

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES¹

TERCERA PARTE: EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Sumario:

I.- Generalidades.

- 1.- Concepto, regulación y enumeración.
- 2.- Clasificación.

II.- El mutuo disenso o resciliación.

- 1.- Concepto.
- 2.- Alcance de la resciliación.
- 3.- Efectos de la resciliación.

III.- El pago.

A) Solución o pago efectivo.

- 1.- Concepto, enumeración, naturaleza jurídica y regulación.
- 2.- Por quién puede hacerse el pago.
- 3.- Condiciones requeridas para la validez o eficacia del pago en las obligaciones de dar.
- 4.- A quién debe hacerse el pago.
- 5.- Dónde debe hacerse el pago.
- 6.- Cuándo debe hacerse el pago.
- 7.- Gastos del pago.
- 8.- Cómo debe hacerse el pago.
- 9.- Imputación del pago.
- 10.- Prueba del pago.

B) Pago por consignación.

- 1.- Concepto.
- 2.- Oferta y consignación.

C) Pago con subrogación.

- 1.- La subrogación en general.
- 2.- Definición.
- 3.- Clases de subrogación.
- 4.- Efectos de la subrogación.
- 5.- Subrogación parcial.
- 6.- Diferencia entre el pago efectivo y el pago con subrogación.
- 7.- Diferencias entre el pago con subrogación y la novación.
- 8.- Paralelo entre el pago con subrogación y la cesión de créditos.

D) Pago con beneficio de competencia.

- 1.- Concepto.
- 2.- Quiénes gozan del beneficio de competencia.
- 3.- Efectos del beneficio de competencia.

¹ Fecha de la última modificación: 15 de diciembre de 2021.

IV.- La dación en pago.

- 1.- Concepto.
- 2.- Requisitos de la dación en pago.
- 3.- Naturaleza jurídica de la dación en pago.
- 4.- Paralelo entre la dación en pago, la obligación facultativa y la novación.

V.- La novación.

- 1.- Concepto.
- 2.- Requisitos de la novación.
- 3.- Formas de la novación.
- 4.- Efectos de la novación.
- 5.- La delegación.

VI.- La remisión.

- 1.- Concepto.
- 2.- Clases de remisión.
- 3.- La remisión por acto entre vivos es una donación.
- 4.- Naturaleza jurídica de la remisión.
- 5.- La remisión tácita.
- 6.- Remisión de la prenda e hipoteca.
- 7.- Efectos de la remisión.

VII.- La compensación.

- 1.- Concepto.
- 2.- Clases de compensación.
- 3.- Compensación legal.
- 4.- Compensación voluntaria y judicial.

VIII.- La confusión.

- 1.- Concepto.
- 2.- Causas de la confusión.
- 3.- Confusión total y parcial.
- 4.- Efectos de la confusión.
- 5.- Situación del heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario.

IX.- La pérdida de la cosa que se debe.

- 1.- Principio general.
- 2.- Cuándo se entiende que se pierde o perece la cosa debida.
- 3.- Consecuencias de la pérdida de la cosa que se debe.
- 4.- Requisitos para que la pérdida de la cosa extinga la obligación.
- 5.- Pérdida de la cosa imputable al deudor.
- 6.- Reparación de la cosa perdida.
- 7.- Reglas de carácter probatorio.

X.- La prescripción extintiva.

- 1.- Generalidades.
- 2.- Definición de prescripción extintiva.
- 3.- Requisitos de la prescripción extintiva.
- 4.- Prescripción y caducidad.

I.- Generalidades.

1.- Concepto, enumeración, naturaleza jurídica y regulación.

Los modos de extinguir las obligaciones son los *actos o hechos jurídicos* que ocasionan la liberación del deudor de la prestación a que se encuentra obligado.²

Por regla general, esta liberación del deudor se produce a consecuencia de extinguirse la obligación, y por eso se habla de modos de extinguir “las obligaciones”. Con todo, ello no es efectivo tratándose de la prescripción extintiva, pues en este caso, lo que se extingue es la acción para exigir la ejecución de la prestación, pero no la obligación misma, que subsiste sin solución de continuidad como natural.

