

# **REVISTA DE DERECHO**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

**Dirección y Administración: Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales - Casilla 49**

**Año VIII - Concepción (Chile) Enero - Junio de 1940 - Nos. 31 y 32**

## **INDICE**

<b>Alberto Herrera Arrau</b>	<b>De las excepciones y de las defensas en general y particularmente de las excepciones en el juicio ejecutivo</b>	<b>Pág. 2521</b>
<b>Orlando Tapia Suárez</b>	<b>La Responsabilidad Extracontractual (continuación)</b>	<b>" 2593</b>
	<b>MISCELANEA JURÍDICA</b>	<b>" 2621</b>
	<b>NOTAS UNIVERSITARIAS</b>	<b>" 2631</b>
	<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>" 2639</b>
	<b>LEYES Y DECRETOS</b>	<b>" 2679</b>

Alberto Herrera Arrau

## **De las excepciones y de las defensas en general y particularmente de las excepciones en el juicio ejecutivo**

### **EXCEPCIONES Y DEFENSAS**

**E**NTRE estos dos términos existe una manifiesta similitud.

Ambas nociones se refieren a la actividad del demandado en su lucha contra el actor, para obtener el rechazo de la demanda. Tanto la excepción como la defensa, son armas jurídicas que esgrime el demandado para protegerse contra el ataque, es decir, contra la acción.

Desgraciadamente el legislador en ninguna parte ha definido ni fijado el alcance preciso de estos conceptos, motivo por el cual se nota en nuestro Código procesal cierta vaguedad, capaz de llevar confusiones a jueces y litigantes.

Desde luego, en un sentido general puede decirse que defensa equivale a resistencia. Se defiende todo aquél que resiste o repele una agresión. En el terreno judicial, defensa es todo acto, argumento o alegación encaminados a poner trabas a la demanda, a impedir que prospere y a obtener

su rechazo definitivo. El artículo 295, inciso 2.º del Código de Procedimiento Civil dispone que las excepciones dilatorias que no se opongan dentro del término de emplazamiento, sólo podrán hacerse valer en el juicio por vía de *alegación o defensa*, consagrando así la equivalencia de estas expresiones.

La excepción propiamente dicha tiene un carácter diverso: es más ritual, importa una especie de contra-derecho del reo y de ordinario está formalmente reconocida y nominada por la ley.

En este sentido amplio y vulgar, la defensa comprende también la excepción, de lo cual se deduce que toda excepción es una defensa; pero no toda defensa es una excepción (Título 3.º, Partida 4.ª).

Sin embargo, esto nó lo dice nuestra ley, siendo más bien una consecuencia basada en la lógica.

En el Derecho Romano, cuando desapareció el procedimiento formulario, en el Bajo Imperio, no se advierten diferencias de forma entre la defensa propiamente dicha y la excepción.

El demandado hacía valer libremente ante el tribunal todos los medios de impugnación, directos o indirectos, que oponía a la demanda. En esa época se distinguían todavía las defensas y las excepciones, en lo que al fondo se refiere. La defensa era la negación pura y simple del derecho alegado, mientras que la excepción tendía a paralizar la demanda sin contradecirla directamente: el demandado, por ejemplo, reconoce el contrato; pero sostiene que se otorgó bajo los efectos del dolo, de la fuerza o del error.

Posteriormente se confundieron las defensas y las excepciones y esta nomenclatura equívoca pasó a las antiguas leyes españolas, Fuero Real, Partidas, Ordenamiento de Alcalá, etc., y después a casi todos los Códigos extranjeros.

La dogmática tampoco ha logrado ponerse de acuerdo en esta materia.

Para Carnelutti nace la excepción sólo cuando la resistencia del demandado se basa sobre hechos distintos de aquellos que constituyen la premisa de la demanda.

## **De las excepciones, etc.**

**2523**

En análogo sentido sostiene Eichmann que las excepciones en su sentido técnico, son alegaciones que dejan subsistentes las pretensiones del actor; pero que le autorizan para rehuir su cumplimiento hasta determinado tiempo o para siempre.

De acuerdo con esta misma doctrina, Manresa en la página 102 del Volumen III de su obra, refiriéndose a las excepciones perentorias, dice que dan por supuesta la existencia de la obligación o derecho en que se funda la demanda y, al mismo tiempo, la de un derecho concurrente o posterior que invalida o destruye dicha obligación.

Existen aun otros criterios. Miguel y Romero, citado por Menéndez Pidal, estima que para llegar a una conclusión precisa, es necesario analizar los elementos esenciales de la relación jurídica. Entre esos elementos, hay algunos que obran como elementos constitutivos (la calidad de heredero en la sucesión), otros que actúan como hechos impositivos, en cuanto su falta sirve de obstáculo para los hechos constitutivos (consentimiento, causa lícita), y, por último, otros hechos llamados extintivos, porque determinan el fin de la expresada relación jurídica (pago, nulidad, remisión).

Cuando el demandado opone una negación absoluta, se dice, en general, que opone defensas. Cuando opone a la pretensión del actor otro derecho suyo que tiene el poder de hacer valer los vicios de que esté afectada la relación jurídica, haciéndola ineficaz, total o parcialmente, se dice que opone excepciones.

Para los partidarios de esta doctrina, aceptada por Savigny, Keller, Chiovenda y otros autores, las excepciones constituyen verdaderos contra-derechos frente a la acción, y, por lo tanto, algo como un derecho potestativo del demandado frente a la acción ejercitada por el demandante. En cambio las defensas implican tan sólo negaciones, absolutas o relativas.

Esta distinción no es sólo académica, sino también práctica, porque el que opone simples defensas, nada tiene que probar. En cambio, el que alega hechos nuevos en forma de

excepciones, queda obligado a probar su aserto, conforme a la regla *reus in excipiendo fit actor*, aplicada ya por los romanos.

El artículo 193 de nuestro Código de Procedimiento Civil al enumerar los requisitos que debe contener la sentencia, en su N.º 3 dice: "Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el reo", con lo cual parece que el legislador atribuyera a ambas el mismo valor.

Igual cosa se observa en el N.º 2 del auto acordado, sobre la forma de las sentencias, que dictó la Excma. Corte Suprema el 30 de septiembre de 1920 en cumplimiento del artículo 5 transitorio de la ley N.º 3390 de 15 de julio de 1918, donde también se equipara la defensa a la excepción.

El artículo 299 del Código de Procedimiento Civil al ocuparse del escrito de contestación a la demanda y de lo que ésta debe contener, dice en su N.º 3.º: "Las excepciones que se oponen a la demanda..." No habla de defensas, como se ve.

Tampoco habla de defensas, sino de excepciones el inciso 2 del artículo 874 contenido en el título de los juicios de menor cuantía.

En cambio, el N.º 3 del artículo 797 relativo a la sentencia arbitral, usa únicamente la palabra *defensa*, sin mencionar la excepción.

La sola cita de estos preceptos, nos convence de que el legislador no adoptó una terminología uniforme al redactar el Código, ya que incurrió en tales confusiones.

Pero no se crea que esto ocurre sólo entre nosotros. Los Códigos italianos y español contienen la misma ambigüedad, y aun en Alemania la palabra "*Einrede*" se encuentra usada por los juristas en distintos sentidos.

En Francia la doctrina atribuye al Código una técnica especial, según la cual "*defense*" indica la contradicción relativa al derecho del actor, o sea, el fondo; y "*exception*" refiérese a las contradicciones relativas a la regularidad de las formas de procedimiento, o sea, la forma. Pero esto lo proclama la doctrina: el Código no siempre autoriza semejante interpretación.



## De las excepciones, etc.

2525

De todos modos, tal manera de resolver la dificultad no tiene cabida entre nosotros, porque aunque el artículo 293 asigna el nombre de excepciones a las dilatorias relativas al procedimiento, el artículo 486 llama también excepciones a las defensas de fondo: nulidad, transacción, pago, etc.

Como manifesté más atrás, defensa es, en el lenguaje vulgar, todo lo que el demandado haga o diga para enervar la acción. La simple negativa del fundamento de la demanda, puede considerarse una defensa.

Los Tribunales de Justicia, no obstante, han restringido el alcance de esta palabra, fijándole un sentido más conforme con las tradiciones jurídicas. La sentencia de la E. Corte Suprema de 15 de noviembre de 1932, página 223, de la Gaceta, expediente Jaime Weinstein con Banco de Chile y Alemania, declara que para que una defensa pueda considerarse excepción, es menester que represente una exclusión, contradicción o repulsa de la acción ejercitada. No basta, agrega, que el juez haya considerado excepciones a las defensas. Para que lo sean deben reunir los requisitos indicados.

En efecto, la defensa puede consistir en un mero raciocinio o argumento, o en una cita o referencia, y ninguna de estas cosas constituirán jamás una excepción.

Pero volviendo a lo que nos interesa ¿la ambigüedad de nuestro Código persiste en todas sus disposiciones o hay casos en que la excepción tiene un significado técnico que permite distinguirla claramente de la defensa?

Es indudable que sí. Tenemos el art. 293 del Cód. de Proc. Civil, ya citado, que establece la excepciones dilatorias, o sea, las que se refieren a la corrección del procedimiento, sin afectar al fondo de la acción deducida. Aquí la palabra *excepción* tiene un significado específico y nunca se la podrá reemplazar por *defensa*.

El art. 486 del mismo Cód. denomina también excepción a la oposición que formula el ejecutado contra la demanda ejecutiva, y ello no por referirse a cuestiones de fondo (ya que entre esas excepciones, las cuatro primeras son dilatorias), sino por tratarse del juicio ejecutivo que en todas las legislaciones ti-

picas, modelos de la nuestra, tiene una nomenclatura semejante.

Tenemos entonces que la ambigüedad sólo subsiste en el juicio ordinario y en algunos especiales. En el ejecutivo, la defensa normal del reo toma el nombre de excepción y debe reunir ciertos requisitos sin los cuales no tiene ningún valor.

Una última cuestión de carácter práctico. Para que el juez pueda fallar el pleito en favor del demandado, es indispensable que éste haya opuesto excepciones a la demanda o basta con las meras defensas.

La afirmativa me parece evidente, no sólo porque la ley en ninguna parte ordena poner excepciones en el juicio ordinario, sino también porque en muchos casos basta con un simple argumento o con una mera advertencia al juez para que la demanda se rechace.

Por ejemplo, A demanda a B por reivindicación de especies. B contesta negando el fundamento de la acción, es decir, el dominio de A. Durante la secuela A, no presenta las pruebas de su derecho. El juez debe fallar absolviendo a B.

Otro ejemplo. A demanda a B sobre petición de herencia en representación de los herederos legítimos residentes en Europa. B contesta y se limita a advertir al juez que el mandato con que obra A no ha sido autenticado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme al artículo 334 del Código de Procedimiento Civil. El juez falla y absuelve a B, no obstante no haberse excepcionado.

Esto que ocurre en el juicio ordinario, es de todo punto imposible en el ejecutivo, donde toda oposición a la demanda debe formularse por la vía de la excepción, de ritualidad estricta, sin que al juez le esté permitido aceptar ninguna defensa, por muy acreditada y eficaz que sea, cuando no se ajusta rigurosamente a las reglas prescritas.

Y esta característica del juicio ejecutivo constituye una de las modalidades que más profundamente lo diferencian del ordinario o declarativo.

## EXCEPCIONES EN EL JUICIO EJECUTIVO

### 1.ª Excepción: La incompetencia del tribunal ante quien se hubiere presentado la demanda

La primera de todas las excepciones que el legislador ofrece al deudor para detener la acción ejecutiva, es la de "incompetencia del tribunal ante quien se hubiere presentado la demanda", excepción que, como las cuatro que le siguen en la lista del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, es sólo dilatoria, o sea, que no enerva o remata la acción, sino que simplemente entorpece o "aluenga el pleyto", como que se basa en defectos de forma susceptibles de enmendarse o repararse.

Esta excepción de incompetencia, es análoga a la contemplada en el N.º 1.º del artículo 293 del Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario. Ambas arrancan de unos mismos hechos y persiguen idénticos fines procesales, que no son otros que subsanar defectos de orden adjetivo, sin tocar el fondo de la acción. La única diferencia consiste en el plazo para interponerlas, que es de cuatro días en el juicio ejecutivo y de quince en el ordinario, ambos fatales.

Por motivos de orden social existe manifiesta conveniencia en que todas las contiendas entre partes sean tramitadas y resueltas por el juez a quien la ley revistió de potestad suficiente para el caso.

La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875, en su Título XII, fija las reglas de la competencia de los jueces para conocer de los diversos asuntos que ante ellos se promueven.

Cuando se violan estas reglas, cuando un juez toma a su cargo asuntos contenciosos que han sido confiados a otros jueces o a otros funcionarios, la parte perjudicada tiene el derecho de reclamar de tal anomalía, deduciendo la correspondiente cuestión de competencia por declinatoria, que en



el caso del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, toma el nombre de excepción.

Pero antes de seguir, fijemos el concepto preciso y el alcance jurídico de la competencia.

El artículo 192 de la ley de 1875, ya citada, nos da de ella una definición casi perfecta. Dice así: "La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones".

Aunque aquí se habla de "facultad", es indudable que el ejercicio del ministerio de los jueces cuando los particulares reclaman su intervención en forma legal, importa más que una facultad, un deber imperioso, como lo establece el artículo 9 de la misma ley, lo que no les permite excusarse de actuar, salvo causales de implicancia debidamente comprobadas.

Es frecuente ver confundidas en la práctica las nociones de competencia y jurisdicción.

El procesalista Mattiolo, explicando ambos conceptos, se expresa de este modo: "La soberanía confía el ejercicio del poder judicial a la autoridad, cuyo conjunto sistemático se denomina orden judicial. La potestad que cada una de estas autoridades despliega en el ejercicio de sus funciones dicese *jurisdicción*. *Competencia* es la medida con que dicha potestad se distribuye entre las varias autoridades judiciales".

Puede decirse que *jurisdicción* (*juris dictio, juris declaratio*) es el poder de juzgar que corresponde a todos los jueces, y la *competencia* es la medida en que se ejerce ese poder.

Todos los jueces en general están facultados para administrar justicia: ésta es la *jurisdicción*. Pero no todos la administran del mismo modo ni en los mismos asuntos: ésta es la *competencia*.

La primera es genérica, la segunda específica.

La competencia de los tribunales, tal como la entienden las leyes antiguas y modernas, puede ser de dos clases: absoluta y relativa. •

La primera se funda en razones de interés público y por lo tanto debe aplicarse en todo caso, sin que las partes puedan renunciarla.

## De las excepciones, etc.

2529

La segunda, como que mira únicamente al interés privado, es susceptible de renuncia.

Expliquemos esto. Al repartir la jurisdicción entre los distintos tribunales, o sea, al determinar la competencia de cada uno de ellos, el legislador atiende: 1.º a la materia sobre que versa el juicio; 2.º al diferente valor del objeto del pleito; 3.º al diverso grado que recorre la causa y 4.º a la parte del territorio donde se ejerce la potestad.

En los tres primeros casos la competencia es absoluta. Las partes no pueden prescindir de ella porque el legislador la impuso como un precepto rígido, influido por motivos de importancia general o social.

En cambio la competencia fundada en el territorio, sólo interesa a los litigantes, quienes pueden prorrogarla expresa o tácitamente.

Por ejemplo, será incompetente *ratione materiae* un juez en lo civil a quien se somete un proceso por homicidio; lo será por razón de la cuantía si se pretende realizar un cobro de suma superior a \$ 500.00 ante un juez de subdelegación; incompetencia por el grado se produciría si una Corte de Apelaciones conociese de un recurso de casación interpuesto contra el fallo de otra Corte de Apelaciones.

¿A cuál de estos tipos de competencia se refiere el N.º 1 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil?

Aunque la disposición no lo diga, es evidente que los abarca todos, incluso el que se funda en el territorio.

La ley quiere que las partes litiguen en el mismo pie de igualdad, que sus derechos cuenten con idénticas garantías, para evitar indefensiones y fraudes que perjudiquen la buena administración de justicia. Por eso se permite al perjudicado reclamar de la competencia.

