Artículo: Comentario jurisprudencia. 1. Cláusula penal. Incumplimiento. Mora. Título ejecutivo
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

Nº 192
AÑO LX
JULIO-DICIEMBRE 1992
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

UDEC BIBLIOTECAS DIRECCION

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Comentario jurisprudencia. 1. Cláusula penal. Incumplimiento. Mora. Título ejecutivo
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

R. DOMINGUEZ AGUILA
Prof. Derecho Civil
R. DOMINGUEZ BENAVENTE
Ex prof. Derecho Civil
Universidadde Concepción

1. CLAUSULA PENAL. INCUMPLIMIENTO. MORA. TITULO EJECUTIVO

Si en un contrato de promesa de compraventa se ha pactado el pago de una pena para el caso de incumplimiento, haciéndose exigible la pena con el mérito del certificado notarial que acredite el hecho e individualización de la parte incumplidora, y se ha previsto un plazo para el cumplimiento del contrato de promesa, el deudor está en mora por el transcurso del plazo sin necesidad de requerimiento, porque el artículo 1538 del C. Civil ha de interpretarse en armonía con los dispuesto en el art. 1551 N°.1 del mismo cuerpo legal. Pero no existe título ejecutivo, porque el incumplimiento no puede extraerse del solo título invocado. El título, para ser ejecutivo, ha de bastarse a sí mismo, sin poder completarse con otros antecedentes. Las partes no pueden crear títulos ejecutivos.

VOTO ESPECIAL: Si el plazo en que ha de cumplirse el contrato de promesa es suspensivo, no tiene aplicación el art. 1151 N°.1 del C. Civil.

Corte de Concepción, 18 de mayo de 1993, autos rol 118-92.

COMENTARIO

Las cuestiones clásicas que plantea la interpretación del Código Civil vuelven de tiempo en tiempo a los tribunales y obligan a reexaminar los argumentos que se dan en uno u otro sentido. En este caso, se trata de la exigencia de la interpelación, como modo de poner al deudor en mora en el caso de la cláusula penal. Se planteaba además el carácter ejecutivo de la escritura pública en que se contenía el contrato cuyo incumplimiento daba lugar al cobro de la pena.

Los hechos son muy comunes: se suscribió por las partes un contrato

Artículo: Comentario jurisprudencia. 1. Cláusula penal. Incumplimiento. Mora. Título ejecutivo
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

de promesa de compraventa que contenía un plazo para la celebración del contrato prometido. Las partes acordaron además que la parte incumplidora pagaría a la otra una multa que se fijó en tres millones de pesos y se dijo expresamente que "para este efecto, constituye título ejecutivo la presente escritura, declarándose que la obligación emanada de la cláusula penal por el incumplimiento, será exigible con el mérito del certificado del notario titular o subrogante de esta notaría que acredite el hecho e individualización de la parte incumplidora". La promesa se contenía en una escritura pública.

Como llegado el día en que la promesa debía cumplirse y una de las partes no suscribiera el contrato de compraventa, el contratante cumplidor dedujo una acción ejecutiva para el cobro de la pena; pero la demandada opuso a la demanda la excepción del art. 464 Nº.7 del Código de Procedimiento Civil, porque el título no tenía los requisitos o condiciones establecidas por la ley para que tuviera fuerza ejecutiva, puesto que la vendedora ni siquiera había obtenido aún la recepción municipal de la casa construida en el inmueble.

El tribunal *a quo* acogió la demanda y desestimó la excepción, mas la Corte de Concepción revocó la sentencia y acogió la excepción; pero no fundándola en los hechos alegados por la demandada, sino en la circunstancia de no existir título ejecutivo porque de la sola escritura pública de promesa no se derivaba el incumplimiento.

La Corte inicia el examen de la cuestión, planteando primero los requisitos que la ley exige para el cobro de una pena. Cabe desde ya señalar que este análisis no era necesario para los efectos de desestimar la demanda y revocar la sentencia del *a quo*, desde que en definitiva, el tribunal de alzada lo hace por considerar que no existe en el caso título ejecutivo; pero, al parecer, el debate planteado en torno a uno de esos requisitos pareció tan atractivo a los jueces que de todas formas dirigieron hacia allá su razonamiento. En efecto, la primera cuestión resuelta por la sentencia dice relación con la interpretación que ha de darse al art. 1538 inc. 1º del C. Civil. De acuerdo a éste: "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva".