El art. 1567 señala cuales son:

- 1°. La solución o pago efectivo (acto jurídico bilateral, pero no contrato).
- 2°. La novación (acto jurídico bilateral y además contrato).
- 3°. La transacción (acto jurídico bilateral y además contrato).
- 4°. La remisión (acto jurídico bilateral, pero no contrato).³
- 5°. La compensación (hecho jurídico, si se trata de la compensación legal; acto jurídico bilateral, pero no contrato, si se trata de la compensación convencional).
- 6°. La confusión (hecho jurídico).
- 7°. Pérdida de la cosa que se debe (hecho jurídico).
- 8°. La declaración de nulidad o rescisión (acto jurídico unilateral: la sentencia respectiva).
- 9°. El evento de la condición resolutoria (hecho jurídico).
- 10°. La prescripción (hecho jurídico –transcurso de un cierto plazo-, seguido de dos actos jurídicos unilaterales, cuales son aquél por el que se alega la prescripción por el interesado y luego la sentencia que la declara).

El artículo alude al comienzo a la resciliación (acto jurídico bilateral pero no contrato), aunque sin denominarla así, y después enumera un total de diez modos de extinguir. A estos once que menciona, debemos agregar la dación en pago (acto jurídico bilateral, pero no un contrato), el plazo extintivo (hecho jurídico), la muerte del deudor o del acreedor en ciertos casos (hechos jurídicos) y la revocación (acto jurídico unilateral).

Todos los modos de extinguir enumerados en el art. 1567, están regulados en el Libro IV del Código Civil. La resolución, está tratada en el título IV, “De las obligaciones condicionales y modales” (artículos 1473 a 1493). A su vez, siete de ellos están reglamentados de manera consecutiva, títulos XIV a XX: el pago (artículos 1568 a 1627); la novación (artículos 1628 a 1651); la remisión (artículos 1652 a 1654); la compensación (artículos 1655 a 1664); la confusión (artículos 1665 a 1669); la pérdida de la cosa que se debe (artículos 1670 a 1680); y de la nulidad y rescisión (artículos 1681 a 1697). La transacción está regulada como contrato, en el título XL (artículos 2446 a 2464), mientras

² Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 8ª edición, 1992, p. 345.

³ Salvo si se tratare de una remisión forzada o testamentaria. En la primera no se requiere de la voluntad del acreedor. En la segunda, estamos ante un legado, que se instituye en el testamento, y por ende se trata de un acto jurídico unilateral.

que la prescripción liberatoria o extintiva está normada al final del Código, título XLII (más específicamente en los artículos 2514 a 2524).

En esta parte de la materia, no trataremos de la transacción (que se estudiará en los contratos), de la nulidad (que ya se revisó en el estudio del acto jurídico), de la condición resolutoria y del plazo extintivo (que se expusieron en la primera parte de obligaciones), de la revocación (que se estudia en diversas materias, tales como el testamento, el mandato, el arrendamiento, etc.) y de la muerte del deudor o del acreedor en ciertos casos (cuestión que se revisa en las materias en que opera, como por ejemplo el usufructo, el comodato, los alimentos, la sucesión por causa de muerte, etc.).

2.- Clasificación.

Suelen clasificarse desde diversos puntos de vista:

a) Atendiendo si extinguen la obligación satisfaciendo al acreedor con la ejecución de la prestación debida u otra equivalente, o si por el contrario, extinguen la obligación sin procurar al acreedor ventaja alguna.

Al primer grupo pertenecen el pago, la dación en pago, la novación, la compensación, la transacción; al segundo grupo pertenecen la confusión, la remisión, la nulidad, la resolución, la prescripción extintiva y la pérdida fortuita de la cosa debida.

b) Atendiendo a si extinguen la obligación misma y actúan por vía directa; o si destruyen la fuente de la obligación y la extinguen por vía consecencial.

Al primer grupo pertenecen la prescripción (en el entendido que se extingue la obligación *como obligación civil*, pero subsiste como *obligación natural*), el pago, la dación en pago, la compensación, la novación, la pérdida fortuita de la cosa debida; al segundo grupo, la resciliación, la nulidad, la resolución.

c) Atendiendo a si extinguen la obligación en virtud de un acuerdo de voluntades o si operan sin dicho acuerdo, distinguimos modos convencionales y modos no convencionales.⁴

Son modos convencionales la resciliación, el pago, la dación en pago, el plazo extintivo, la novación, la compensación convencional, la transacción y la remisión.