Puede suceder que las partes hayan pactado en la convención, someter sus litigios al fallo de personas extrañas al poder judicial, a quienes se les da facultades de árbitros o arbitradores.

En estos casos es incuestionable, atendida la ley del contrato, que el ejecutado puede hacer uso de la excepción del N.º 1 del artículo 486 para que el juez que conoce de la

ejecución, se declare incompetente, siendo numerosas las sentencias que acogen esta doctrina.

Tengo a la vista una de la Excm. Corte Suprema de 17 de junio de 1935, N.º 40 de la Gaceta de ese mismo año, dictada en la ejecución seguida por la Cía. Minera Industrial "La Campana" con Luis E. Figueroa. Los considerandos 2 y 5, que son los pertinentes, dicen así:

"2.º) que en la cláusula 15 de la escritura se establece  
" que toda dificultad que ocurra entre los socios o entre éstos y la Sociedad, deberá necesariamente ser resuelta por  
" arbitraje de amigables componedores, que procederán sin  
" forma de juicio y sin ulterior recurso y nombrados en la  
" forma que la misma cláusula expresa".

"5.º que en consecuencia, aparece de manifiesto la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de la presente ejecución y procede acoger la primera de las excepciones opuestas por el ejecutado".

Lo interesante de este fallo está en que la sentencia casada de la I. Corte de Valparaíso, había declarado como fundamento para desechar la excepción de incompetencia, el hecho de que los jueces árbitros carecen de jurisdicción para conocer de causas ejecutivas y de otras vías de apremio, según se desprende de los artículos 792 y 800 del Código de Procedimiento Civil, por no estar investidos de autoridad pública.

La E. Corte Suprema, sin desconocer esta circunstancia, resolvió que ante todo debía respetarse la ley del contrato, o sea, el artículo 1545 del Código Civil. Según este alto Tribunal, las partes que estipulan someter sus diferencias al fallo de personas extrañas a la judicatura, están precisamente obligadas a proceder de este modo, siempre que el interesado en ello así lo exija, y cualquiera que sea la índole del negocio de que se trata.

## De las excepciones, etc.

2531

### 2.º Excepción: La falta de capacidad del demandante o de personería o representación legal del que comparezca en su nombre

La segunda excepción autorizada por el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil es de carácter dilatorio, como la primera. Ambas están dirigidas a corregir defectos de forma, sin atacar la acción misma, en lo que ella tiene de fundamental.

El decreto ley de 8 de febrero de 1837, al ocuparse de esta excepción, se limitaba a decir: "falta de capacidad o de personería para demandar".

No distinguió de un modo expreso entre el demandante dueño de los derechos reclamados y el demandante-mandatario.

El Código de Procedimiento Civil de 28 de agosto de 1902, fué más explícito al referirse a la "personería o representación del que comparezca en su nombre".

Idéntica enmienda introdujo este Código en su artículo 293, al tratar de las excepciones dilatorias en juicio ordinario.

Cabe, sin embargo, hacer un pequeño reparo a la redacción empleada por el legislador, que no resulta del todo feliz.

En efecto, el N.º 2 del artículo 486 habla de "personería o representación legal". A primera vista parece que esas dos expresiones se hubieran tomado como sinónimas, no obstante existir entre ellas una diferencia substancial.

Pero, aunque pudieron precisarse con mayor claridad ambos conceptos, no creo que haya dudas acerca de su verdadero significado y alcance.

Entrando al estudio de esta excepción, debemos desde luego considerar los tres casos a que ella se refiere, según sea el dueño de los derechos, o el mandatario o el representante legal quien deduce la demanda.

Para la corrección del procedimiento, el N.º 2 del artículo 486 exige:

1.º Capacidad del demandante.

2.º Personería bastante del mandatario.



### **3.º Constancia de la representación a quien la invoca.**

Estudiaremos por separado cada una de estas exigencias de la ley.

**CAPACIDAD.**—Según el artículo 1445 del Código Civil, para que una persona se obligue con otra, debe ser legalmente capaz.

La capacidad es la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos. Puede ser de goce o de ejercicio, según se trate de adquirir derechos y disfrutarlos o de ejecutar actos jurídicos a su respecto.

En este caso se trata de la de ejercicio, ya que la de goce corresponde a todo individuo por el hecho de ser persona.

La capacidad de ejercicio se divide en absoluta y relativa. Los afectados con una y otra, se enumeran en el artículo 1447 del Código Civil.

¿A cuál de estas dos capacidades se refiere el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil?

A ambas, indudablemente. Todos los demandantes deben tener capacidad plena y si no la tienen, su gestión debe ser rechazada por ineficaz.

Los dementes y los impúberes no pueden demandar. Tampoco pueden hacerlo los menores, las mujeres casadas, los religiosos, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los disipadores interdictos.

El artículo 136 del Código Civil prohíbe comparecer en juicio a la mujer casada, salvo en causas criminales o en los litigios entre ambos cónyuges.

Con respecto a la mujer casada, puede decirse que su incapacidad se ha atenuado considerablemente después del decreto ley N.º 328 de 12 de marzo de 1925 y de la ley N.º 5521 de 19 de diciembre de 1934.

Actualmente, y a pesar del matrimonio, la mujer mantiene su capacidad: a) cuando en las capitulaciones matrimoniales pacta con su marido el régimen de separación total de bienes; b) cuando siendo mayor de edad, se encuentra divorciada perpetuamente (artículo 173 del Código Civil, modificado por la ley 5521), y c) con respecto a los bienes reservados, o sea, los que adquiere con su trabajo personal, en



## De las excepciones, etc.

2533

cualquiera industria, oficio o empleo, sin la ayuda o colaboración del marido (ley 5521).

En todos estos casos, la mujer casada puede demandar libremente.

**MANDATO.**—Según lo dispone el artículo 1448 del Código Civil, los actos jurídicos pueden ejecutarse directamente por el interesado, o por intermedio de un tercero a quien se autoriza al efecto.

El acto de conferir esta facultad para obrar por cuenta ajena, se llama mandato, del latín *manum dare*, porque antiguamente el mandatario daba la mano al mandante en testimonio de la fidelidad que le prometía.

Cualquiera persona capaz puede conferir poder a otra para que entable una demanda; pero si ese poder no es suficiente, o no es válido por cualquier motivo, o se encuentra caducado, o no se acredita en forma legal, etc., el demandado podrá objetarlo, deduciendo la excepción del N.º 2 del artículo 486.

No tendrá, por ejemplo, poder bastante quien inicie acción ejecutiva, estando facultado sólo para actuar en juicio ordinario. Tampoco lo tendrá el que habiendo ejecutado con fianza de rato, no recibe la ratificación en el plazo fijado por el juez.

Del mismo modo carecerá de poder el acreedor prendario que inicia ejecución directa contra el deudor del crédito dado en prenda.

Le faltará también poder al que cobra una letra con un endoso de este tenor: "páguese al Banco X o a su orden", lo que importa una simple comisión de cobranza y no transfiere la propiedad del documento al endosatario (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, octubre 20 de 1920, expediente Guillespie Bros & Cia. con Robinovich e Hijo).

**REPRESENTACION LEGAL.**—Las personas a quienes no se les permite litigar por sí mismas en virtud de su falta de capacidad, pueden hacerlo, no obstante, por conducto de su representante legal.

Son representantes legales, según el artículo 43 del Código Civil los padres, los maridos, los tutores y curadores y

lo son de las personas jurídicas los designados en el artículo 551 del Código Civil.

A estas personas, hay que agregar la madre, a quien corresponde ahora la patria potestad sobre los hijos, a falta del padre, según lo dispone el artículo 240 del Código Civil, modificado por la ley N.º 5521, ya citada.

Son también representantes legales para ciertos fines, los recaudadores fiscales, de comunidades o de establecimientos públicos, por sus respectivos representados. Igualmente corresponde este carácter a los abogados fiscales cuando intervienen en defensa de los intereses del Estado.

La representación legal no es sino una medida de protección en favor de los incapaces que por motivo de serlo, carecen de las condiciones necesarias para actuar sin tropiezos en la vida civil.

En cada uno de estos casos, el ejecutado deberá examinar la identidad del representante y del representado, la naturaleza de la representación, el antecedente escrito acompañado para acreditarla, la autenticidad de las partidas, etc.

Si notare, cualquier defecto, hará uso de la excepción a que nos venimos refiriendo, en la forma y plazo establecidos.

En muchas ocasiones los albaceas se han arrogado la representación de la herencia, cobrando judicialmente por cuenta de ésta los créditos hereditarios, pretendiéndose representantes legales.

Como se sabe, la representación de la herencia corresponde sólo a los herederos y el albacea, encargado por el testador para cumplir sus disposiciones testamentarias, no tiene más facultades que las fijadas en el Título XIII del Libro III del Código Civil, entre las cuales no aparece la de entablar demandas. Lo dicho se entiende, aun cuando al albacea se le haya conferido la tenencia de bienes, pues, aun entonces rige el artículo 1295 del Código Civil que le prohíbe entrar en juicio, como no sea para defender la validez del testamento o para llevar a cabo las disposiciones testamentarias que le incumban, y asociado siempre de los herederos o del curador de la herencia yacente, en su caso.

## De las excepciones, etc.

2535

3.ª Excepción: La litis - pendencia ante tribunal competente, siempre que el juicio que le da origen hubiere sido promovido por el acreedor, sea por vía de demanda o de reconvención

Esta excepción que figura en el N.º 3 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, consiste en la facultad que tiene el ejecutado para oponerse a una ejecución cuando el ejecutante ha promovido el mismo asunto ante otro tribunal o ante el que conoce de la causa. Su objeto es evitar que se dicten dos sentencias sobre la misma materia, que pueden ser contrapuestas.

No se trata, pues, de una excepción perentoria, como la de pago, remisión, prescripción, etc., sino de una defensa meramente dilatoria, que ya había contemplado el artículo 293 del mismo Código para el juicio ordinario.

El artículo 486 completó este último precepto, agregándole algunos elementos de los cuales me ocuparé en seguida.

La excepción de litis-pendencia para que sea eficaz, necesita reunir los siguientes requisitos:

- 1.º Que exista juicio pendiente ante otro tribunal o ante el mismo que conoce de la ejecución.
- 2.º Que ese tribunal sea competente.
- 3.º Que el juicio lo haya iniciado el acreedor.
- 4.º Que la acción aparezca entablada por vía de demanda o de reconvención.

Por su orden me referiré a cada uno de estos requisitos.

Desde luego, el juicio que autoriza esta excepción puede ser ordinario o ejecutivo y debe encontrarse pendiente, es decir, en actual tramitación. Si ha habido desistimiento o se ha declarado abandonada la instancia por resolución ejecutoriada, no hay juicio pendiente y, por lo tanto, la excepción no procede, debiendo desecharse. Una sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 31 de mayo de 1914, en causa de Mesa con Lafort, así lo declara.

La litis-pendencia será aceptable, por ejemplo, si alguien ejecuta para el pago de un legado, existiendo juicio de com-

promiso en el cual es parte el legatario y se discute en él a quién corresponde ese legado.

Procederá también si existe pendiente el concurso del deudor, o cuando el acreedor hubiese consentido en cometer su acción a compromiso, por tratarse de juicios universales, en que cada parte es actor y reo.

Hay jurisprudencia también en el sentido que debe acogerse esta excepción en un pleito ejecutivo por las rentas de arrendamiento, cuando el arrendador litigaba con su arrendatario sobre nulidad del contrato.

Mucho se ha discutido acerca de si una querella por estafa en que se trata de la misma cantidad que luego se cobra ejecutivamente, podría servir de base al ejecutado para oponer la excepción de litis-pendencia. El artículo 486 sólo habla de "juicio promovido por vía de demanda o de reconvencción", lo que hace presumir que el legislador se refirió a asuntos civiles, con exclusión de los criminales.

En este sentido se pronunció la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia N.º 119, Gaceta de 1905, página 148, primer semestre.

La misma sentencia de ese alto tribunal declaró que el juicio a que alude el N.º 3 del artículo 486 debe ser de idéntica naturaleza que el ejecutivo, y una querella criminal no lo sería.

La verdad es que el recordado fallo no está en estricto acuerdo con el texto de la ley, que sólo exige la existencia de un juicio, y una querella es también un juicio, aunque criminal.

Además, supone ese fallo un nuevo requisito para la procedencia de la excepción, no consignado en el N.º 3 del artículo 486, cual es el de que ambas demandas sean de la misma naturaleza.

Parece que esta antigua doctrina de la Corte de Concepción, no puede sostenerse hoy, si se atiende a los términos del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, el cual dispone: "siempre que se ejercite la acción penal, se entenderá utilizada también la civil".

Teniendo, pues, el juicio criminal un doble carácter, no



## De las excepciones, etc.

2537

puede afirmarse que su naturaleza sea esencialmente diversa del civil.

El segundo requisito exigido por el artículo 486 N.º 3 se refiere a la competencia del tribunal que conoce del segundo juicio. No tengo para qué repetir aquí las reglas que sobre este particular contiene la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, tan conocidas. Si el tribunal ante quien se radicó la litis no es competente, la excepción debe rechazarse.

Esto ocurrirá, por ejemplo, si se demanda ante un juez de menor cuantía el derecho al goce de los réditos de un capital acensuado, contraviniendo al artículo 210 de la ley Orgánica de Tribunales.

Si la jurisdicción hubiere sido prorrogada, estimo que la incompetencia no puede alegarse.

Lo mismo se entiende cuando el juicio no se inició por el acreedor, lo que constituye el tercer requisito de los enumerados al empezar.

La ley ha exigido estas dos últimas condiciones, con el propósito evidente de evitar fraudes.

Si el juicio en que se funda la litis-pendencia, pudiera iniciarlo el deudor, nada impediría a éste presentarse invocando cualquier litigio por cobro de pesos contra su acreedor para enervar en seguida con tal antecedente la acción ejecutiva que se le interponga.

El último requisito consiste en que este mismo juicio puede ser instaurado por vía de demanda o de reconvención, lo que generalmente no se admitía por los tribunales antes del 1.º de marzo de 1903, cuando empezó a regir el Código actual.

La Comisión redactora estuvo perfectamente acertada al incorporar esta novedad en la disposición en estudio — desconocida en la ley de 1837 —, ya que la demanda y la reconvención revisten en el fondo los mismos caracteres procesales, siendo natural, entonces, que produzcan los mismos efectos con respecto a la litis-pendencia.



#### 4.ª Excepción: La ineptitud del libelo por falta de algún requisito legal en el modo de formular la demanda, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 251

Cuando la demanda ha sido formulada con omisión de los elementos que le son propios, y, a consecuencia de ello, resulta vaga o notoriamente imprecisa, la ley la considera inepta y permite que se rectifique o complemente, a instancia de la parte contra quien va dirigida.

Esto ocurre tanto en las demandas ejecutivas, como en las ordinarias.

Tratándose de las ordinarias, el artículo 293 del Código de Procedimiento Civil autoriza al demandado para deducir la excepción dilatoria de ineptitud del libelo "en razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda".

Sabemos que esta excepción dilatoria, como todas las del mismo carácter, debe interponerse en el término de emplazamiento que, para este fin, es fatal, según el artículo 295 en su relación con el artículo 67. Interpuesta después, el Tribunal, por ese sólo motivo, debe desecharla.

Nuestro ánimo es tratar de la ineptitud del libelo, únicamente desde el punto de vista del juicio ejecutivo.

La ley de 8 de febrero de 1837 no contempló esta excepción al reglamentar este juicio, de modo que ella importa una novedad en nuestro Código actual.

El artículo 486 N.º 4 concede al ejecutado el derecho de oponerse a la ejecución si el libelo que se le notifica es inepto.

Pero, ¿cuándo es inepto el libelo?

Ya lo dijimos más atrás: Cuando no reúne en sí los elementos que le son propios.

¿Y qué elementos son esos? Al referirse a este punto el artículo 293 alude sólo a la falta de requisitos legales en el modo de proponer la demanda. Como esto no fuera bastante claro, el artículo 486 al ocuparse de la misma excepción en el juicio ejecutivo, agregó la siguiente frase: "en conformidad a lo dispuesto en el artículo 251".