Esta regla contiene, según algunos, una contradicción con el art. 1551 Nº.1. En efecto, de acuerdo a éste, el deudor está en mora por el solo hecho de haber dejado sin cumplir su obligación dentro del plazo convenido. Aquélla, sin embargo, determina que, en caso de cláusula penal, el deudor no queda en mora por el solo transcurso del plazo, sino que ha de ser puesto en mora, lo que equivaldría a exigir, no obstante el plazo, un requerimiento.

El art. 1551 Nº.1 consagra entre nosotros el principio *Dies Interpleiliat pro homine* que ya recogía el derecho justiniano y el antiguo derecho español, así como también el antiguo derecho francés. Sin embargo, a partir del siglo XVIII fue abandonado en Francia, exigiéndose requerimiento aun en el caso de plazo estipulado y por ello, el art. 1139 del Código de Napoleón finalmente decidió que "el deudor es constituido en mora, sea por un requerimiento o por otro acto equivalente, sea por el efecto de la convención, cuando ésta incluye la

Artículo: Comentario jurisprudencia. 1. Cláusula penal. Incumplimiento. Mora. Título ejecutivo
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

cláusula de que se constituirá en mora el deudor sin que haya necesidad de acto alguno y por el solo hecho de cumplirse el plazo". Así, en éste, se necesita de una cláusula expresa para que la sola expiración del plazo deje al deudor en mora. Semejante solución se adopta en el derecho español (Castán T., *Derecho Civil Español Común y Foral,* t. 3, Obligaciones. p. 242, 16ª. edic. por G. García Cantero, Madrid, 1992); pero otras legislaciones siguen el principio *dies interpellat pro homine* al igual que lo hace el art. 1551 Nº.1 nuestro (así, C. alemán, art. 284 inc. 2º, C. italiano art. 1219, inc. 3º, C. colombiano, art. 1608, Nº.1. etc. Sobre ello, F. David, "De la mise en demeure", *Rev. Crit.* 1939, p. 95). En Francia hay autores que sostienen que la necesidad de requerimiento es el resabio de formalismos antiguos (Carbonnier, *Droit Civil,* t.2, Les Biens, les Obligations, Nº.160) y otros que entienden más lógica y propia a los tiempos la solución que adoptó nuestro Código (Así, Marty y Raynaud, *Droit Civil,* t.2, vol. 1 Nº. 655, París, 1962). No faltan quienes defienden la regla adoptada por el Código de Napoleón (Así, Weill y Terré, *Droit Civil, les Obligations,* Nº 423, 2ª. edic., París, 1975).

Pero cuando se trata del art. 1538, para algunos, el Código Civil chileno habría mantenido la misma solución que se contiene en el Código francés: en el caso de la cláusula penal, aunque transcurra el plazo convenido para el cumplimiento de la obligación caucionada, el acreedor necesita requerir judicialmente al deudor, es decir, dar aplicación al art. 1551 Nº 3, porque se estaría en presencia de una de las excepciones que el propio art. 1551 Nº.1 anuncia al principio *dies interpellat pro homine*. La explicación habría de buscarse en la redacción del Código: el art. 1730 del Proyecto de 1853 -equivalente al actual art. 1551- seguía al Código francés y pedía requerimiento aun en presencia de plazo estipulado y de allí que, al tratarse de la cláusula penal, se recordare que tal requerimiento era necesario aun si la obligación principal tenía un plazo convenido para su cumplimiento. Pero luego el proyecto definitivo adoptó en el art. 1551 el principio contrario y no hubo cuidado de armonizar con él el art. 1538, quedando así subsistente la necesidad de requerimiento en caso de cláusula penal (Así, A.C. Quiroz, La Cláusula Penal, memoria, p. 43, Santiago, 1927; G. González Prats, De la Indemnización de Perjuicios por Inejecución de las Obligaciones, memoria, Nº.175, Santiago, 1928. Sobre los orígenes del art. 1538 Claro Solar, *Derecho Civil,* t. 10 Nº 578). Sin embargo, la explicación no es satisfactoria, como lo recuerda la sentencia que se comenta, al adoptar la solución que se transcribe en la doctrina. No se observa las razones de por qué, si aquélla fuese la explicación histórica, una inadvertencia legislativa habría de conducir a una interpretación ilógica de la ley. Desde luego, no habría razones prácticas para exigir requerimiento en caso de cláusula penal y no en los demás. Pero tampoco la letra del art. 1538 lleva al requerimiento. Esta se limita a señalar que, haya o no plazo estipulado, para exigir la pena se requiere mora del deudor. Pero no ordena que la mora sólo proceda previo requerimiento, de forma que lo único que existe allí es una remisión al art. 1551, y dentro de éste a sus tres numerandos, vale decir, al Nº.1 en el evento de existir plazo estipulado. Esta ha sido la doctrina de mayor aceptación (Así, S. Gatica Pacheco, *Aspectos de la*