Son modos no convencionales la compensación legal, la confusión, la pérdida fortuita de la cosa debida, la nulidad, la resolución, la muerte, la revocación y la prescripción extintiva.

II.- EL MUTUO DISENSO O RESCILIACIÓN

1.- Concepto

No está definida en el Código Civil, pero éste alude al consentimiento mutuo como modo de extinguir obligaciones en los arts. 1545 y 1567, y de manera indirecta, en el art. 728.

⁴ Cfr. las obras *Extinción convencional de las obligaciones* (volumen 1) y *Extinción no convencional de las obligaciones* (volumen 2), del profesor Pablo Rodríguez Grez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Conforme al art. 1567, inc. 1º, la obligación puede extinguirse por una “convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula”.

No hay sin embargo un problema de nulidad de por medio, sino el mero consentimiento de las partes. La ley, en efecto, emplea impropriamente la expresión “*darla por nula*” refiriéndose a la convención objeto de la resciliación. No hay en realidad vicio alguno de nulidad, estamos ante una obligación plenamente válida.

Por ello, más correcto sería decir que la resciliación es una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en dejar sin efecto una convención o contrato, extinguiéndose las obligaciones vigentes.

Es importante destacar que las obligaciones deben estar vigentes, esto es, no cumplidas en su totalidad, pues si así fuere, en rigor ya no podrían resciliarse, por la sencilla razón de que no existirían obligaciones destinadas a extinguirse⁵.

Tratándose de las obligaciones contractuales, el mutuo consentimiento es una aplicación del aforismo “las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen”.

En armonía con el precepto citado, el art. 1545 también dispone que el contrato puede ser “invalidado” por consentimiento mutuo.

Excepcionalmente, un contrato puede dejarse sin efecto por la voluntad de uno solo de los contratantes. Así acontece en el mandato mediante la *revocación* y la *renuncia* (art. 2163 números 3 y 4) y en el arrendamiento, asumiendo este último caso el nombre de “*desahucio*” (art. 1951). El art. 26, letra e) de la Ley N° 20.830, que regula el Acuerdo de Unión Civil, permite también a cualquiera de los convivientes civiles para poner término al contrato de manera unilateral. Pero en estos casos, no hay propiamente “resciliación”, sino “*terminación*” del contrato, de manera que las partes no retrotraen los efectos de éste.

2.- Alcance de la resciliación.

En su virtud, la obligación se tiene por no contraída, por inexistente, pero no “por nula”, según lo aclaramos.

Como la resciliación importa para el acreedor la renuncia a un derecho y a las ventajas que podría reportarle el contrato, debe ser capaz de disponer libremente. Si el contrato genera derechos para ambos contratantes, deberán también ser capaces para otorgar la convención que extingue las obligaciones.

⁵ En la práctica, sin embargo, es frecuente observar resciliaciones de contratos de compraventa cuyos efectos se cumplieron íntegramente, y los conservadores de bienes raíces no suelen hacer mayor cuestión sobre el punto. Con todo, en el contrato que se rescilia, debiera existir al menos una obligación no totalmente cumplida al momento de la resciliación. Otro punto que se ha prestado a discusiones, dice relación con si es o no necesario, practicar una nueva inscripción registral, cuando se rescilia un contrato de compraventa recaído en un inmueble. La mayoría de los Conservadores, practica una nota marginal en la última inscripción, cancelándola, y recobrando vigencia la inscripción precedente, o sea, la del vendedor. Concordamos con tal práctica, atendido el tenor del art. 728 del Código Civil, que no exige practicar una nueva inscripción, cuando la inscripción es cancelada “por voluntad de las partes”. Sin embargo, algunos conservadores entienden que deben practicar una nueva inscripción en virtud de la resciliación, como si ésta operase como un título translaticio de dominio.