## De las excepciones, etc.

2539

Con esta cita se han disipado todas las dudas. Será inepto el libelo cuando no cumpla con algunas de las exigencias del artículo 251, que son:

- 1.º La designación del tribunal ante quien se entabla.
- 2.º El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación.
- 3.º El nombre, domicilio y profesión del demandado.
- 4.º La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya.

5.º La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se sometan al fallo del Tribunal;

Puede decirse en general que los números 1, 4 y 5 se aplican por los jueces sin ninguna dificultad.

Pero donde se han mostrado titubeantes, en términos que la jurisprudencia no logra unificarse todavía, es al aplicar los Núms. 2 y 3.

Algunos jueces estiman que *siempre y en todo caso* debe el actor expresar en su demanda el nombre, domicilio, profesión u oficio de las partes, como un requisito esencial para que el libelo sea admisible. Se sostiene que cuando falta cualquiera mención de éstas, como ser el nombre de la calle, el número de la casa, etc., el libelo es inepto, quedando con ello autorizada la excepción del artículo 486 N.º 4. Para pensar así se fundan en los términos claros del artículo 251.

Muchas son las sentencias que consignan esta doctrina. Como muestra citaré algunas:

Sentencia de casación N.º 144, Gaceta de 1913, pág. 459.

Sentencia Corte de Santiago, agosto 22 de 1914.

Sentencia Corte de Santiago, mayo 9 de 1914.

Sentencia Corte de Valparaíso, N.º 183, Gaceta 1914, página 458.

Sentencia Corte de Concepción, N.º 265, Gaceta de 1917.

Otros jueces, considerando que no es justo ni lógico hacer fracasar una ejecución por un mero error de domicilio o por un simple detalle relativo a la profesión, domicilio u oficio de las partes, han ideado la doctrina que consiste en considerar inepta la demanda sólo cuando sus omisiones o

defectos sean tales que produzcan incertidumbre y vaguedad, haciéndola ininteligible.

Para reforzar su opinión estos jueces agregan que la falta de domicilio está sancionada ya en el artículo 56 del Código, al conminar con la notificación por el estado a la parte que no hizo con oportunidad la designación de domicilio.

Aducen, además, estos mismos jueces otro curioso argumento, el del artículo 252 que faculta al juez para no dar curso a la demanda cuando no contiene las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 251.

Como ésta es una mera facultad — arguyen estos magistrados —, el juez puede no hacer uso de ella, dando curso a los autos a pesar de los defectos anotados. Y si puede darles curso, no parece aceptable que las partes obstaculicen ulteriormente la tramitación, formulando la ineptitud del libelo en contra de lo ya decidido por el juez.

La ltma. Corte de La Serena fué la primera en acoger estos argumentos en sentencia N.º 664, Gaceta de 1904, 2.º semestre, página 812.

Aplicando esta misma doctrina la ltma. Corte de Valdivia, dictó su fallo N.º 273 Gaceta de 1914, página 753, tomo 2 en que desechó la excepción de ineptitud por faltar en la demanda el domicilio del ejecutante. El primer considerando de este fallo dice a la letra: "que la ineptitud del libelo debe fundarse, para que sea aceptable, en deficiencias o defectos tales que hagan ininteligible, vaga y mal formulada la demanda, sin que sea posible entenderla..."

Otras Cortes han dispensado de hacer las designaciones de domicilio o profesión, si habían sido ya hechas en los trámites preparatorios de la vía ejecutiva: confesión de deuda, dación de 2.º copia, etc.

Una última teoría se contiene en el fallo de la I. Corte de Valparaíso (N.º 119, Gaceta de 1930, página 482).

Para que la ineptitud exista según este fallo, es preciso que falten *al mismo tiempo* las indicaciones copulativamente contempladas en el N.º 2 del artículo 251 del Código, "en

## **De las excepciones, etc.**

2541

términos que no permitan la individualización de las partes o que hagan ininteligible la demanda".

Es fácil darse cuenta por lo dicho hasta aquí, de cómo se ha venido abriendo camino en los tribunales un criterio, más amplio y tolerante para apreciar esta importante materia, evitándose los graves inconvenientes que producen en los juicios estas pequeñas omisiones, que una ley del tiempo del señor Ibáñez calificó de ápices del derecho.



### **5.ª Excepción: El beneficio de excusión o la caducidad de la fianza**

El N.º 5 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil consagra esta excepción en favor del ejecutado cuando la deuda emana de una fianza y la acción se encamina a hacerla efectiva.

La fianza, aunque obligación subsidiaria, da al acreedor el derecho de cobrar su crédito indiferentemente contra el deudor principal o contra el fiador, según viere convenirle.

Si prefiere dirigir su demanda contra el fiador y éste no se obligó al mismo tiempo como co-deudor solidario, el artículo 2357 del Código Civil le otorga el beneficio llamado de *excusión*, que consiste en obligar al acreedor a proceder primero contra el deudor principal, embargándose los bienes de éste y haciéndose efectivas las hipotecas y demás garantías reales con que haya caucionado la misma deuda, según se desprenda de los títulos.

Para que este beneficio sea eficaz en derecho, debe reunir varias condiciones de fondo enumeradas en el artículo 2358 del Código Civil, aparte de las procesales o de forma que estudiaremos después.

Muy brevemente voy a ocuparme de las condiciones exigidas por la ley civil.

La primera es que el beneficio no se haya renunciado expresamente. Si tal renuncia se ha producido, es claro que el fiador no puede acogerse a dicho privilegio. En tal caso



debe examinarse si la renuncia estuvo bien hecha, si es auténtica la declaración respectiva, si el consentimiento aparece libre de vicios, etc.

La segunda condición consiste en que el fiador no se haya obligado como co-deudor solidario, porque si así fuere, tal carácter lo asimila al deudor mismo, conforme a los artículos 1511 y 1514 del Código Civil y debe efectuar el pago de la deuda sin más trámites, a menos que tenga otras excepciones que alegar, como la nulidad, la transacción, la confusión, etc.

La tercera se refiere a que la obligación principal produzca acción. Como se sabe, hay cierto género de obligaciones que no producen acción y éstas son las naturales, definidas y enumeradas en el artículo 1470 del Código Civil. El fiador reconvenido no goza en este caso del beneficio de excusión y el fundamento de esto está en que si gozara de tal derecho, o sea, de exigir que el acreedor se dirija preferentemente contra el deudor principal, la fianza sería ilusoria, ya que el acreedor no podría demandar al deudor por carecer de acción en su contra, tratándose de una obligación natural. Lo cual no obsta a que sean válidas las cauciones de una obligación natural, conforme a lo prescrito en el artículo 1472 del Código Civil; pero esto requiere la concurrencia de ciertos requisitos que ese mismo cuerpo de leyes determina.

La cuarta exigencia es que la fianza no haya sido ordenada por el juez, disposición que don Andrés Bello tomó del artículo 2042 del Código Francés. Colin y Capitant en sus comentarios dicen que tal prohibición se explica por el respeto debido a los juicios, cuya tramitación no debe ser retardada por ningún procedimiento dilatorio.

En quinto lugar ordena el artículo 2358 de nuestro Código que el beneficio se haga valer luego de ser requerido el fiador, salvo que el deudor al tiempo del requerimiento no tenga bienes y después los adquiera, precepto que refuerza el inciso 2 del artículo 2363.

Después de promulgado el actual Código de Procedimiento Civil, la disposición del N.º 5 del artículo 2358 del Código Civil, se presta a muchas dudas. Una de ellas sería



## De las excepciones, etc.

2543

ésta: Si cuando fué requerido el fiador no pudo acogerse al beneficio porque el deudor principal carecía de bienes en tal momento, ¿podrá invocar dicho beneficio, oponiendo la excepción respectiva, si el deudor adquiere bienes después de transcurridos cuatro días contados desde el requerimiento?

En mi concepto, el fiador no podría hacerlo porque el N.º 5 del aludido artículo del Código Civil, debe entenderse derogado por los artículos 481 y artículo final del Código de Procedimiento Civil, en lo que mira a la oportunidad para oponer la excepción.

En último término el artículo 2358 exige que el fiador señale al acreedor los bienes del deudor principal, bienes que deben reunir las calidades indicadas en el artículo siguiente para que puedan considerarse en la excusión. Este asunto no lo trataré por no tener relación directa con la materia que me ocupa.

Concurriendo las seis condiciones enumeradas en los párrafos anteriores, el fiador podrá oponer en el juicio la excepción del N.º 5 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil y el juez deberá fundar en ella el rechazo de la demanda.

Pero, el fiador tiene, aparte del beneficio de excusión, otro beneficio llamado de *división*, contemplado y reglamentado en el artículo 2367 del Código Civil, que se produce cuando hay varios fiadores de un mismo deudor, por una misma deuda.

Siendo ésta una obligación simplemente conjunta, el acreedor no puede cobrar la totalidad de su acreencia a cada uno de los fiadores sino que, conforme al artículo precitado y al 1511 del Código Civil, debe dividir entre todos la deuda y cobrar a cada uno su cuota.

Y aquí surge otra duda. ¿Puede el fiador requerido por el total, oponer en su defensa el beneficio de división reconocido por la ley en su favor?

El artículo 486 sólo se refiere al beneficio de excusión y ya vimos que las excepciones son de derecho estricto, no aceptándose ni una más ni una menos que las que la ley

establece. Sólo pueden formularse *in limine litis*, como entre los romanos.

Es claro, pues, que el fiador no podría asilarse en la excepción 5.ª; pero podría ocurrir a la 7.ª, o sea, a la falta de requisitos para que el título tenga fuerza obligatoria en su contra.

Y si no lo hace así, ¿podría alegar este beneficio de división por vía de defensa durante la secuela del juicio, como ocurre en el derecho francés?

Los que sostengan la afirmativa se estrellarán con la sentencia de la E. Corte Suprema N.º 17, Gaceta de 1932, primer semestre, donde se declara que si el ejecutado no opone excepciones en la estación oportuna, no le es permitido al Tribunal hacerse cargo de defensas formuladas estemporáneamente para enervar la ejecución.

La otra excepción autorizada por el artículo 486 N.º 5 es la caducidad de la fianza.

No hay para qué decir que si la fianza se ha extinguido por cualesquiera de las causales que ponen fin a las obligaciones en general, o por alguna de las especiales indicadas en el artículo 2381 del Código Civil, el fiador queda liberado de su obligación y si se le trae a pleito, puede excepcionarse invocando esa liberación.

Desde el punto del procedimiento, esto no puede ofrecer dificultades, no así en la parte substantiva que suele producir las y muy serias.

\*

## 6.ª Excepción: La falsedad del título

El juicio ejecutivo, según ya sabemos, no es más que un conjunto de trámites judiciales que un acreedor emplea contra su deudor para impulsarlo a cumplir su obligación coactivamente.

Cinco son los elementos de todo juicio ejecutivo: 1.º acreedor con derecho de pedir; 2.º deudor cierto; 3.º cantidad líquida; 4.º plazo vencido y 5.º documento que lleve aparejada ejecución.

## De las excepciones, etc.

2545

Todos estos requisitos se entienden esenciales, de tal manera que si falta uno solo, la ejecución no puede prosperar y el juez deberá rechazarla, ya sea en la sentencia que dicte en definitiva, ya sea al proveer la solicitud de embargo.

El deudor requerido puede oponerse a la ejecución, haciendo uso de una o más de las defensas que enumera el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentra la "falsedad del título" que lleva el N.º 6.º en la citada disposición.

Me propongo exponer aquí algunas ideas sobre esta excepción, por ser ella una de las menos comprendidas y de las peor aplicadas en la práctica.

Desde luego, es muy frecuente que la "falsedad del título" se confunda con la falsedad de la deuda, lo que es muy distinto.

Una deuda es falsa cuando no existe, cuando el deudor no la ha contratado nunca o cuando es el producto de la fantasía o de una impostura.

Como semejante deuda no puede constar de ningún título, el artículo 486 no la consideró entre las excepciones que puede oponer el ejecutado.

Cosa muy diversa ocurre con la falsedad del título. En este caso la deuda existe, por lo menos en apariencia, pero el documento con que se pretende acreditarla es falso.

La falsedad aquí es sinónima de falta de autenticidad y se produce cuando el documento no ha sido suscrito por el funcionario o la persona que aparece autorizándolo, o cuando fué suplantado por otro, o ha sufrido alteraciones esenciales, etc.

Como se ve, lo dicho se refiere a la materialidad del documento mismo y no a la inexistencia, nulidad o caducidad de la deuda, cuestiones que son de fondo y que el legislador ha distinguido con toda claridad en el Código Civil.

La ley de enjuiciamiento civil española acepta, sin embargo, que se alegue la falsedad de fondo y por ese motivo al N.º 1.º de su artículo 1464 se le dió una redacción diversa de la que tiene el N.º 6.º de nuestro artículo 486. El artículo

de la ley española dice, "Falsedad del título ejecutivo, o del acto que le hubiere dado fuerza de tal".

En la disposición transcrita la ley se refiere al acto, que es el fondo; mientras que el artículo 486 de nuestro Código, se refiere al título, que es la forma.

El artículo 488 N.º 4 del Código Procesal argentino, está de acuerdo con el nuestro, si bien emplea, además, la palabra "inhabilidad", lo que puede relacionarse con la falta de personería, representaciones irregulares, etc.

Trataremos de explicar brevemente las ideas expuestas más atrás, con algunos ejemplos:

Se inicia una ejecución, aparejándola con la primera copia de una escritura pública otorgada ante el notario X.

El deudor requerido, al examinar el documento, descubre que la firma del notario X ha sido falsificada.

En tal situación y sin considerar para nada la existencia o inexistencia de la deuda, que es una cuestión aparte, el ejecutado debe oponer desde luego en el juicio la excepción de falsedad del título, cuya procedencia es manifiesta.

Por el contrario, imaginémonos que el título reúne en sí todos los requisitos legales para ser considerado auténtico; pero se refiere, v. gr., a un contrato de compraventa celebrado entre cónyuges, o en que intervino un menor o un interdicto.

Es indudable que en este caso el deudor no podrá oponer la excepción de falsedad del título, aunque éste dé constancia de un acto notoriamente nulo. La excepción que procede es la del N.º 14 del mismo artículo 486, es decir, la de nulidad del acto cuyo cumplimiento se persigue, nulidad que puede ser absoluta y relativa (la ley no distingue) y que además, debe ser previamente declarada, ya que nuestra ley no reconoce nulidades de pleno derecho.

Pero hay más. La falsedad de un instrumento puede ser civil o criminal.

Se entiende que es civil cuando le falta al instrumento algunas de las solemnidades prescritas para que haga fe en juicio, encontrándose en consecuencia privado de toda eficacia. Ejemplo: una contra escritura pública de la cual no se ha tomado previamente razón en la matriz, o un crédito



## De las excepciones, etc.

2547

hecho valer contra los herederos del deudor, sin notificarlos conforme y para los fines del artículo 1377 del Código Civil.

Se considera que la falsedad del instrumento es criminal, cuando ha sido suplantado o maliciosamente alterado por actos que se califican de delitos en los párrafos IV y V del Título VI del Libro II del Código Penal.

¿A cuál de estas dos falsedades se refiere el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil?

A mi juicio, y aunque la disposición citada no lo diga, es indudable que la falsedad a que alude es la criminal, no obstando ello a que se aplique en materia civil, ya que toda falsedad criminal es también civil y tiene, por lo tanto, la virtud de enervar la acción ejecutiva, siempre que se compruebe dentro de los autos en el tiempo y forma debidas.

Cuando se siga sumario para averiguar la responsabilidad del autor del delito de falsificación, el juicio ejecutivo podrá paralizarse, aplicándose en tal caso el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, único que a esta materia se refiere.



7.ª Excepción: La falta de alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente, sea con relación al demandado

Creo haber dicho anteriormente que la palabra título tiene en la legislación un doble sentido.

En primer lugar es sinónimo de *declaración*, y en segundo, significa documento o instrumento.

Las partes convienen en un contrato, una compraventa, por ejemplo, y luego la reducen a escritura pública para darle autenticidad o para adelantar la prueba. Título es aquí la compraventa, como acto jurídico que impone obligaciones recíprocas, y título también es el documento que la acredita. El primero representa el fondo y el segundo la forma. En la práctica, sin embargo, ambas nociones se confunden.