Artículo: Comentario jurisprudencia. 1. Cláusula penal. Incumplimiento. Mora. Título ejecutivo
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

Indemnización de Perjuicios, Nº. 316; M. Somarriva U., Tratado de las Cauciones, Nº. 26; R. Abeliuk, Obligaciones, Nº. 913. Vid. Claro Solar, op. cit. t.10 Nº.577 que tiene igual tesis, aunque luego, en el Nº. 578 contiene una explicación histórica que pareciera contrariar lo afirmado antes). Es lo que se había resuelto por la Corte Suprema (sentencia de 20 de octubre 1943 *Rev. de Der.* t. 41, sec. 1ª. p. 396).

Un requisito de la indemnización de perjuicios, considerado clásico sigue pues presentando problemas prácticos y no ha revelado aún todos sus misterios, como se ha afirmado, lo que justifica la permanente preocupación doctrinaria por él (Así, John C. Reitz, "The Mysteries of the Mise en Demeure", 63 *Rulane Law Rev.* (1988) 85 y sgts.).

V. Collomb, "Demeure et mise en demeure en droit privé", tesis, Niza 1974; Allix, Réflexions sur la mise en demeure, *J. C. P.* 1977, II, 2844.

Pero la sentencia aborda además un segundo aspecto de no menor interés práctico. Ella dice relación con la existencia de un título ejecutivo en el caso. La sentencia decide qué verificar si en un caso dado se reúnen los requisitos para el cobro de una cláusula penal, exige un juicio de lato conocimiento y no un procedimiento ejecutivo. El acreedor debería probar la imputabilidad del deudor y el incumplimiento, "exigencias éstas que no pueden extraerse del título invocado". No podemos compartir la conclusión de los sentenciadores en este aspecto. Se sabe que, tratándose la responsabilidad contractual, tanto el incumplimiento como la imputabilidad se presumen, si el acreedor ha probado la existencia de la obligación. Los arts. 1698 y 1547 inc. 3º llevan a la conclusión contraria a la que se sostiene en el fallo. Es el deudor el que debe probar o que cumplió o que su incumplimiento no es debido a culpa o dolo de su parte. Esta conclusión es indudable entre nosotros (Abeliuk, op. cit. Nº.796; S. Gatica P., op. cit. Nºs. 310, 65).