En general, todas las obligaciones pueden dejarse sin efecto por mutuo consentimiento de las partes. Excepcionalmente no es posible resciliar ciertos contratos o convenciones, como por ejemplo:

- i.- El contrato de matrimonio;
- ii.- El pacto sustitutivo del régimen matrimonial, contemplado en el art. 1723 del Código Civil, por regla general (podrá modificarse para pactar otro régimen de bienes);
- iii.- Las capitulaciones matrimoniales pactadas con antelación al matrimonio (una vez celebrado el matrimonio ya no podrán modificarse, salvo para pactar otro régimen de bienes);
- iv.- El pacto por el cual los cónyuges liquidan la sociedad conyugal y en general las particiones.

La ley alude también a la resciliación en el art. 728, cuando establece que una de las causales de cancelación de la posesión inscrita de un inmueble, es aquella que opera “por voluntad de las partes”.

3.- Efectos de la resciliación.

3.1) Efectos respecto de terceros.

La resciliación produce efectos únicamente para el futuro, respecto a terceros. No afecta el pasado, los efectos del contrato ya producidos y que han originado derechos para terceros, los que no pueden ser alterados ni modificados por las partes que rescilian. Bajo este respecto, los efectos de la resciliación se asemejan a los del plazo extintivo pero difieren de los efectos de la nulidad. Consecuencia de esto es que aunque el contrato sea resciliado o destruido por el mutuo consentimiento de las partes, los derechos constituidos en favor de terceros sobre la cosa objeto del contrato en el tiempo que media entre la celebración del contrato y su resciliación, subsisten, porque la voluntad de las partes no tiene fuerza suficiente para destruir los derechos de los terceros. Así, por ejemplo, si se rescilia una compraventa sobre un inmueble, la hipoteca constituida por el comprador no se verá afectada.

3.2) Efectos entre las partes.

Entre las partes, la resciliación tiene efecto retroactivo, pues la voluntad de las partes es regresar al estado anterior al del contrato. Por ende, efectuando las prestaciones mutuas, las partes serán restituidas a la situación previa a la celebración del contrato. Así, por ejemplo, si se rescilia una compraventa sobre un inmueble, el comprador restituirá materialmente el predio, el vendedor restituirá el precio y se cancelará la inscripción vigente a favor del comprador, reviviendo aquella en favor del vendedor (art. 728: “Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, ...”).

III.- EL PAGO

El pago está regulado en el Título XIV del Libro IV, “De los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo”, arts. 1568 a 1627, que se

agrupan en un total de diez párrafos: párrafo 1° “Del pago efectivo en general”; párrafo 2° “Por quién puede hacerse el pago”; párrafo 3° “A quién debe hacerse el pago”; párrafo 4° “Dónde debe hacerse el pago”; párrafo 5° “Cómo debe hacerse el pago”; párrafo 6° “De la imputación del pago”; párrafo 7° “Del pago por consignación”; párrafo 8° “Del pago con subrogación”; párrafo 9° Del pago con cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores”; y párrafo 10° “Del pago con beneficio de competencia”.

Los últimos dos no operan en la actualidad, y dichas materias, en general, se contemplan en la Ley N° 20.720, sobre insolvencia y reemprendimiento.

A) SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO.

1.- Concepto.

Dispone el art. 1568 que el pago efectivo “*es la prestación de lo que se debe*”.

Vulgarmente se entiende por pago (del latín “pacare”, apaciguar, satisfacer) la entrega de una suma de dinero. Jurídicamente paga el que da la cosa debida, ejecuta el hecho prometido o se abstiene del hecho prohibido. Es decir, *paga* quien cumple su obligación, cualquiera fuere su clase.

El pago efectivo, se denomina también “*solución*”, del latín “solvere”, que significa desligar, romper el vínculo que ataba al deudor con su acreedor. Por ello, el deudor se llama también *solvens*.

Como cuestión fundamental el pago debe presuponer una obligación llamada a extinguirse, porque de lo contrario carecería de causa, sería un pago de lo no debido y habría derecho a repetir.

La obligación que sirve de causa al pago puede ser civil o natural.