Para su validez, el título necesita reunir ciertos requisitos. Cuando estos requisitos faltan o cuando son insuficientes, la ley faculta al deudor para oponerse al cobro forzado, esgrimiendo ese poder defensivo que se llama excepción. (Ver Chiovènda, "Principios de Derecho Procesal Civil", página 294).

La insuficiencia del título está formulada en nuestro Código en los términos siguientes: Artículo 486, N.º 7: "La falta de alguno de los requisitos o condiciones establecidas por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente, sea con relación al demandado".

La aplicación de este precepto ofrece con frecuencia dificultades, tanto porque la ley no ha señalado determinadamente cuáles son los requisitos que el título debe reunir para que sirva de base a una ejecución, lo que sería imposible; como porque no hay en Chile comentarios doctrinales de esta rama de la legislación. Lo único que circula son algunos apuntes tomados en los cursos de profesores de la Universidad de Santiago, apuntes por demás superficiales e incompletos.

Es bien extraño y lamentable que existiendo sobre nosotros tratados magníficos de Derecho Civil, ramo incomparablemente más amplio y más difícil, no contemos con ninguna obra seria y sistemática de Derecho Procesal.

Desde que don Manuel Egidio Ballesteros publicara "La ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile" en el año 1890, hace 50 años, no se ha escrito nada que de algún modo pueda compararse con esa obra monumental, cuya lectura todavía se hace con provecho.

Volviendo a la materia de este estudio y a falta de ideas netas sobre la insuficiencia del título, que la ley no proporciona, puedo decir que los requisitos requeridos por el título para ser *suficiente*, son de dos clases: *substanciales* y *formales*, según se refieran a la declaración misma que origina el cobro ejecutivo o al documento que la contiene.

La declaración debe ser *completa, incondicionada y definitiva*.

Será completa cuando represente una cantidad precisa

## **De las excepciones, etc.**

**2549**

no susceptible de aumento o disminución, es decir, cuando sea líquida o liquidable por simples operaciones aritméticas;

Será incondicionada si en sus efectos no está sujeta a contingencias futuras, como plazos, condiciones, etc.

Y definitiva será cuando no pueda impugnarse con excepciones que enervan o suspenden la acción. Por ejemplo, no será definitiva la declaración si el ejecutado puede alegar el beneficio de excusión.

Tampoco será definitiva si ha intervenido algún modo de extinguir, como la compensación, la transacción, la remisión, novación, etc.

En cuanto a los requisitos formales referentes al documento mismo, se reducen a su autenticidad y pureza.

La autenticidad mira a la autorización con las solemnidades legales hecha por el competente funcionario (artículo 1699, Código Civil).

La pureza se refiere a la integridad y al hecho de no contener adulteraciones, enmendaturas, interlineaciones, etc.

Pero, a pesar de estas explicaciones, por fuerza un poco vagas, yo estoy seguro de que habrá muchos casos en que el deudor requerido de pago, tendrá serias dudas acerca de si es suficiente el título que sirvió para ejecutarlo.

En estos casos debe estudiarse la declaración, es decir, el acto mismo pasado entre las partes, que origina el crédito.

Cuando dejó de cumplirse a su respecto alguna regla legal que le atañe, el título será insuficiente. Lo mismo puede decirse del documento.

Con el fin de ilustrar el criterio de los deudores, voy a citar a continuación algunos casos de insuficiencia del título, tomados al azar de la jurisprudencia de nuestros tribunales. Para mayor claridad y para deslindar bien cada caso, les pondré un número de orden.

La excepción del N.º 7 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, procederá:

1. Si consistiendo el título en una sentencia judicial, ésta no aparece ejecutoriada, o no han sido notificados los herederos del deudor, o no ha transcurrido el plazo del artículo 1377 del Código Civil.

2. Si se cobra un crédito previamente retenido o embargado en otro juicio (artículo 1578 Código Civil).

3. Si en el documento con que se aparejó la ejecución, o sea en el título, no consta que se haya pagado la contribución de estampillas (artículo 54 de la ley N.º 5434 de 4 de mayo de 1934, sobre Timbre, Estampillas y Papel Sellado).

Puede ocurrir que la contribución se haya satisfecho, pero que las estampillas no aparezcan inutilizadas o perforadas. La sanción entonces no será la falta de mérito ejecutivo del documento, sino la multa del quintuplo contra quien debió hacer la inutilización. Así se desprende del artículo 31 y del inciso 2 del artículo 54 de la misma ley citada.

4. Si la obligación es ilíquida como cuando se cobra indemnización, antes de litigarse sobre el monto de los perjuicios.

5. Si se trata de un contrato bilateral y el acreedor no comprueba haber cumplido por su parte las obligaciones que le correspondían. Sobre esto existen fallos contradictorios. Hay una sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca, muy ilustrada y doctrinaria, donde se establece que el artículo 1552 del Código Civil, no obstante referirse a la mora, autoriza la excepción de "non adimpleti contractus" que compete al deudor cuando el acreedor no ha cumplido las prestaciones que le conciernen. Esta sentencia lleva N.º 75, Gaceta de 1931, página 351.

6. Si la obligación tiene plazo o condición pendientes.

7. Si el título consiste en una segunda copia otorgada sin citación.

8. Si la sentencia que sirve de base a la ejecución corresponde a un juicio en que no se oyó al ejecutado.

9. Si el título es una letra perjudicada o mal endosada.

10. Si es un documento privado no reconocido.

11. Si tratándose de una cesión de créditos, ésta no ha sido notificada al deudor o aceptada por él.

12. Si se pretende dar valor ejecutivo a una confesión extrajudicial.

13. Si al deudor le corresponde el beneficio de com-

## De las excepciones, etc.

2551

petencia por estar incluido entre las personas enumeradas en el artículo 1626 del Código Civil:

Como se ve, en todos estos casos, hay siempre un defecto, ya en el acto o declaración que genera el cobro, ya en el documento.

Finalmente, debe tenerse gran cuidado en observar si el defecto ha sido considerado o no por el artículo 486 como una excepción aparte.

Si así fuere, el deudor no puede oponer en su defensa la del N.º 7 y si la pone la perderá. Por ejemplo, un contrato otorgado por mujer casada sin autorización marital.

Si el acreedor ejecuta con este contrato, el deudor no podrá fundar su oposición en el N.º 7 del artículo 486, a pesar de ser notorio que falta el requisito de la autorización del marido; como quiera que la nulidad de la obligación es materia de una excepción especial, la del N.º 14, siendo ésta y no otra la que el ejecutado debe emplear.



### 8.ª Excepción: El exceso de ovalúos en los casos de los incisos segundo y tercero del artículo 459

En general, las excepciones en el juicio ejecutivo tienen por objeto impedir el pronunciamiento de la sentencia de pago o de remate, es decir, están dirigidas a enervar la acción, obteniendo que se absuelva al deudor del pago que se le exige.

Tal es el concepto técnico de la excepción y el alcance que le dan los tratadistas, de acuerdo con la antigua ley española y francesa.

Sin embargo, la excepción establecida en el N.º 8 del artículo 486 de nuestro Código de Procedimiento Civil, no



tiene por fin destruir la acción ejecutiva, sino únicamente rebajar el monto de lo cobrado, cuando hubo error en el cómputo de las cantidades y ese error puede acreditarse en la forma ordinaria.

No tiene, pues, el carácter de perentoria, sino el de meramente dilatoria, siendo, tal vez, éste el motivo de por qué el decreto ley sobre juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837, dictado en la época de Portales, no consideró esta excepción en su artículo 33.

Se trata en realidad de un caso de plus-petición, que antes podía alegarse como mera defensa de fondo y que ahora se permite usarla con todas las ventajas de una excepción verdadera.

Pero, ¿qué se entiende por exceso de avalúo en el lenguaje del Código?

La respuesta a esta pregunta, requiere una pequeña explicación.

En las obligaciones de dar, la ejecución forzada, según lo dispone el artículo 460 del Código de Procedimiento Civil, puede recaer:

1.º Sobre la especie o cuerpo cierto que se debe y que exista en poder del deudor.

2.º Sobre el valor de la especie debida y que no exista en poder del deudor, haciéndose su valuación por un perito que nombrará el Tribunal.

3.º Sobre cantidad líquida de dinero o de un género determinado cuya valuación pueda hacerse en la forma que establece el número anterior.

Cuando se presente el primer caso, es decir, cuando según el título la deuda consista en una especie o cuerpo cierto que está en poder del deudor, el mandamiento lo designará, trabándose el embargo sobre él, conforme a lo pedido. Esto es lo que dispone el inciso 3 del N.º 3 del artículo 465 del Código de Procedimiento Civil cuestión que no ofrece ninguna dificultad.

Pero puede ocurrir que el cuerpo cierto no esté en poder del deudor, ya sea porque pereció en sus manos por

## De las excepciones, etc.

2553

acto culpable, o porque lo transfirió a un tercero que lo ha hecho desaparecer.

El embargo no podrá entonces recaer sobre la especie misma, porque ya no existe. Mas, como la obligación de pagarla se mantiene, el acreedor tendrá el derecho de pedir que se avalúe previamente por un perito, convirtiendo de ese modo la primitiva obligación en una deuda de dinero.

Igual procedimiento deberá seguirse cuando se trata de un género determinado o de una cantidad de dinero liquidable por simples operaciones aritméticas. Así lo prescribe con toda claridad el artículo 460 ya citado.

Ahora bien, si esta evaluación de la especie, del género o de la cantidad adeudada resulta excesiva a juicio del deudor, puede éste hacer uso de la excepción de *exceso de avalúo*, para que el monto se rebaje conforme a las pruebas o antecedentes que suministre.

La situación contemplada en el artículo 460 en sus números 2 y 3 es muy diversa de la que se produce cuando una persona cobra ejecutivamente a otra una suma de dinero superior a la que se le debe.

En este último caso la excepción que procede no es la del N.º 8 del artículo 486, sino la del N.º 7 del mismo. Aquí hay plus-petición de cantidad y no exceso de avalúo.

En la práctica se confunden con frecuencia estas dos nociones, a pesar de ser tan distintas.

Para que se vea hasta qué extremos llegan estas confusiones, recordaré el caso de una ejecución en que el deudor opuso la excepción de *exceso de avalúo*, fundándola en que el ministro de fe, después de requerirlo, había trabado embargo en una propiedad de valor de \$ 50.000 cuando la deuda cobrada alcanzaba en total sólo a \$ 20.000.

Esto da la medida de la ignorancia que existe en esta materia, lo cual se explica considerando que esta excepción se opone con escasa frecuencia.

En efecto, los tribunales han aplicado muy pocas veces el artículo 486 N.º 8 del Código. Voy a citar algunos casos.

En la causa seguida por David Valenzuela con Zenón Labbé, el primero ejecutó al segundo cobrándole el valor

de unos bonos hipotecarios que habían sido materia de un mutuo celebrado entre ambos.

Despachado el mandamiento de ejecución por una suma determinada, el ejecutado se excepcionó alegando "falta de requisitos", porque no siendo, a su juicio, los bonos especies fungibles de las que define el artículo 575 del Código Civil, y estando sujetos a alzas y bajas en el mercado, el ejecutante no pudo por sí y ante sí atribuirles un valor fijo, sin que de antemano fueran avaluados por un perito, conforme al artículo 460.

La Excma. Corte Suprema sentó esta doctrina en sentencia de casación de fecha 1.º de diciembre de 1921.

Otro caso de aplicación del artículo 486 N.º 8 es el de un agricultor que se comprometió a entregar a otro en un plazo estipulado 300 arrobas de vino de un grado y calidad fijas.

Vencido el plazo, el acreedor ejecutó exigiendo el pago de una suma alzada, es decir, avaluando por su cuenta el vino, según el precio del día. La Ilma. Corte de Talca, resolvió que tratándose de una obligación de género, era indispensable efectuar antes la operación pericial ordenada por el artículo 460, en vista de lo cual negó lugar a la demanda.

Una cuestión muy interesante que surge al estudiar esta materia, es la de saber en qué momento debe nombrarse el perito y la ritualidad aplicable según la ley.

Como el estudio de este asunto me exigiría un espacio de que no dispongo, me voy a limitar a emitir aquí mi opinión sin otro comentario.

Desde luego, estimo que no se aplican en este caso las reglas del párrafo VII, título X del Libro II del Código que se refieren al juicio ordinario.

El perito aludido en el artículo 460, debe nombrarlo el juez a petición del acreedor, antes de solicitar el mandamiento y sin audiencia del deudor, quien solamente podrá objetar el avalúo al deducir su excepción en forma, o sea, dentro de cuatro días después de requerido.

Si pudiera objetarlo antes, tendría el deudor dos plazos para hacer su defensa, lo que no se aviene con los términos

## De las excepciones, etc.

2555

del artículo 481; y si pudiera nombrarse el perito después de la traba, habría dos mandamientos de embargo: uno despachado al iniciarse el juicio y otro al aprobar el juez las objeciones formuladas por el ejecutado, lo que es absurdo.

Hay otros problemas más que se relacionan con esta importante materia, pero, por el motivo ya expuesto, los dejaremos para otra ocasión.



### 9.ª Excepción: El pago de la deuda

El pago es la forma más natural y más lógica de extinguir la obligación. Por eso el artículo 1567 del Código Civil lo coloca en primer lugar, llamándolo también "solución", del latín "solvere" que significa *desligar*.

El artículo siguiente define el pago en estos términos: "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe".

Se llama *efectivo* para distinguirlo de otros modos de extinguir que ponen término a la obligación, pero que no son pago, como la novación, la compensación, la confusión, etcétera.

El deudor que paga se desliga del vínculo que lo ataba a su acreedor y si éste pretende ejecutarlo, podrá oponer a la demanda la excepción contemplada en el N.º 9 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil.

La ley N.º 2, título 14, Partida 3.ª ya disponía que "Pagando ome lo que debe, es libre de la obligación en que era", y en este mismo principio que es de estricta justicia, están inspiradas las disposiciones de nuestro Código Civil.

No hay ni para qué decir que el pago opuesto como excepción, debió efectuarse antes del requerimiento y, en todo caso, ajustarse a las reglas contenidas en los diez párrafos del Título XIV del Libro IV del Código Civil, lo cual no significa que el deudor no pueda pagar después de requerido. Los artículos 479 y 512 del Código de Procedimiento Civil le dan ese derecho.



Pero esto tiene un límite que es el remate. Después de verificado, el deudor ya no puede pagar porque tanto el acreedor como el rematante han adquirido derechos a firme, el uno al precio del remate y el otro a la propiedad subastada. Esto se debe a que el acta extendida en el Registro del secretario equivale a un contrato de compraventa, como ordena el artículo 517. Así lo declaró también la Excma. Corte Suprema, en un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Talca con fecha 18 de mayo de 1937.

Las reglas del Código Civil relativas a esta materia son de una admirable perfección y sencillez, como que representan genuinamente la tradición romana. Si se exceptúa el párrafo referente a la "consignación" que es engorroso, aunque menos que en el Código francés, los principios del pago son de tal modo claros y lógicos, que sería imposible modificarlos o corregirlos.

Considerado el pago desde el punto de vista subjetivo u objetivo, es uno de los actos jurídicos más simples y elementales. Sin embargo, como en su eficacia está íntimamente relacionado con la capacidad de las personas, es necesario estudiar sus características, a fin de prevenir errores, de ordinario funestos. "El que paga mal, paga dos veces", reza un conocido adagio.

No es mi ánimo entrar aquí en detalles que son del dominio exclusivo del Derecho Civil. Tanto en este trabajo, como en todos los anteriores, las materias han sido tratadas bajo un aspecto puramente procesal. Ni podía ser de otro modo si se atiende a que el tema de dichos trabajos no es otro que las excepciones en el juicio ejecutivo.

Debe notarse desde luego que en el concepto de la ley el pago se refiere a toda clase de obligaciones, ya sean de dar, de hacer o de no hacer. Puede, por lo tanto, el deudor pagar una suma de dinero, una especie, un hecho o una abstención. En el lenguaje vulgar la idea de pago está ligada con la de entrega de dinero, lo que es un error.