Sin embargo, lo que ha podido llevar a aquella conclusión es el tenor del pacto en el caso que se resolvió; las partes convinieron que el que quisiera cobrar la pena debía acreditar, con un certificado notarial, su cumplimiento y el incumplimiento contrario. De este modo, ellas mismas privaron a la sola escritura pública del mérito ejecutivo que por sí tenía y exigieron adicionarla con un documento o certificado de un notario. Ello implicaba, además, como lo resuelven los jueces en el caso, constituir un título ejecutivo que la ley no admite, al combinar el efecto de dos documentos, uno de los cuales ni siquiera figura entre los títulos ejecutivos del art. 434 del C. de Proc. Civil. Ya con anterioridad la Corte de Concepción había resuelto reiteradamente que no es admisible entre nosotros iniciar una acción ejecutiva con la superposición de dos títulos, ninguno de los cuales, aisladamente considerados, contiene una obligación líquida, actualmente exigible y no prescrita (Sentencias de 19 de julio 1978, rol 210-78 Banco de Chile con Glaría, no publicado, redacción del Ministro Sr. E. Tapia W; y 17 de agosto de 1979, Corp. Financiera Atlas con Gascón, en *Rev. de Der.* t. 76, sec. 2ª. p. 270. En igual sentido, C. Santiago, 9 de agosto 1983, *Rev. de Der.* t. 80, sec. 2ª, p. 78 y en *Gaceta* Nº 39, p. 37. En situación parecida ya en sentencia de 31 de marzo de 1933, *Rev. de Der.* t. 30, sec. 1ª. p. 286 la Corte

Artículo: Comentario jurisprudencia. 1. Cláusula penal. Incumplimiento. Mora. Título ejecutivo
Revista: Nº192, año LX (Jul-Dic, 1992)
Autor: Ramón Domínguez Benavente

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

Suprema había resuelto cosa parecida, imponiendo incluso sanción a los jueces de la instancia que había procedido a ordenar despachar mandamiento sin examen previo de la calidad del título). La Corte recuerda también que, para decidir por esas circunstancias, era admisible la excepción del art. 464 Nº.7 del C. de Proc. Civil, no tenían por qué ajustarse necesariamente a las alegaciones del ejecutado, ya que el deber de examinar el título, impuesto por el art. 441 del C. de Proc. Civil, está referido a los jueces, los que, aunque la parte no haya fundado en aquellas circunstancias su excepción, han de cumplir con su deber. La Corte. Ya en sentencias antiguas, diversos tribunales habían resuelto que el examen que ordena el art. 441 del C. de Proc. Civil no es meramente formal, sino de fondo -cosa que a veces se olvida por los jueces de la instancia- (Así, C. Suprema, 6 de noviembre 1931, *Rev. de Der.*, t. 29, sec. 1ª. p. 148; C. La Serena, 14 enero 1960, *Rev. de Der.* t. 57, sec. 2ª. p. 1) y que ese deber pesa incluso sobre el tribunal de segunda instancia (C. Santiago, 28 de marzo 1906, *Rev. de Der.*, t. 4, sec. 1ª. p. 305).

2. PRECARIO. COMODATO PRECARIO. CONVIVENCIA. PRUEBA DEL DOMINIO

DOCTRINA

El hecho de haberse entregado por el demandante un inmueble a la demandada para que ésta viviera en él y pudiese así mantenerse una convivencia marital entre ellos, aceptada por ésta que se trasladó a habitar allí con su hijo producto de esa convivencia, constituye un comodato que se aparta de la idea de mera tolerancia en la cual se ha fundado una acción de precario. En la acción de precario la ley no exige una prueba completa del dominio y basta la presunción que ampara al poseedor.

Corte de Concepción, 17 de junio de 1993, autos rol 75-93 caratulados G. San Martín con A. Ríos.

COMENTARIO

Se sabe que la acción de precario tiene más bien un origen jurisprudencial que positivo. Jamás estuvo en la idea del autor del Código el crear, casi de paso, en el art. 2195 inc. 2º y a propósito del contrato de comodato, una acción protectora del dominio que, en la mayoría de las situaciones de hecho, ha venido a desplazar a la reivindicación. Hace ya años, algún litigante ingenioso encontró adecuado fundar allí una acción para desalojar a un ocupante de hecho y desde que los tribunales admitieron la acción se inició el desarrollo de la institución del precario que, sin embargo, jamás ha perdido enteramente su origen jurisprudencial que frecuentemente recuerda la doctrina. (Así, R. Domínguez Aguila, "Observaciones a Ciento Veinte Años de Jurisprudencia", en esta revista, Nº. 118 (1975), pp. 59 y sgts. y esp. p. 76 y sobre el precario en especial, R. Domínguez Benavente, "El Precario, en *Rev. de Derecho Español y Americano*,