2.- Por quién puede hacerse el pago.

a) *Principio fundamental*: al acreedor le interesa recibir el pago, siéndole indiferente, por regla general, en el caso de las obligaciones de dar, quien lo realiza (art. 1572). Sólo en el caso de las obligaciones de hacer, cuando se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, la ley reputa legítima la resistencia del acreedor para recibir el pago de una persona distinta que el deudor (art. 1572, inc. 2°). Lo mismo cabe decir de las obligaciones de no hacer, pues el acreedor espera que sea determinadamente el deudor y no otra persona, la que incurra en la omisión.

b) *Pago hecho por el deudor*: como es obvio, es el primero que puede pagar, personalmente o representado. Asimismo se reputa ejecutado por el deudor el pago que realicen sus herederos y el que realice un legatario a quien el testador impuso expresamente la obligación de pagar una deuda suya. El pago hecho por el deudor extingue la obligación, sin ningún efecto ulterior. Con todo, si un heredero hubiere pagado una suma mayor a la que corresponda a su cuota, podrá repetir en contra de los restantes herederos, para que éstos enteren a su vez la parte que les corresponda en la obligación pagada por el primero (art.

1354).⁶ A su vez, puede ocurrir que el pago sea hecho por un legatario a quien el testador le dejó en legado un mueble o un inmueble gravado con una prenda o una hipoteca, respectivamente. Si la voluntad del causante fue que dicho pago no fuera soportado en definitiva por el legatario, tendrá acción para repetir en contra de los herederos; si la deuda caucionada por el testador no era propia sino la de un tercero, el legatario que la pague tendrá acción en contra de dicho tercero (art. 1366).

c) *Pago hecho por una persona interesada*. El pago puede efectuarlo una persona interesada en extinguir la obligación, distinta del deudor mismo. Tal es el caso del fiador, del codeudor solidario, del tercer poseedor de la finca hipotecada. En este caso, en lo que a los efectos del pago se refiere, si bien extingue el vínculo jurídico entre acreedor y deudor, no queda terminada toda la relación jurídica. El fiador que paga tiene derecho a que se le reembolse lo pagado (art. 2370); lo mismo sucede si el pago lo efectúa un codeudor solidario (artículos 1522 y 1610 N° 3) o el tercer poseedor de la finca hipotecada (artículos 1610 N° 2 y 2429). En estos casos, el interesado se subroga en el crédito (que se entiende ahora radicado en el patrimonio del interesado que pagó). Dicha subrogación es legal (es decir, opera aún en contra de la voluntad del acreedor). Además, el fiador y el codeudor solidario *no interesado* (que también es considerado fiador), disponen de la acción de reembolso, cuya fuente es la fianza. Es importante tenerlo presente, porque el plazo de prescripción de la acción subrogatoria (es decir la que tenía el acreedor primitivo) se computará desde que la obligación se hizo exigible; en cambio, el plazo de prescripción de la acción de reembolso del fiador se computará desde que haya pagado al acreedor.

d) *Pago hecho por un extraño*.

El tercero extraño que paga puede hacerlo:

- i.- Con el *consentimiento* del deudor.
- ii.- Sin el *conocimiento* del deudor.
- iii.- Contra la voluntad del deudor. (art. 1572).

Los revisaremos en el mismo orden.

i.- *Pago hecho con el consentimiento del deudor*.

Media entre ambos, el tercero que paga y el deudor, un *mandato*. El tercero es un diputado para el pago.

Si dicho mandatario paga con recursos propios y no con dinero proporcionado por su mandante, la obligación se extingue respecto del acreedor, pero sobrevienen ulteriores consecuencias: el tercero se subroga en los derechos del acreedor a quien pagó (art. 1610 N° 5). El crédito cambia de titular, pasa del acreedor al tercero que pagó.

Pero el tercero tiene otro medio para obtener que se le reembolse: puede ejercitar las acciones del mandato (art. 2158).

Podrá elegir entonces entre la acción subrogatoria y la acción del mandato. La elección tiene trascendencia, desde ya, en lo concerniente a la prescripción de las acciones. En efecto, en el caso de la acción subrogatoria, el cómputo de prescripción de la acción se inició desde que la obligación se hizo exigible. En el caso de la acción de reembolso que emana del mandato, desde que el mandatario hizo el pago al acreedor.

⁶ A menos que por una cláusula testamentaria o en la partición, se le hubiere impuesto a dicho heredero el pago íntegro de la obligación.