Si se ha satisfecho al acreedor en la totalidad de su crédito, habiendo de ello constancia fehaciente y la excepción es opuesta con oportunidad, el juez debe acogerla. Pero si

## **De las excepciones, etc.**

**2557**

antes de la mora se ha satisfecho sólo una parte de la deuda y se deduce la excepción de pago, ¿podrá el juez aceptarla en definitiva?

La cuestión no parece dudosa, porque el N.º 9 del artículo 486 habla de "el pago de la deuda" y el pago sólo debe entenderse completo cuando comprende el capital, intereses e indemnizaciones (artículo 1591 Código Civil). Si se ha cancelado solamente una parte, la deuda subsiste y la excepción de pago no procede sino en la parte pagada.

Esta cuestión tiene importancia para el acreedor, porque en caso de aceptarse la excepción, deberá iniciar un nuevo juicio, afectándole, además, las costas del primero.

Ha ocurrido algunas veces que cobrándose ejecutivamente un cuerpo cierto, el deudor ha deducido las excepciones de pago y de compensación, fundándolas en haber entregado al acreedor sumas de dinero equivalentes al valor de la especie reclamada.

Invariablemente estas excepciones han fracasado, porque con ellas se viola el artículo 1569 del Código Civil, que no permite al deudor entregar cosa diversa de la que debe, a menos de estipulación expresa o de que se produzca una dación en pago debidamente comprobada, ya que tal convención nunca puede presumirse.

Cuando un acreedor hipotecario de grado posterior inicia acción de desposeimiento contra el adjudicatario de la propiedad subastada conforme al artículo 2428 del Código Civil, se ha discutido sobre cuál es la excepción que corresponde al dueño actual del predio a quien se demanda. Algunos jueces han acogido en estos casos la falsedad del título, otros la nulidad o la insuficiencia del mismo.

Se trata de un tercero que remata después de haberse cumplido con todos los requisitos indicados en el artículo 2428 y el desposeimiento se inicia después de canceladas las inscripciones hipotecarias, es decir, cuando los acreedores han perdido el derecho de perseguir la finca contra quien la adquirió en pública subasta ordenada por el juez con citación personal de los hipotecarios dentro del término de emplazamiento.

La Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, en juicio caratulado Armando Alvarez con Esteban Guevara, con fecha 11 de octubre de 1927 resolvió que la excepción que procede es la de pago, lo que parece lógico en vista de que el crédito cobrado no alcanzó a pagarse con el precio del remate, cancelándose por tal motivo la inscripción hipotecaria.

Con respecto a la prueba a cargo del deudor, ella se rige de lleno por las reglas generales establecidas en el Código Civil, artículos 1698 y siguientes. Se acepta toda clase de probanzas, salvo la testimonial que tiene las peculiaridades del artículo 1709 cuando la suma pagada es superior a 200 pesos.

Si la prueba fuere difícil y no pudiera rendirla el ejecutado dentro de los estrechos límites de la ejecución, cuyos plazos son breves de por sí, podrá hacer uso de la facultad que le acuerda el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, solicitando que se le reserven sus derechos para el juicio ordinario.

Esta medida tiende a evitar que la sentencia de pago o remate adquiera fuerza de cosa juzgada, porque si tal ocurre, será ya imposible detener el procedimiento de apremio.

El juez en estas circunstancias deberá acoger la reserva junto con la caución exigida por el ejecutado y abstenerse de todo pronunciamiento sobre la excepción, ya sea para acogerla o para desecharla.

De otro modo incurrirá en la causal de casación en la forma contemplada en el N.º 4 del artículo 942 del Código de Procedimiento Civil.



## 10.ª Excepción: La remisión de la deuda

No define el Código Civil lo que debe entenderse por remisión, silencio que guardan al respecto casi todos los códigos modernos.

En el lenguaje vulgar, remite la deuda el acreedor que hace abandono gratuito de sus derechos en favor del deudor.

## De las excepciones, etc.

2559

Remitir equivale a condonar, a perdonar: lleva envuelta la idea de desprendimiento, de generosidad.

La remisión puede, sin embargo, ser a título oneroso, como las donaciones de que trata el artículo 1423 del Código Civil. En estos casos hay que proceder con mucha cautela al calificar el acto, pues muchas veces lo que a primera vista parece una remisión, es en realidad una novación, una transacción, o una "datio in solutum", por haber variado sus características con el nuevo elemento.

Si así se desprende de los antecedentes, la excepción del N.º 10 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil no podrá prosperar en el juicio ejecutivo.

Siendo la remisión un acto de liberalidad, es claro que sólo pueden realizarlo las personas que disfrutan de plena capacidad civil. Les está prohibido, por consiguiente, a los menores, a las mujeres casadas y a los incapaces en general, quienes deberán cumplir con las formalidades que la ley establece, o sea, el permiso judicial con conocimiento de causa.

Pero ni aun con este permiso podrán donarse los bienes raíces del pupilo (artículo 402 Código Civil).

Hay que tener presente, además, que la deuda remitida debe reunir las condiciones previstas en el artículo 12 del Código Civil, es decir, que los derechos que engendra, sean de aquellos que lícitamente pueden renunciarse, porque de otro modo la renuncia será nula. Tal sucede con el derecho de alimentos que es inalienable, según el artículo 334 y con los de uso y habitación y demás personalísimos, conforme al artículo 819 del Código Civil.

La remisión puede revestir diversas formas. Puede ser testamentaria o convencional, expresa o tácita, total o parcial, voluntaria o forzada y gratuita o a título oneroso.

Es convencional cuando se hace por medio de un acuerdo o de un contrato entre el acreedor y el deudor.

A primera vista podría creerse que la remisión es un acto unilateral, como el mutuo, el comodato, el depósito, etc.; pero no es así.

Estando sometida a los principios de la donación, según el artículo 1653, es preciso para perfeccionarla que se



notifique al donatario y que éste exprese su aceptación al donante o remitente, lo que se deduce de los artículos 1397, 1386 y 1412 del Código Civil.

Surge aquí la cuestión de saber en qué momento se entiende consumada la remisión, si cuando el acreedor la propone, cuando el deudor la acepta o cuando el acreedor es notificado de la aceptación.

Nuestro Código, que sólo dedica tres artículos a la remisión, no lo dice. Pero aplicando la regla del artículo 1412, creemos que ese momento es aquél en que el acreedor se entera de la aceptación del deudor.

Colin y Capitant estiman que la remisión queda perfecta cuando se produce el concurso de voluntades, es decir, antes de que el remitente conozca la aceptación del beneficiado. Para pensar así se fundan en el artículo 932 del Código francés que en su concepto contiene sólo una regla de forma de las donaciones, inaplicable a la remisión. Con respecto a nuestro derecho, tal argumento es inaceptable.

Lo dicho más atrás, se entiende siempre que el concurso real de voluntades no se haya manifestado simultáneamente caso bastante raro en la práctica, tratándose de un acto sinalagmático.

La diferencia fundamental entre la donación entre vivos y la remisión, consiste en que aquélla no se presume jamás, al paso que la última puede presumirse en los casos señalados en el artículo 1654 del Código Civil. Estos casos son: 1.º cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación; 2.º cuando lo cancela y 3.º cuando lo destruye.

No basta, sin embargo, que estos hechos se verifiquen materialmente. Es necesario, además, que de parte del acreedor exista el ánimo de remitir. Si tal ánimo no existiere, ya sea por haber intervenido error, fuerza o dolo debidamente comprobado, la ley entiende que la remisión no se verifica. Por eso esta presunción tiene el carácter de simplemente legal.

Pero nótese que según nuestro sistema, no es el deudor el obligado a probar que el acreedor tuvo la intención de re-

## De las excepciones, etc.

2561

mitir cuando entregó, canceló o destruyó el título, sino que es, al revés, el acreedor quien debe demostrar su falta de intención de perdonar la deuda, no obstante ser efectivos los hechos en que se pretende fundar ese perdón.

Esto, como se comprende, importa un trastorno de los principios de la prueba consignados en el artículo 1698, ya que, según este precepto, incumbe probar la extinción de las obligaciones al que la alega y no al que la rechaza.

Los comentadores franceses, tratando de la entrega o destrucción del título, distinguen entre un instrumento público y uno privado.

Dicen que la destrucción del instrumento público no tiene importancia, puesto que es fácil obtener otra copia de su matriz.

En cambio el que se despoja de un instrumento privado, pierde la única prueba de su crédito, siendo éste un antecedente perfecto de liberación.

Por eso el artículo 1283 del Código francés, dice que la entrega del título original en *documento privado*, acredita la liberación.

Entre nosotros, semejante doctrina no es aplicable porque el artículo 1654 de nuestro Código, no hace distinción entre documento privado y público.

La remisión de la deuda, importa la de la prenda o de la hipoteca que la garantizan, en virtud de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Manifestamos más atrás que este modo de extinguir la obligación, puede ser voluntario o forzoso.

Será forzoso cuando dentro del proceso de quiebra o concurso, haga el deudor proposiciones de convenio aceptadas por la mayoría de los acreedores. En tal caso, la remisión será parcial y obliga a todos los acreedores, excepto a los privilegiados, hipotecarios, prendarios o anticréticos que se hayan abstenido de votar.

Lo disponen así los artículos 149 y 159 de la ley N.º 1297, de 23 de julio de 1931.

Fuera de este caso, la remisión es siempre voluntaria.

No hay para qué agregar que todas las cuestiones re-

lativas a la validez o invalidez de la remisión alegada como excepción, se discutirán por las partes durante el curso del juicio y los puntos de hecho controvertidos serán acreditados durante el término probatorio, entendiéndose que el ejecutado conserva siempre su derecho a la reserva del artículo 495 del Código de Procedimiento Civil, cuando la brevedad de los plazos dificulte seriamente la rendición de sus pro-  
banzas.



### 11.ª Excepción: La concesión de esperas o la pró- rroga del plazo

Ya hemos dicho que la ejecución forzada sólo procede cuando la obligación se ha hecho exigible, sea que el deudor se encuentre en mora o no.

Mientras está pendiente el plazo, el acreedor no puede perseguir a su deudor para el pago de la deuda, a menos de encontrarse en alguno de los casos contemplados en el artículo 1496 del Código Civil, que se refiere en substancia a la quiebra o insolvencia del deudor o a la extinción o notable disminución de las cauciones constituidas para asegurar el cumplimiento del compromiso de que se trata.

No es que el acreedor no tenga derechos sobre la cosa debida mientras pende el plazo. Lo que ocurre es que no puede ejercitarlos antes de completarse el tiempo prefijado para el cumplimiento. El derecho no es incierto como en la condición.

Ya sea expreso o tácito, el plazo constituye por lo general un obstáculo para que la obligación se cumpla. Y digo por lo "general" porque como esta modalidad se establece de ordinario en favor del deudor, puede éste descargarse de su obligación antes de que se haga exigible, salvo que la anticipación origine al acreedor algún perjuicio, como en el caso del artículo 2204 del Código Civil.

Pero si de las disposiciones expresas de las partes o de la índole del contrato se desprende que el plazo se estipuló

## De las excepciones, etc.

2563

sólo en favor del acreedor, como ocurre en el depósito, sólo éste podrá renunciarlo, (artículo 2226 del Código Civil).

Una vez vencido el plazo y no existiendo otra causa que lo impida, ha llegado para el acreedor el momento de usar las vías de apremio para constreñir a su deudor a cancelar el crédito en capital, intereses e indemnizaciones, si las hubiere.

Pero, ¿cuándo debemos entender que el plazo se ha cumplido? Esta cuestión se rige por las reglas generales contenidas en el artículo 48 del Código Civil. Correrá el término desde el día y hora inicial, sin excluir, por cierto, los días feriados, salvo que las mismas partes hayan acordado otra cosa.

Si alguien se obligó a pagar una suma dentro de un mes a contar desde el 1.º de enero a las 12 horas, el plazo debería vencer el 1.º de febrero a la misma hora, pero la obligación no podrá cobrarse sino el día 2, según lo dispone el artículo 48 ya mencionado, porque el plazo se adiciona con las horas comprendidas entre las 12 del día y las 12 de la noche.

Puede ocurrir que el acreedor conceda a su deudor una prórroga del término.

En tal evento, será necesario averiguar si se trata de un nuevo plazo de rigor o de una simple promesa o dilación graciosa e informal.

Si es lo primero lo que se desprende de la letra del nuevo pacto, es claro que la obligación queda suspendida en sus efectos, pudiendo el deudor oponerse al cobro por medio de la excepción contenida en el N.º 11 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, que trata de las esperas o prórrogas.

Pero si estas esperas no son formales o no pueden acreditarse legalmente, regirá en todas sus partes lo pactado en orden al plazo primitivo y el juez desechará la excepción.

A esta prórroga que no tiene la virtud de modificar el contrato se refiere el legislador en el último inciso del artículo 1656 del Código Civil, al enumerar los requisitos de la compensación.

Le da el nombre de plazo de gracia, siendo ésta la única



vez que nuestras leyes se refieren a semejante modalidad, ajena a nuestro derecho. Es una concesión amigable y extracontractual que otorga privadamente el acreedor, sin el ánimo de alterar las cláusulas fundamentales en vigencia.

De todos modos, este plazo de gracia no tiene nada que ver en el "délai de grâce" de la legislación francesa (artículo 1144 Código Napoleón), que consiste en una facultad concedida al juez para dilatar el cumplimiento de una obligación y que tiene por fundamento una pretendida equidad encaminada a mitigar la ley del contrato, a veces demasiado dura.

Pero como tal medida viola el principio de que la voluntad de las partes debe ser la suprema ley en materia de convenciones, la mayor parte de los códigos modernos la han excluido de sus textos.

Con respecto a las prórrogas válidamente otorgadas y comprobadas por la parte que las invoca, cabe decir que el juez debe acogerlas en su fallo, revocando la ejecución. Pero para que esto ocurra es preciso que la prórroga o espera de que se trata no esté subordinada en sus efectos a ningún pacto accesorio, como sería, v. gr., una condición.

La Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 14 de mayo de 1919 aceptó en todas sus partes esta doctrina, que en el fondo no es sino la aplicación estricta de las reglas generales.

Se trataba de un mutuo a cinco años. Poco antes de vencerse este período, el acreedor se comprometió a prorrogar el plazo del contrato por un año más, siempre que por su parte el mutuario caucionara la deuda con hipoteca de un determinado predio.

Como el deudor no pagara después de vencidos los cinco años, el mutuante inició ejecución, la que fué acogida en primera instancia, a pesar de que el ejecutado hizo valer oportunamente la excepción de prórroga del plazo.

Apelada la sentencia, la Il<sup>ta</sup>. Corte desestimó la excepción, fundándose en que "la obligación contraída por el demandado para la prórroga del plazo, aparece expresamente sujeta a la circunstancia de que se otorgue de antemano

## De las excepciones, etc.

2565

la escritura de hipoteca impuesta como condición de la prórroga... que por lo tanto, dicha obligación es condicional... etcétera".

La prórroga o espera debe empezar a contarse sin solución de continuidad, inmediatamente después de vencido el plazo principal, y todo apremio deberá diferirse, no corriendo tampoco intereses penales.

Como antecedente histórico debo agregar que la excepción del N.º 11 del artículo 486, figuraba antes en el N.º 6 del artículo 33 de la ley de 8 de febrero de 1837, la primera ley nacional que reglamentó entre nosotros el juicio ejecutivo. Ese número 6, decía a la letra: "Concesión de esperas o quitamiento".

Las esperas, llamadas también prórrogas, figuran hoy en el citado N.º 11 del actual Código, y el "quitamiento" se convirtió en el N.º 10 del mismo artículo, que trata de la remisión de la deuda.

No está de más agregar que las prórrogas se rigen por los mismos principios que gobiernan el plazo común, no solamente en cuanto a su cómputo, sino también en cuanto a los efectos jurídicos que le son propios.



## 12.ª Excepción: La novación

Requisito esencial para que el juicio ejecutivo prospere es que exista la obligación materia del cobro, o sea, que se mantenga vigente entre las partes el vínculo jurídico emanado del título.

Si ha sobrevenido con posterioridad algún hecho que rompa ese vínculo, poniendo término a la obligación, el demandado puede excepcionarse pidiendo el rechazo de la demanda, por no corresponderle ya el carácter de deudor.

