, se introdujo la costumbre de llamar previamente al deudor a presencia judicial para que allí reconociese el documento y su firma y sólo una vez logrado era posible el inicio de la ejecución.

Surgieron, entonces, dos etapas procesales: La primera de carácter declarativo destinada únicamente a que el deudor hiciera valer desde luego alegaciones formales de fácil demostración (“altiorum indignum non requirunt”) y la segunda, que era el juicio ejecutivo propiamente tal, en el que sólo podían oponerse excepciones más complejas y de fondo.

Como puede verse, ya en Roma y luego en España se distinguía claramente una acción de cognición con el fin de preparar el juicio compulsivo y la ejecutiva cuya instauración daba inicio a éste. No debemos extrañarnos, en consecuencia, que igual criterio —con modalidades propias— adoptase y aún mantenga nuestra legislación, dando la razón a quienes sostienen la dualidad de procedimientos a que dan lugar las gestiones preparatorias del juicio ejecutivo y el proceso que permite la sustanciación de este último.

Tal independencia determina, como tantas veces se ha dicho y el fallo en estudio lo ratifica, que abandonada la instancia respecto del juicio ejecutivo sus efectos no se retrotraen a las gestiones preparatorias del mismo, sirviendo el título que allí emergió para intentar nuevamente la acción si concurren aún los demás requisitos legales.

Lo aseverado no menoscaba de manera alguna el voto de minoría de la sentencia, cuyos fundamentos, honrado es reconocerlo, en el curso de estas líneas más de una vez nos hicieron sentir débil la mano y vacilantes las ideas.

El lector podrá adoptar sus propias conclusiones.