Además, como se trata de un mandatario, tendrá derecho, por regla general, para exigir el pago de honorarios por la gestión realizada.

ii.- *Pago hecho sin conocimiento del deudor.*

El tercero que paga en este caso, es *un agente oficioso*.

La obligación se extingue respecto del acreedor, pero el tercero tiene derecho a ser reembolsado por el deudor (art. 1573).

Pero a diferencia del primer caso, no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor. En todo caso, nada impide que entre el acreedor y el tercero que le paga, opere una subrogación convencional.

A diferencia del caso anterior, el agente oficioso carece del derecho para exigir el pago de un honorario por su gestión.

iii.- *Pago contra la voluntad del deudor.*

Art. 1574: “El que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción”.

La disposición es perentoria: salvo que el acreedor ceda su crédito o le subroge convencionalmente, el tercero no puede pretender que se le reembolse lo pagado.

Será el deudor quien deberá probar que el pago se hizo contra su voluntad. De no acreditarlo, el tercero que pagó tendrá derecho a obtener el reembolso.

Sin embargo, el art. 2291, pareciera estar en contradicción con el art. 1574, al disponer el primer precepto que “El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, *sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil*, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda”. Diversas opiniones se encuentran para resolver tal contradicción.

Para Leopoldo Urrutia, la regla del art. 2291 es aplicable cuando el pago es útil al deudor (cuando evita una acción judicial por ejemplo), mientras que si no lo es, será aplicable el art. 1574 (no sería útil por ejemplo, el pago a un acreedor benévolo).

Para Ruperto Bahamondes, el art. 2291 se aplica cuando el pago es parte de un conjunto de actos de administración de un negocio ajeno; en cambio el art. 1574 es aplicable cuando se trata de pagos aislados.

Para Claro Solar, no hay contradicción alguna; el art. 1574 dispone que el tercero no tiene derecho para que se le reembolse lo pagado; el art. 2291 no dispone que lo pagado deba reembolsarse, sino que otorga una acción de *in rem verso* para demandar aquello en que el pago haya sido realmente útil, y que podrá ser inferior a lo pagado por el tercero.⁷

3.- Condiciones requeridas para la validez o eficacia del pago en las obligaciones de dar.

El art. 1575 señala los requisitos que debe reunir el pago en esta clase de obligaciones. Los dos primeros tienen naturaleza *subjetiva*, pues se refieren a dos calidades que debe tener la persona que paga. El tercero tiene naturaleza *objetiva*, pues dicen relación con las formalidades que debe cumplir el pago.

Los revisamos a continuación:

⁷ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo XII, De las Obligaciones III, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1939, N° 1.327, pp. 51 y 52.

a) *Que el que paga sea dueño de la cosa pagada o pague con el consentimiento del dueño (art. 1575, inc. 1º).*

a.1) *Regla general.*

Como el deudor de la obligación de dar se obliga a transferir el dominio de la cosa, es indispensable que sea dueño de la misma, porque nadie puede transferir más derechos de los que tiene. Aplicamos aquí las reglas de la tradición (art. 682).

Efectos del pago hecho por quien no es dueño de la cosa: impropriamente, el art. 1575 dice que el pago “no es válido”, sugiriendo con ello que adolecería de nulidad. No hay tal sin embargo; lo que ocurre es que no se extingue la obligación. Por lo tanto:

i.- El acreedor podrá demandar del deudor un nuevo pago, restituyendo el que había recibido, la cosa que no fue apta para solucionar la obligación.

ii.- El deudor podrá repetir la cosa que ha pagado, ofreciendo pagar otra de que sea verdaderamente dueño.

iii.- En lo que respecta al dueño de la cosa, el pago es “res inter alios acta” y conserva su dominio. Podrá por ende reivindicar la cosa pagada (arts. 898 y 1815).

En todo caso, el acreedor podrá ganar la cosa por prescripción (art. 683) y rechazar la acción reivindicatoria.

a.2) *Casos en que es válido o eficaz el pago efectuado por quien no es dueño:*

i.- Si se verifica con el consentimiento del dueño (art. 1575, inc. 1º).