Entre los modos de extinguir la obligación, figura en el artículo 1567 la novación que define ese mismo código en su artículo 1628.

Al tratar de ella como excepción, la ley de 1837 dispo-

nía: "Novación del contrato, por lo que haya variado la substancia de él, o las personas principales que intervinieron en el primero".

El Código del año 1903 se ocupa de esta excepción en el N.º 12 del artículo 486, junto con las demás defensas correspondientes al deudor.

La novación no es otra cosa que el reemplazo de la obligación por otra nueva, modificando o extinguiendo la anterior.

Para que se verifique este reemplazo y sea eficaz en derecho, es preciso que se llenen muchas condiciones que reglamenta minuciosamente el Título XV del Libro IV del Código Civil.

Lógica y etimológicamente toda novación importa una novedad, la cual puede referirse ya al objeto de la obligación, ya a los sujetos activo o pasivo de ella. Si todos estos elementos permanecen iguales, la novación no puede existir.

Por eso el artículo 1631 establece que la novación puede producirse de tres modos: cambiando el acreedor o el deudor, o cambiando la obligación. En los dos primeros casos, se llama subjetiva y en el último objetiva.

Los requisitos indispensables a toda novación son tres: 1.º obligación preexistente que se extingue, 2.º obligación siguiente, distinta de la primera y 3.º voluntad de novar.

La capacidad de las partes, citada por el profesor Alessandri Rodríguez en sus explicaciones, es una exigencia general para la validez de todos los contratos y no un requisito especial para la novación.

Muy brevemente voy a ocuparme de cada uno de estos puntos para dar una idea sintética de la institución.

Desde luego, la obligación preexistente, civil o natural, llamada a desaparecer, debe ser válida, porque de otro modo no sería susceptible de pago. Así lo dispone el artículo 1630, del Código Civil. Si fuera nula, absoluta o relativamente, y la nulidad se declarara por el juez, o si fuera inexistente por prescripción o por falta de causa u objeto, el contrato de novación adolecerá también de nulidad.

Siendo condicional la obligación destinada a desaparecer,

## De las excepciones, etc.

2567

la novación sólo se opera cuando la condición se cumple (artículo 1633). La ley no excluye, sin embargo, la obligación a plazo, que puede novarse.

Con respecto a la segunda obligación, la que nace en substitución de la primera, puede decirse otro tanto. Necesita ser válida, civil o naturalmente, ya que el acreedor no consentirá en desprenderse de su primitivo derecho a trueque de otro nulo o prescrito.

Esta segunda obligación, como ya he dicho, debe, además, ser fundamentalmente diversa de la anterior, porque de otro modo faltaría el elemento de la novedad. Si la segunda no se diferencia de la primera o si difieren sólo en meros detalles, no habrá novación, sino una simple confirmación o reconocimiento del primer vínculo.

Un ejemplo de novación por cambio de obligación sería, si el deudor que debe \$ 1.000 paga en su lugar un reloj, lo que constituye un caso típico de dación en pago. Sobre esto puede consultarse la interesante sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 31 de octubre de 1930, N.º 59, Gaceta de 1934.

Otro ejemplo sería un convenio extrajudicial celebrado por varios acreedores con su deudor, aunque no reuna los requisitos exigidos por la ley de Quiebras.

A contrario sensu, no habrá novación si las partes se limitan, v. gr., a variar la prueba del contrato, como si el documento privado en que consta, se cambia por una escritura pública.

Tampoco la habrá cuando se limitan a modificar las garantías, o a constituir las si no existían, o a ampliar los plazos, o a rebajar los intereses, etc.

Habrà novación por cambio de causa, cuando se muda el origen de la obligación, como si un comprador que debe parte del precio de la cosa comprada, toma esa cantidad en mutuo con la anuencia del acreedor. Este ejemplo lo da el propio don Andrés Bello en sus notas explicativas.

El último requisito para que se opere la novación, lo establece el artículo 1634, según el cual es forzoso que las par-



tes declaren su intención de novar. De otro modo, ambas obligaciones coexistirán en cuanto sean compatibles.

La voluntad de novar puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando así se manifieste en términos explícitos que no admitan dudas acerca del espíritu de los contratantes.

Será tácita cuando se desprenda de las diversas cláusulas, o cuando ambas obligaciones no puedan mantenerse simultáneamente.

Con todo, esta regla sufre una excepción tratándose de la substitución del deudor. En este caso, el artículo 1635 ordena la voluntad expresa, a fin de evitar cualquier mal entendido en orden a la responsabilidad del primitivo deudor.

Si no se prueba la voluntad de novar, la novación no se produce y ambas obligaciones mantendrán su validez, considerándose al nuevo deudor como diputado del primero o como co-deudor solidario o subsidiario, según aparezca de los términos del contrato. (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, N.º 40, Gaceta de 1935, 1.er semestre).

No hay para qué decir que las partes pueden manifestar su consentimiento por medio de apoderados y lo que éstos hagan será válido, siempre que obren dentro de los límites de su mandato.

Atendido que la novación da nacimiento a una obligación en reemplazo de la existente, es natural que ésta se extinga con todos sus accesorios, como son los privilegios, cauciones, etc.

Cesará por el mismo motivo la responsabilidad de los fiadores y co-deudores solidarios; dejarán de correr los intereses; al primitivo deudor no le afectarán los riesgos de la cosa, ni se le podrá declarar en mora.

Todos estos efectos constituyen la diferencia que existe entre la novación y otras instituciones, como la cesión de créditos y la subrogación, en las cuales subsisten sin alterarse los accesorios de la deuda en favor del subrogado o cesionario.

Numerosísimas son las cuestiones que origina esta materia; pero es imposible tratarlas aquí, siquiera en forma elemental, por su latitud y conocida dificultad.

## De las excepciones, etc.

2569

Debe recordarse que esta institución, tan importante en tiempo de los romanos debido al concepto subjetivo que ellos tenían de la obligación, ha venido perdiendo prestigio en todas las legislaciones modernas y se encuentra hoy en tal grado de decadencia, que los últimos códigos, como el federal suizo y el Código alemán, el más ordenado y científico de todos, ni siquiera la mencionan.



### 13.ª Excepción: La compensación

El legislador en el N.º 13 del artículo 486, permite al ejecutado oponer en su defensa la excepción de compensación, tal como lo hizo la ley de 1837 al exigir que la ejecución fuera por "crédito líquido y ejecutivo".

Nuestro Código Civil no define la compensación, como tampoco la definió el Código francés, ni el argentino, ni el italiano, ni el alemán.

Este último, sin embargo, en su artículo 387 dice textualmente: "Si dos personas se debiesen recíprocamente prestaciones cuyo objeto sea de la misma naturaleza, cada parte podrá compensar su crédito con el de la otra, cuando pueda exigir la prestación a que tenga derecho y ejecutar la que le incumba".

La ley 20, Título 14 de la Partida V, prescribía que "Compensatio tanto quiere decir en romance, como descontar un debdo por otro".

Pero si en general los códigos no definen la compensación, explican, en cambio, sus caracteres esenciales en forma perfectamente clara.

Se ha dicho que este modo de extinguir la obligación, no es sino un pago doble, recíproco y automático. Se produce cuando dos personas son al mismo tiempo acreedores y deudores entre sí, cumpliéndose los demás requisitos establecidos, según se trate de compensaciones legales, judiciales o convencionales.

En este artículo me ocuparé solamente de las legales

por ser las únicas reglamentadas en el Título 17 del Libro IV del Código Civil, no siendo mi ánimo hacer un comentario de fondo, sino una breve referencia o un simple esquema.

Desde luego, como primera condición es preciso que haya dos personas, acreedoras y deudoras una de otra. Por motivos especiales se acepta la compensación entre personas que no son personalmente acreedoras y deudoras, como el caso del mandatario y el de la cesión de créditos (artículos 1658 y 1659 del Código Civil).

Como la extinción de la obligación se produce aun sin el conocimiento de las partes y sin que hagan declaraciones expresas de voluntad, el hecho de que aquellas carezcan de la capacidad jurídica indispensable para obligarse, no es un obstáculo para que se opere la extinción. Pueden, por consiguiente, compensar sus créditos los menores, las mujeres casadas, las personas jurídicas y aun los interdictos.

Esto, en cuanto a las personas. Con respecto a las deudas, la ley exige varias condiciones que trataré por separado.

1.ª Ante todo, deben ser análogas, es decir, de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad (artículo 1656). Si son de dinero, las deudas se extinguen hasta la concurrencia de la de menor valor.

La fungibilidad está tomada aquí en un sentido técnico, que, como se sabe, no es el del artículo 575 del Código Civil.

Por ejemplo, se podrían compensar 10 quintales de trigo con otros 10 quintales del mismo cereal; pero no sería posible compensar trigo con arroz, ni vino de primera clase con el mismo producto de mediana calidad.

Los cuerpos ciertos tampoco pueden compensarse.

2.ª Ambas obligaciones deben ser líquidas, es decir, de un monto conocido y preciso. También se consideran líquidas las liquidables por medio de simples operaciones aritméticas. Así, no podrá compensarse una suma de dinero con el derecho a una indemnización que pende de un fallo judicial aun no dictado.

3.ª Es necesario que las dos obligaciones sean actualmente exigibles. No lo serán si una de ellas o ambas está sujeta a plazo o condición, o si hay prórroga pendiente, o si no

## De las excepciones, etc.

2571

dan acción, como las obligaciones naturales (1470 del Código Civil).

4.ª Los créditos que se van a extinguir deben ser embargables. Esta condición no está enumerada en la ley; pero se desprende del inciso final del artículo 1662 que excluye a los alimentos no embargables. Como se sabe, los artículos 1618, 2465 del Cód. Civil y 467 del Cód. de Proc. Civil, señalan numerosos bienes que no pueden ser materia de embargo. Si estos bienes pudieran compensarse, la prohibición sería burlada.

5.ª Por último, el artículo 1664 exige que ambas deudas sean pagaderas en el mismo lugar. El fundamento está en que el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago en un sitio distinto del señalado en la convención, a menos que se trate de deudas de dinero y que se hayan tomado en cuenta los gastos de la remesa.

En cuatro palabras, las que dejo expuestas son las únicas condiciones que la ley exige para que la compensación legal se opere.

No obstante lo dicho, hay algunos casos en que la misma ley no permite la compensación por razones de interés público, casos que están contemplados en el artículo 1662 del Código, donde pueden estudiarse.

Entre los no compensables se encuentran los créditos fiscales por contribuciones, en virtud de lo prescrito en los artículos 21 y 44 N.º 4 de la Constitución Política que establecen la forma de inversión de los dineros públicos, disponiendo que los tesoreros no pueden efectuar ningún pago sin que exista previamente un decreto supremo que lo autorice.

Decía más atrás que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley; aun sin saberlo los interesados. De este principio se desprende que ella obra con efecto retroactivo, o sea, que se entiende realizada no cuando el juez la declara en su sentencia, sino en el momento en que se reúnen las circunstancias que le dan vida, lo que tiene importancia para los fines de la mora, cobro de intereses, etc.

Mas, aunque la compensación se opere automáticamente, para que produzca efectos es de todo punto indispensable que



el interesado en favorecerse con ella la alegue en el momento oportuno. Los jueces no tienen por qué conocer los negocios privados de las partes, ni les está permitido incluir en sus fallos una materia no discutida, so pena de caer en vicios de casación.

Idéntica cosa ocurre con la prescripción que carece de todo valor si no es alegada en el pleito, como lo ordena el artículo 2493 del Código Civil.

Cuando el crédito que se opone a la compensación por el ejecutado no consta de un instrumento que haga fe por sí mismo, como una escritura pública, puede pedir cualesquiera de las diligencias autorizadas por el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil o acreditarlo en el probatorio dentro de la ejecución. Si no lo logra, la excepción fracasará y las costas serán de su cuenta.

Para terminar diré que el Código al ocuparse de la compensación sólo se refiere a las obligaciones de dar.

¿Podrán compensarse las de hacer? Parece indudable que no, porque a ello se opone el artículo 1656 que se refiere sólo a las de dinero, cosas fungibles o de género.

¿Cabrará compensación en bienes raíces reciprocamente adeudados? No, porque los cuerpos ciertos no son compensables. Sin embargo, Pothier (Obligaciones N.º 624, citado por Giorgi) estima que ello sería posible tratándose de meras acciones y derechos.

No tengo para qué agregar que ante nuestros Tribunales no se ha presentado ningún caso que a estas dos últimas cuestiones se refiera.



#### 14.ª Excepción: La nulidad de la obligación

La obligación que da origen al pleito y sirve de título ejecutivo, puede encontrarse afectada de algún vicio que la haga ineficaz, ya sea por faltarle requisitos de validez al acto jurídico en sí mismo, ya sea por omisión de formalidades establecidas en vista del estado o calidad de las personas que realizaron o acordaron dicho acto.

## De las excepciones, etc.

2573

En estos casos el legislador ha establecido una sanción que toma el nombre de nulidad y que consiste en privar al acto de sus efectos naturales, concurriendo ciertas circunstancias.

Puede ser absoluta y relativa.

Como nuestra ley no acepta las nulidades de pleno derecho, a pesar de la opinión de algunos autores nacionales y extranjeros imbuidos en el derecho francés, permite que el deudor haga uso de la excepción perentoria de nulidad para enervar la acción y obtener su rechazo. Si la nulidad produjera sus efectos *ipso jure*, tal medida de defensa sería inútil.

Según nuestro sistema, los actos nulos producen todos sus efectos mientras una sentencia judicial ejecutoriada no declare su nulidad.

Generalmente esto requiere un juicio entre partes, a menos que se trate de la nulidad absoluta que el juez puede declarar de oficio cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato. Y aun así, es necesario que el juez tome conocimiento del acto nulo con motivo de una gestión sometida a su potestad o a su fallo. No le es permitido proceder espontáneamente a reconocer nulidades de actos no sujetos a su jurisdicción.

La teoría de las nulidades pertenece de lleno al Derecho Civil y está consignada en el Título XX del Libro IV del Código, y en otras disposiciones aisladas. Tal como lo manifesté al ocuparme de otros modos de extinguir obligaciones que al mismo tiempo constituyen excepciones en el juicio ejecutivo, creo que un estudio detallado de esta materia no se compadece con la brevedad de estos comentarios, escritos primordialmente con fines de vulgarización.

Me referiré, pues, a las nulidades de un modo muy somero.

Dije más atrás que son nulos los actos o contratos ejecutados con omisión de los requisitos de validez. Estos requisitos son: 1.º voluntad no viciada; 2.º capacidad de las partes; 3.º objeto lícito y 4.º causa lícita.

Si falta cualquiera de estos requisitos, el acto es nulo (o anulable, como dice el Código alemán con más lógica).

El acto ha nacido imperfecto y por consiguiente puede ser declarado sin valor por juez competente a solicitud de aquella persona a quien la ley concedió la acción respectiva.

Si se trata de nulidad absoluta, aparte del ministerio público, puede pedirla todo individuo que pruebe interés pecuniario, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Si se trata de nulidad relativa, sólo podrán alegarla las personas en cuyo beneficio la estableció la ley (artículo 1684). Precisamente, por eso es relativa.

Numerosas son las diferencias que pueden anotarse entre la nulidad absoluta y la relativa, en lo que se refiere a la ratificación, al saneamiento, a su renuncia y a las personas a quienes empece. Sin embargo, ambas se identifican en sus efectos, ya sea entre las partes contratantes o con relación a los terceros.

Una vez declarada la nulidad, no cabe distinguir entre la absoluta y la relativa: ambas son iguales, es decir, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, y autorizan la acción reivindicatoria contra los terceros a cuyas manos han pasado los bienes.

Fuera de los actos nulos propiamente dichos, cabe considerar también otra categoría de actos cuyo vicio es aun más grave que la nulidad; son los que carecen de los elementos indispensables para subsistir, actos que sólo tienen una existencia física y que, como dice Josserand, constituyen apenas una tentativa abortada. Me refiero a los llamados actos inexistentes que resultan de haberse omitido en su celebración algunos de los requisitos de existencia. Como se sabe, estos son: 1.º voluntad, 2.º objeto, 3.º causa y 4.º solemnidades.

Siendo las enumeradas las condiciones mínimas que debe reunir todo acto jurídico para formarse y nacer a la vida del derecho, es indudable que si falta una o más, el acto no llegó a tener vida, y será una mera apariencia.

Ejemplos de actos inexistentes son los que siguen: Un matrimonio religioso; una compraventa de inmueble hecha en escritura privada; un contrato de sociedad en que los socios

## De las excepciones, etc.

2575

no han puesto nada en común; el acto patrimonial de un muerto civil o el de una corporación sin personalidad jurídica, etc.

Las diferencias entre ambas categorías de actos, saltan a la vista. Desde luego no es necesario que el juez declare la inexistencia, porque no produciéndose efecto alguno, tal declaración sería ociosa.

El acto inexistente no puede sanearse ni ratificarse y no produce acción sino excepción.

Algunos maestros de Derecho como D. J. Clemente Fabres y don Arturo Alessandri R. estiman que el legislador al dictar sus disposiciones, no tomó en cuenta los actos inexistentes, los cuales deben asimilarse a los nulos.

Otros, con mejores razones a mi juicio, sostienen que la inexistencia jurídica se desprende de numerosos preceptos del Código, como ser los artículos 1444, 1681, 1701, 1801, 1809, 1814, 2055, etc.

Don Luis Claro Solar participa de esta última opinión.

Y aquí surge una duda procesal de interés. El artículo 486 N.º 14 del Código de Procedimiento Civil concede al deudor la excepción de nulidad de la obligación. Pero si ésta en lugar de nula es inexistente, ¿podrá el ejecutado alegar tal inexistencia dentro del juicio?

Aunque las excepciones sean de derecho estricto y taxativa la enumeración del artículo 486, estimo que si la obligación no tiene existencia, mal puede dar vida a una acción y autorizar un proceso ejecutivo.

Cabría, pues, la excepción de inexistencia, a lo menos dentro del derecho puro. De todos modos y para mayor seguridad, puede el ejecutado emplear la excepción del N.º 7, es decir, la relacionada con la falta de requisitos, que por su amplitud y elasticidad sirve en todos los casos no previstos expresamente.

Al lado de la inexistencia jurídica y con análogos efectos liberatorios para el deudor, puede considerarse la teoría de la *inoponibilidad*, expuesta por Bastián en un ensayo sobre esta tesis publicado en París en el año 1927.

El autor nombrado define la inoponibilidad diciendo que "es la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido



a consecuencia de la celebración de un acto jurídico o de la nulidad del mismo".

La idea es bien sencilla. Hay actos cuyos efectos no pueden reclamarse de ciertas personas, ya sea porque no han intervenido en su celebración, o porque no figuraron como partes en el pleito, o porque no fueron notificados, etc.

Nuestro Código Civil registra varios casos de actos inoponibles. V. gr., el artículo 1707 al tratar de las contra-escrituras dispone que ellas no afectarán a terceros, sino en el caso de que se haya tomado nota de ellas en el margen de la escritura matriz y en el traslado (copia) en cuya virtud obra el tercero.

Otro ejemplo sería el artículo 1902 al disponer que la cesión de un crédito no es válida contra el deudor ni contra terceros, si no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.

También es inoponible la nulidad del contrato social contra terceros de buena fe que demandan a la sociedad de hecho (artículo 2058).

Lo mismo que dijimos de la inexistencia, podemos repetir aquí. El ejecutado ante un título inoponible puede excepcionarse involucrando su defensa en el N.º 7 del artículo 486, en vista de que la inoponibilidad no fué objeto de una excepción especial en el Código de Procedimiento Civil de 28 de agosto de 1902.



### 15.ª Excepción: La pérdida de la cosa debida, en conformidad a lo dispuesto en el Título XIX, Libro IV del Código Civil

Si el hombre fuera omnipotente — dice el tratadista Giorgi — este modo de extinguir las obligaciones no podría producirse.

Desgraciadamente el hombre es limitado y escasa su previsión y medios de defensa. Por tal motivo se encuentra muchas veces en condiciones de no poder cumplir sus com-

### **De las excepciones, etc.**

promisos y, como nadie está obligado a la imposible, la ley en tales casos lo exime de responsabilidad.

Los romanos fundaban esta irresponsabilidad en el conocido aforismo: "Ad impossibile nemo tenetur".

Nuestro Código Civil trata esta materia en el Título XIX del Libro IV, bajo el rubro: "De la pérdida de la cosa que se debe".

A primera vista parece que se extinguieran por este medio sólo las obligaciones que tienen por objeto una cosa, como las de dar; lo que es un manifiesto error, ya que también se extinguen de la misma manera las de hacer y las de no hacer, según veremos más adelante.

En estricta lógica, el Título XIX debió llamarse: "De la imposibilidad de ejecución".

Para que el deudor se entienda liberado en estos casos, es preciso que perezca la cosa debida, lo cual tiene en la ley un sentido especial, conforme al artículo 1670 del Código.

El cuerpo cierto perece: 1.º cuando se destruye; 2.º cuando deja de estar en el comercio humano y 3.º cuando desaparece y se ignora si existe. Tal es el sentido que da el legislador a este concepto, obligatorio para todos, según la regla del artículo 20.

En cualquiera de estos casos, la obligación se extingue y el acreedor quedará insatisfecho en su crédito.

Sin embargo, tratándose de obligaciones de dar, no basta que la especie perezca para que el deudor se desligue del vínculo. Es necesario, además, que la pérdida se haya producido sin culpa del obligado, por causas ajenas a su voluntad o por obra de un caso fortuito.

El caso fortuito, por regla general, libera al deudor, salvo que haya sobrevenido por su culpa o que se haya hecho responsable de él expresamente en la convención o que se encuentre en mora (artículos 1547 y 1673).

Interviniendo la culpa o el hecho del deudor, éste continúa responsable ante el acreedor por el precio de la cosa y por los perjuicios ocasionados.

Cuando la pérdida o destrucción se produce mientras la cosa se encontraba en manos del deudor, la ley presume

su culpa (artículo 1671) y lo obliga a pagar el precio a justa tasación y a rezarcir los daños.

Podrá, con todo, eximirse del pago del precio el deudor moroso, si prueba que el caso fortuito que destruyó la especie en sus manos, la habría igualmente destruido en manos del acreedor. En este caso su responsabilidad quedará limitada a la indemnización por la mora (artículo 1672).

Bien entendido que si la destrucción es sólo parcial o consiste el daño en meros deterioros, la obligación no se extingue. El deudor se descarga entonces entregando lo que subsista de la especie, a menos de tratarse de un género que de ordinario no perece.

Pero las cosas, materia de los contratos, no sólo pueden desaparecer por destrucción o por pérdida. Se hallan también sometidas al riesgo de salir del comercio humano, lo que ocurre muy raras veces.

Pothier cita el terreno vendido y después expropiado por causa de utilidad pública.

Se recuerdan también las barajas, la pólvora, los fósforos, la sal y otros artículos monopolizados por los gobiernos en ciertos países.

De dos maneras pueden ocurrir la pérdida o destrucción: o por culpa del deudor, o por hecho del mismo, situaciones muy distintas en teoría y que originan consecuencias también muy distintas en la práctica.

En el primer caso, como la culpa envuelve la falta de cuidado o negligencia, la ley impone la sanción de pagar el precio más el rezarcimiento de los perjuicios.

En cuanto al hecho del deudor, debe distinguirse si es culpable o inculpable. Si es inculpable, el deudor que ignoraba la existencia de la obligación, sólo responde del precio (artículo 1678).

Si es culpable y consiste en actos positivos ejecutados para dañar la cosa, habrá, además, dolo y el autor de él responderá también de la indemnización, conforme a las reglas generales.

No hay para qué decir que en el hecho o culpa del deu-

## De las excepciones, etc.

2579

dor se comprende el de las personas por quienes es responsable (artículos 1679 y 2320 del Código Civil).

Una situación excepcional es la del autor de hurto o robo a quien se considera siempre en mora, sin que pueda decirse lo propio del autor de estafa, fraude u otros actos ilícitos pertenecientes a la larga familia de los delitos contra la propiedad.

¿Pasa a sus herederos la responsabilidad del ladrón en este caso? Así se considera a pesar de lo que han opinado al respecto algunos maestros franceses, como Toulhier.

Hasta aquí nos hemos ocupado particularmente de las obligaciones de dar. Pero también las de hacer y de no hacer están sujetas a extinguirse de un modo análogo.

El artículo 561 del Código de Procedimiento Civil se pone en el caso de que sobrevenga imposibilidad absoluta para que el deudor cumpla su obligación.

Si tal ocurre, ese artículo lo faculta para deducir como excepción la imposibilidad de ejecución, completando de ese modo la lista del artículo 486 del mismo Código.

Ejemplo de esto, sería el de un pintor comprometido a pintar un cuadro y que antes de dar comienzo a la obra, pierde la vista; o el caso de un sujeto que se obliga a prestar sus servicios en una oficina privada y que es llamado al ejército con motivo de una guerra.

Como ejemplo de una obligación de no hacer, extinguida por imposibilidad, se cita el siguiente: Un comprador de montes se obliga a no repoblarlos; pero al poco tiempo se le notifica un decreto de la autoridad que declara aquellos terrenos sujetos a la repoblación y se le obliga a replantar.

Es evidente que en todos estos casos la prestación o abstención debida se extingue por imposibilidad, sin que el acreedor pueda reclamar compensación alguna. No debe olvidarse que la imposibilidad tiene que ser absoluta, porque si el deudor puede ejecutar la obra por intermedio de un tercero, como supone el artículo 1553, no puede considerarse liberado y el vínculo subsiste, conservando expedita la vía ejecutiva.

Si la obligación se extingue realmente por obra de un



tercero, el acreedor puede exigir, de acuerdo con el artículo 1677, que el deudor le ceda los derechos o acciones que tenga contra aquéllos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa. De otro modo el deudor realizaría un lucro indebido. En otras legislaciones, esto es una especie de subrogación legal.

El profesor Alessandri pone un ejemplo muy preciso: N. N. compra una cementera contigua a la línea del ferrocarril y la paga. El dueño de la cementera se compromete a entregar el trigo después de la cosecha. Pero, mientras tanto, una chispa de la locomotora quema toda la siembra.

La obligación del deudor desaparece en el mismo momento por ministerio de la ley y, aunque recibió el precio íntegro de lo vendido (artículo 1550), nada debe. Pero las acciones que tiene contra la Empresa autora del daño, debe cederlas al acreedor para que éste obtenga la indemnización correspondiente. Es lo justo. De otro modo el deudor obtendría, sin causa, un doble beneficio.

En orden a los efectos jurídicos de la pérdida de la cosa debida, puede agregarse que la obligación se extingue con todos sus accesorios, en una forma equivalente al pago, con la única diferencia de que si reaparece la cosa, renace también para el deudor la obligación de darla al acreedor.

La obligación revive porque ya no existe la causa que la extinguió, es decir, su pérdida o desaparecimiento.



## 16.ª Excepción: La transacción

Aunque la transacción no es un modo de extinguir obligaciones, sino un contrato, debe reconocerse que en muchos casos sus cláusulas pueden dar lugar a situaciones jurídicas capaces de modificar o de poner fin a los derechos de las partes. Esto ocurrirá principalmente cuando la transacción constituya un título traslativo, conforme al último inciso del artículo 703 del Código Civil, o sea, cuando se transfiera la propiedad de un objeto no disputado.

## **De las excepciones, etc.**

**2581**

Si el acreedor en estos casos ejecuta a su ex deudor pretendiendo hacerle efectivo alguno de los derechos traspasados o cedidos en la transacción, tendrá éste la facultad de oponer a la demanda la excepción perentoria del N.º 16 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, para obtener el rechazo de la demanda.

Según el artículo 2446 de nuestro Código Civil, transacción "es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

La definición anterior fué tomada textualmente del artículo 2044 del Código francés y tiene, por consiguiente, sus mismos defectos.

Esta materia que se trató en catorce artículos en dicho Código, es una de las más débiles y peor consultadas, lo cual se debe a que en la época de su publicación eran muy escasos los estudios teóricos serios sobre este punto. Fuera de Domat y de Pothier, que pueden considerarse los inspiradores de este título, por haber sido sus doctrinas las que prestaron base a la legislación positiva francesa sobre transacciones, muy pocos jurisconsultos dedicaron a esto sus desvelos. Preferible hubiera sido — dice Planiol — el silencio de la ley, porque de ese modo se habrían aplicado a este contrato las reglas generales que rigen los demás.

Nuestra definición es, pues, mala. Y lo es, entre otras razones, porque no da idea de la cosa definida, lo que constituye el peor defecto de toda definición.

En realidad, el artículo 2446, al decir que las partes por medio de la transacción extinguen o precaven un litigio, define el contrato por uno de sus efectos, sin dar la menor idea de su naturaleza.

Una persona, después de leer esta definición, puede exclamar: Bien, ya sé que se extinguen los litigios, pero ¿qué cosa es la transacción en sí misma, en qué consiste?

La ley no lo dice y ello se debe a que incurrió en una grave omisión: Le faltó referirse a las prestaciones mutuas que las partes se hacen recíprocamente y que son el elemento que fija la esencia jurídica del contrato.

En la forma en que ha sido definida, la transacción puede confundirse con muchos otros actos civiles, como el consentimiento, el desistimiento, la ratificación, etc.

Pero no siendo mi ánimo señalar defectos y vacíos, sino dar una idea de conjunto sobre esta materia, procuraré cumplir este propósito en pocas palabras.

Sabido ya que las prestaciones de las partes constituyen la esencia de la transacción, podemos agregar, calificándolo, que es un contrato consensual, sinalagmático, a título oneroso, declarativo e indivisible. Según fueren las concesiones hechas puede ser también conmutativo o aleatorio. Será conmutativo si cada parte se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a la que recibe o se le promete, y será aleatorio si una de ellas contrae una obligación contingente, como una renta vitalicia.

Para realizar válidamente una transacción, se requiere una doble capacidad: 1.ª la capacidad ordinaria para obligarse (artículo 1445), y 2.ª la de poder disponer de los bienes que son objeto de la transacción. Así lo prescribe el artículo 2447 del Código Civil, repitiendo lo dicho con respecto a la hipoteca en el artículo 2414.

Por ejemplo, no basta que una persona sea mayor de edad para que pueda transigir sobre un derecho alimenticio que es inalienable. Igual cosa puede decirse del marido, en relación con los bienes de la mujer que debe restituir en especie.

Si se trata de un mandatario, necesitará un poder especial, con especificación de los bienes, derechos y acciones que se van a transigir. De otro modo el acto no valdrá.

Aparte de la prohibición del artículo 2447, hay otras prohibiciones particulares que la ley impone por razones de carácter público. Entre las personas afectas a esta prohibición, pueden citarse:

a) El pródigo a quien se ha quitado la administración de sus bienes conforme al artículo 442 del Código Civil; b) el demente, después de ser declarado en interdicción o antes si se probare que ya existía la demencia; c) la mujer casada según el artículo 137, sin autorización del marido; d) las

## **De las excepciones, etc.**

**2583**

personas jurídicas que están sometidas en todos sus actos de alienación de bienes raíces al N.º 1 del artículo 557 del Código Civil; e) el Fisco en su carácter de Corporación de Derecho Público con capacidad restringida, necesita para transigir estar autorizado por una ley especial.

A título de cuestión interesante someto a los estudiosos la siguiente: ¿Puede un menor habilitado de edad transigir sobre sus bienes raíces y con qué requisitos?

Fuera de las enumeradas, existen también algunas limitaciones relativas al objeto del contrato, en virtud de las cuales se prohíbe transigir sobre la acción criminal que nace de un delito, alimentos futuros, el estado civil de las personas, derechos ajenos o inexistentes, nacionalidad, validez de matrimonio y todo lo que se relaciona con el interés social.

Estas transacciones serán nulas y su nulidad podrá declararse por la justicia a petición del interesado, en conformidad a las reglas generales.

Cuando se descubrieren vicios de consentimiento, podrá atacarse el acto por la vía de la rescisión, conforme a las mismas reglas.