El consentimiento del dueño puede prestarse a priori o a posteriori (arts. 672, 676 y 1818).

ii.- Si el que pagó adquiere posteriormente el dominio (arts. 682 inc. 2º; 1819).

iii.- Cuando la cosa pagada es “fungible” –consumible, en realidad- y el acreedor la ha consumido de buena fe; ésta consistirá aquí en la ignorancia del acreedor de que la cosa fuere ajena (art. 1575, inc. 3º).

b) *Que el que paga tenga facultad para enajenar.*

b.1) *Regla general:* art. 1575, inc. 2º. La disposición es una aplicación del principio general de la tradición (art. 670: “facultad e intención de transferir el dominio”).

b.2) *Casos en que es válido o eficaz el pago hecho por el incapaz de enajenar:*

i.- El pago que adolece de un vicio de nulidad, que se sana por el transcurso del tiempo (4 y 10 años) o por la ratificación (en caso de la nulidad relativa)

ii.- El pago de cosa “fungible” –consumible en realidad-, consumida de buena fe por el acreedor, hecho por quien no tuvo la facultad de enajenar.

c) *Que el pago se efectúe con las formalidades legales.*

Las formas del pago son las que señala la ley para la tradición (arts 684 y 686).

4.- A quién debe hacerse el pago.

Esta materia tiene gran importancia. De ordinario es indiferente quién hace el pago. Pero es siempre fundamental establecer a quién debe hacerse el pago. Si el deudor paga a quien no corresponde, el pago no extinguirá su obligación. Deberá pagar nuevamente, esta

vez al verdadero acreedor, sin perjuicio de su derecho para repetir lo indebidamente pagado. Se aplica aquí el aforismo “el que paga mal paga dos veces”.

Los arts. 1576 a 1586 regulan la materia. Dispone que el pago puede hacerse al acreedor, a su representante o al poseedor del crédito:

a) *Pago hecho al acreedor.*

La ley señala que bajo tal denominación quedan también comprendidos aquellos que sucedieron al acreedor en su crédito, a cualquier título. Si el acreedor falleció, el pago debe hacerse a sus herederos, y si éstos son varios el pago se divide a prorrata de sus cuotas, y cada heredero sólo puede reclamar la suya. Bajo el nombre del acreedor se comprende también a los legatarios y a los cesionarios del crédito o a quienes se subrogan en el crédito.

Por excepción no es válido y adolece de nulidad el pago hecho al acreedor, en los siguientes casos (art. 1578):

i.- Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes (porque es incapaz o porque aún siendo capaz, otro ha de recibir por el acreedor, como en el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, art. 1579), salvo que la cosa pagada hubiere sido útil al acreedor en los términos del art. 1688; o en el caso del art. 2181, inc. 2º, respecto del contrato de comodato, cuando la cosa fue prestada por un incapaz que la usaba con permiso de su representante legal.

ii.- Si por el juez se embargó la deuda o ha mandado retener su pago (es decir, se decretó una medida precautoria). En realidad lo que se embarga es el crédito. La jurisprudencia ha concluido que en este caso el deudor debe abstenerse de ejecutar el pago al acreedor y éste por su parte no puede exigir el pago. El acreedor tampoco podrá oponer su crédito en compensación a otro crédito (art. 1661). Finalmente, si el crédito se enajena, habrá objeto ilícito (art. 1464, N° 3).

iii.- Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se abrió concurso. En este caso, el acreedor es a la vez deudor de otras personas, y su insolvencia no le permite satisfacerlos. En consecuencia, los acreedores de tal acreedor solicitan que se someta a un procedimiento concursal. Declarada la liquidación, los pagos deben hacerse al liquidador, pues opera el desasimio de parte del deudor, queda inhibido de continuar gestionando su patrimonio.

b) *Pago hecho al representante del acreedor.*

La representación puede emanar de la ley, del juez o del acreedor: puede ser entonces legal, judicial, convencional (art. 1579).

i.- Formas de la diputación para recibir el pago: art. 1580:

i) Un poder general para la administración de todos los negocios del acreedor.

ii) Un poder especial para la administración de ciertos y determinados negocios.

iii) Un poder especialísimo para recibir el pago.