Relacionado con lo dicho más atrás, la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de 1.º de julio de 1931 en juicio de Alejandro Larenas con Banco Hipotecario de Chile, declaró que en el juicio ejecutivo se puede por transacción renunciar a los trámites procesales, prescindir de la sentencia de remate y llegar hasta la adjudicación de la propiedad embargada en favor del ejecutante.

Por sentencia del mismo tribunal de noviembre 28 de 1935, N.º 50, Gaceta 1935, segundo semestre, quedó autorizada la transacción sobre un impuesto, lo que antes era dudoso. Se establece también en este fallo que las multas que impone la ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado, no constituyen penas, sino meras deudas de carácter civil.

Para terminar diremos que conforme al artículo 2460 la transacción produce los mismos efectos que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Esto significa que es obligatoria y que ninguna de las partes puede rebelarse con-



tra lo que fué consagrado en el avenimiento, pudiendo el ejecutado deducir la excepción respectiva en su oportunidad.

Pertenece el postulado del artículo 2460 a esos a los cuales la fuerza de los siglos y el prestigio de los viejos legisladores han dado el carácter de verdades absolutas. Su origen se remonta al primitivo Derecho Romano y puede encontrarse ya en un rescripto de los emperadores Dioclesiano y Maximino.

Sin embargo, muchos autores modernos han negado la identidad entre la transacción y la cosa juzgada, anotando muchas diferencias de las cuales me ocuparé en una próxima ocasión.



### 17.ª Excepción: La prescripción de la deuda o sólo de la acción ejecutiva

Sabemos que la prescripción reviste un doble aspecto según se la considere como un medio de adquirir el dominio de las cosas o como una manera de extinguir las acciones y derechos.

A la primera se la denomina adquisitiva o usucapión y la segunda toma el nombre de extintiva o liberatoria.

El N.º 17 del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil se refiere únicamente a esta última al incluirla entre las excepciones del juicio ejecutivo.

La prescripción extintiva, de la cual me ocuparé aquí, es un modo de poner término a las obligaciones, en virtud del cual el acreedor pierde su acción para exigir del deudor el pago de la deuda, cuando deja transcurrir cierto espacio de tiempo sin ejercitarla (artículos 1567, N.º 10 y 2514 del Código Civil).

Prescribir una cosa no es lo mismo que prescribir una obligación: prescribir una cosa es adquirirla y prescribir una obligación es extinguirla.

Con la adquisitiva sólo se adquieren los derechos reales, nunca los personales. La extintiva sólo se refiere a las acciones y derechos ajenos.

## **De las excepciones, etc.**

**2585**

Fué establecida en el Derecho Romano en una constitución de Teodosio II en el año 424 como un medio de defensa. Se llamaba "prescriptio triginta annorum".

El motivo que determinó la introducción de la prescripción extintiva en el Derecho, es la necesidad de impedir procesos difíciles de juzgar. En interés del orden y de la paz social, importa liquidar con el pasado, evitando discusiones sobre contratos o sobre derechos cuyos títulos se han perdido o borrado de la memoria.

La razón de ser de la prescripción en materia de créditos, es más o menos la misma que en materia de dominio. La diferencia está en que tratándose de derechos reales la prescripción es correlativamente adquisitiva y extintiva a la vez y en materia de créditos no se realiza sino como una causa de extinción.

No se crea, sin embargo, que la prescripción extingue propiamente el derecho. Lo que se extingue es la acción del acreedor para hacerlo efectivo; pero el vínculo no desaparece. La prueba está en que ese mismo vínculo se convierte en obligación natural de las que enumera el artículo 1470 del Código Civil, que puede pagarse válidamente por estar provista de causa.

Dos son los elementos esenciales de toda prescripción extintiva: el transcurso del tiempo y la inacción del acreedor, cuya desidia sanciona la ley. Pero para que el deudor pueda actuar, necesitase que la obligación sea exigible. Si se encuentra impedido por un plazo o por una condición suspensiva, la prescripción no obra en su contra. Esta regla no tiene otra excepción que el pacto comisorio en el cual el plazo corre desde la fecha del contrato, según lo dispone el artículo 1880 del Código Civil, precepto que en la práctica da origen a las más extrañas anomalías.

Los plazos fijados por la ley para la extinción de las obligaciones, son diversos, según se trata de prescripciones de largo o de corto tiempo. De los primeros trata el párrafo III del Título XLII del Libro IV del Código Civil y de las segundas el párrafo IV siguiente.

Según el Código, las acciones ejecutivas prescriben en

10 años y en 20 las ordinarias; pero estos plazos fueron reducidos a la mitad por la ley N.º 6162 de 24 de enero de 1938. Hoy son de 5 y 10 años, respectivamente.

Las acciones reales no tienen un plazo fijo de prescripción. Depende del tiempo que se demore en adquirir la cosa el tercero que la posee.

La acción reivindicatoria, por ejemplo, no prescribe en un plazo único, como erradamente sostienen algunos tratadistas, sino en plazos muy variados que podrán ser de dos, de cuatro, cinco o quince años, es decir, en los períodos en que otra persona, con título de posesión o sin él, pueda ganar el dominio por prescripción adquisitiva. Por eso el artículo 2417 del Código Civil dice: "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho".

Tampoco tienen un plazo único las acciones reales accesorias, como las de prenda o hipoteca. Estas prescriben, conforme al artículo 2416, junto con la obligación principal a que acceden.

La prescripción extintiva de largo tiempo es susceptible de interrumpirse o suspenderse lo mismo que la adquisitiva. En cuanto a la de corto tiempo, de tres y dos años y especiales del artículo 2524, sólo pueden interrumpirse y no admiten suspensión, de acuerdo con el artículo 2523 del Código citado.

Tampoco se toma en cuenta la suspensión en las de largo tiempo después de transcurridos 15 años, y en las acciones ejecutivas, cuyo plazo no se suspende, según lo declarado por la Corte de Casación en sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XVII, sección 1.ª, página 23.

Las prescripciones especiales del artículo 2425 corren contra toda clase de personas, excepto: 1.ª la acción rescisoria, conforme al artículo 1692 y la acción de reforma del testamento, según el artículo 1216, inciso 2, que se suspenden en favor de los incapaces.

La prescripción extintiva está sujeta también a las reglas generales contenidas en los artículos 2492 a 2497, reglas

## **De las excepciones, etc.**

**2587**

que se refieren a que debe ser alegada y a que puede renunciarse.

La prescripción no produce sus efectos sino cuando ha sido declarada por sentencia judicial. Los jueces, no obstante, no pueden declararla de oficio y el que quiera aprovecharse de ella debe alegarla.

Es un beneficio optativo entregado por la ley a la conciencia de las partes. De la necesidad de un pronunciamiento judicial, no debe inferirse que la prescripción se produce en virtud de la sentencia. Eso sería un error. La prescripción existe desde el instante en que se reúnen los consabidos factores de tiempo e inacción (artículo 2514). Prueba de ello es que opera con efecto retroactivo, como la compensación.

El principio de que el juez no puede declarar de oficio la prescripción extintiva, tiene tres excepciones: 1.ª en el caso de la acción ejecutiva, artículo 464 del Código de Procedimiento Civil; 2.ª en materia penal debe declararse de oficio la prescripción de la pena o de la acción penal, artículo 102 del Código Penal, no sólo por motivos de humanidad, sino también en vista de lo prevenido en el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal; y 3.ª en lo referente a la propiedad salitrera, ley de febrero 8 de 1907.

La prescripción constituye una excepción perentoria que puede alegarse en cualquier estado del juicio, siempre que se haga por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia o de la vista de la causa en segunda.

Siendo un beneficio, puede renunciarse una vez cumplida, en los términos de los artículos 12 y 2494. La renuncia, expresa o tácita, ha sido equiparada a la enajenación, por lo cual no puede efectuarla sino el que tiene facultad de enajenar. A los incapaces no les está permitido hacer esta renuncia.

Hemos dicho que por regla general se extinguen por la prescripción liberatoria todas las acciones y derechos ajenos, sin excluir el Estado, las Iglesias, Municipalidades y demás Corporaciones.

Existen, sin embargo, muchas acciones que no prescriben por tiempo. Entre éstas pueden citarse:



1.º La acción de nulidad del matrimonio, artículo 35 ley de enero 10 de 1884.

2.º La del artículo 320 del Código Civil para reclamar el estado civil de hijo, padre o madre.

3.º La acción para pedir partición.

4.º La acción para pedir demarcación.

5.º La acción para pedir servidumbre de tránsito.

6.º La acción para pedir medianería.

No debe olvidarse que el artículo 486 N.º 17 del Código de Procedimiento Civil se refiere no sólo a la prescripción de la deuda, sino también a la de la acción ejecutiva, que pueden estar sujetas a distintos plazos.

En cualquiera de estas dos situaciones se absolverá al ejecutado, siempre que acredite legalmente dentro del término respectivo los hechos en que basa su excepción.



### 18.ª Excepción: La cosa juzgada

Llegamos a la última excepción del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, la cosa juzgada, que los romanos enunciaron en la conocida fórmula: "res judicata pro veritate habetur", precepto que se reprodujo en la regla 32, Título 34 de la Partida 7.ª, que dice:

"Otrosí decimos que la cosa que es juzgada por sentencia de que no se pueden alzar, que la deben tener por verdad".

La cosa juzgada constituye, pues, lo que podríamos llamar la verdad legal, muy distinta de la verdad científica o filosófica, porque ésta se apoya en las relaciones necesarias de las cosas, y la verdad legal no es sino un convencionalismo establecido en virtud de graves razones de orden social.

Consiste la cosa juzgada en la presunción de verdad atribuida a lo resuelto en una sentencia judicial, cuando, notificadas las partes, no cabe recurso alguno en contra de ella, ya sea porque no proceden esos recursos, o porque no se han deducido dentro de los plazos legales o porque fueron ya

## De las excepciones, etc.

2589

fallados por los tribunales superiores, acogiendo o rechazando.

Llegada la sentencia a esta situación, adquiere desde luego el carácter de firme o ejecutoriada y ya no pueden volver a discutirse en juicio distinto los puntos resueltos en ella.

De no ser así, los juicios no tendrían fin y los derechos y obligaciones jamás podrían considerarse estables. Por eso, aunque el fallo fuera manifiestamente erróneo e ilegal, parto de la ignorancia o de la prevaricación, como dice el comentarista Borja, es forzoso considerarlo cierto, porque de otro modo los males originados serían mucho mayores.

De esta materia se han ocupado nuestros Códigos en forma muy escasa y elemental. Pueden citarse entre otras disposiciones el inciso 2 del artículo 3 del Código Civil y los artículos 197, 198, 199, 200 y 294 del Código de Procedimiento Civil.

Para dar fuerza y efectivo valor a la cosa juzgada, la ley otorga una acción y una excepción. Corresponde la acción a aquél en cuyo favor se declaró un derecho en el juicio y a sus herederos y causahabientes para el cumplimiento de lo resuelto, contra el condenado en dicho juicio y sus herederos y sucesores.

Compete la excepción de cosa juzgada al litigante que obtuvo en el pleito y a los demás a quienes aproveche el fallo, para evitar que se litigue nuevamente sobre la materia ya discutida.

Mas, para que surta efecto esta excepción, es decir, para que lo resuelto ejecutoriamente en el pleito produzca cosa juzgada en otro que se promueva después, es indispensable que entre ambos juicios haya una triple identidad: identidad de objeto, de causa de pedir y de personas.

Estudiaremos por separado cada uno de estos requisitos.

**1.º Identidad de objeto.**—Hay identidad de objeto cuando el beneficio jurídico que se reclama en el nuevo juicio, es el mismo reclamado anteriormente. Se atiende más al derecho que a la cosa misma. V. gr. Si se reclama un predio alegando el dominio y se desecha la demanda, nada se opone

a que en seguida se demande el mismo predio a título de usufructo. No se toma, pues, en cuenta la materialidad del objeto, sino el derecho en que se funda la acción.

*2.º Identidad de causa de pedir.*—Se entiende por causa de pedir, dice el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. Así como el objeto es "lo que se pide", la causa es el "por qué se pide", vale decir, el motivo legal que da vida al nuevo juicio.

Esta cuestión que es sencilla cuando se ventilan derechos reales apoyados en títulos claros y precisos, da origen a serias dificultades en los derechos personales y en especial en las acciones de nulidad relativa.

Dos teorías tratan de explicar en estos casos cuando hay identidad de causa de pedir: la teoría de la causa próxima y la de la causa remota.

Los que sostienen la primera, se basan en la última parte del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil que, definiendo la causa de pedir, expresa que es el fundamento "inmediato" del derecho reclamado.

Muchos impugnan este argumento alegando que semejante distingo no tiene asidero en la ley, pues la palabra "inmediato" esta tomada en un sentido más genérico que específico.

Un ejemplo aclarará estas ideas. Se pide nulidad de un contrato por vicio de consentimiento consistente en el error y se desecha la demanda. Con posterioridad el vencido inicia nuevo juicio, fundando la nulidad en una fuerza.

Los partidarios de la primera teoría sostienen que hay cosa juzgada porque la causa de pedir del segundo juicio es idéntica a la del primero, en vista de que en ambos se trata de un vicio de consentimiento, o sea, la causa próxima o inmediata, según ellos.

Justifica este punto de vista una sentencia redactada por don Leopoldo Urrutia, en el año 1910 y que aparece en la Revista de Derecho, tomo 8.º, 2.ª parte, sección 1.ª, pág. 579.

Los que defienden la segunda teoría aducen como razón que el error y la fuerza son dos vicios totalmente distintos y,

## De las excepciones, etc.

2591

por consiguiente, que una sentencia sustentada en el primero, no puede producir cosa juzgada con respecto a otra apoyada en el segundo.

Un fallo de 1927 aparecido en la Revista de Derecho, Tomo XXV, 2.ª parte, sección 1.ª, página 579, acepta esta última doctrina, o sea, la de la causa remota que parece la más justa y acertada.

3.ª *Identidad legal de personas.*—No basta que la cosa que se pide y la causa del derecho sean los mismos en ambos juicios. Para que exista cosa juzgada deben, además, haberse ventilado esos juicios entre las mismas personas, física y jurídicamente consideradas.

El inciso 2 del artículo 3 del Código Civil sienta la regla fundamental de que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que se pronunciaren; y, por lo mismo, la sentencia expedida en un litigio, no surte ningún efecto contra personas que no figuraron como partes en él.

Si se ha demandado a una persona en su carácter particular para el pago de una suma de dinero y el juez niega lugar a lo pedido, no se puede renovar la demanda contra la misma persona porque ésta opondrá en su defensa la excepción de cosa juzgada.

Pero se podrá, no obstante, intentar otra vez el cobro, si se le hace en el carácter de curador de un menor, o de heredero o de mandatario, es decir, en una calidad jurídica distinta.

El principio que consiste en que lo resuelto en una sentencia no afecta a terceros que no tomaron parte en el litigio, es lo que se llama la *relatividad* de la cosa juzgada, de jurisprudencia universal.

Los romanos formularon este principio diciendo: "res inter alios judicata, alteri neque nocere neque prodesse potest".

Debe tenerse presente para la mejor inteligencia de este asunto, que la relatividad de la cosa juzgada se aplica a los juicios que se limitan a reconocer derechos ya existentes, aun-



que controvertidos, como sería, por ejemplo, un dominio que se reivindica. Estos son los llamados juicios declarativos.

Hay otros llamados *constitutivos* porque su fallo crea una situación nueva, como son los de divorcio, interdicción, etc. Estos fallos producen efectos contra todo el mundo, *erga omnes*, según los latinos.

Producen también los mismos efectos generales los fallos que reconocen o rechazan el estado civil de padre, madre o hijo legítimo, en atención a los caracteres de indivisibilidad y universalidad que reviste el estado civil de las personas en todas las legislaciones (artículos 315, 316, 320 del Código Civil).

Réstame manifestar que la excepción perentoria de cosa juzgada puede oponerse y tramitarse en el juicio ordinario dentro del mismo plazo y en la misma forma que las dilatorias, y en el juicio ejecutivo sólo es aceptable en la oportunidad y modo establecidos en los artículos 481 y 487 del Código de Procedimiento Civil.

---