(artículos 2132 y 2133, facultades de los mandatarios).

ii.- Facultades del mandatario judicial: requiere una expresa autorización para recibir el pago: art. 1582 del Código Civil; y art. 7º, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil (debe otorgarse la facultad de percibir).

iii.- Capacidad para la diputación para recibir el pago:

La constitución de un representante voluntario del acreedor es un contrato, que requiere por parte del mandante la capacidad necesaria para contratar. El mandatario en cambio puede ser incapaz, específicamente puede tratarse de un menor adulto (artículo 2128). El art. 1581 amplía incluso la hipótesis al disipador interdicto. Por ende, el acreedor o mandante ha de ser plenamente capaz; el mandatario o diputado para recibir el pago, puede ser relativamente incapaz, es decir, un menor adulto o un disipador interdicto.

iv.- Término de la diputación para recibir el pago:

Expira por las causas que ponen término al mandato (art. 2163). Termina la diputación por la muerte o incapacidad sobreviniente del diputado y por la revocación (artículos 1583 y 1586).

v.- Revocación de la diputación: como contrato de confianza el mandato es esencialmente revocable. El acreedor puede unilateralmente poner fin a la diputación para recibir el pago. Excepcionalmente no puede revocarse la diputación:

i) Cuando se ha conferido al mandatario la facultad de recibir por ambos contratantes: art. 1584. Se justifica en este caso que el acreedor no pueda revocar el mandato, pues éste fue otorgado también por el deudor.

ii) Cuando se ha convenido que el pago puede hacerse al acreedor mismo o a un tercero: art. 1585.

c) *Pago hecho al poseedor del crédito.*

Art. 1576, inc. 2°. Se requiere:

i.- Que el pago sea hecho al poseedor del crédito (recordemos que este artículo sirve de fundamento para quienes postulan que puede haber posesión y por ende prescripción, sobre derechos personales). Es aquel que aparenta ser propietario, el acreedor putativo. Se presume aquí que es culpa del acreedor no haberse dado a conocer y dejado que otro ocupe su lugar (es un caso de error común, que no vicia el acto jurídico, en este caso, el pago).

ii.- Que el pago se haga de buena fe: la que consiste, en este caso, en la convicción íntima de que el pago se hace al verdadero acreedor.

d) *Validación del pago hecho a persona inhábil para recibirlo.*

Dos situaciones señala el art. 1577:

i.- Cuando el acreedor lo ratifica expresa o tácitamente, pudiendo legítimamente hacerlo.

ii.- Cuando el que lo recibió sucede al acreedor (incluimos aquí a los herederos, legatarios, cesionarios y al que se subrogó en el crédito).

5.- Dónde debe hacerse el pago.

Regulan la materia los arts. 1587 a 1589.

Establece el primero que el pago debe hacerse en el lugar convenido.

A falta de estipulación, el art. 1588 plantea una distinción, entre obligaciones de especie o cuerpo cierto y obligaciones de género.

La obligación de especie o cuerpo cierto debe cumplirse en el lugar en que se encontraba la especie cuando la obligación se contrajo.

Si la obligación es de género, el pago se hará en el domicilio del deudor.

El lugar del pago determina, por regla general, la competencia de los tribunales que deben conocer de las acciones que el acreedor entable para el cobro de su crédito. El Código Orgánico de Tribunales distingue al respecto si la acción es mueble o inmueble.

6.- Cuándo debe hacerse el pago.

Debe hacerse cuando la obligación se ha tornado exigible. Ello ocurrirá:

- a) Inmediatamente de haberse contraído la obligación, si no existe estipulación en contrario (art. 1826, inc. 1º del Código Civil).
- b) Una vez cumplido el plazo suspensivo que se hubiere pactado.
- c) Una vez cumplida la condición suspensiva que se hubiere convenido.

7.- Gastos del pago: art. 1571.

Al igual que tratándose del lugar y del tiempo en que debe hacerse el pago, los gastos del mismo serán asumidos por aquél de los contratantes que hubiere contraído la obligación.

A falta de estipulación, los gastos serán de cuenta del deudor. La misma regla se consagra en la compraventa, respecto del vendedor, entendido como deudor de la cosa objeto de la venta (arts. 1806 y 1825).

Por excepción, en el caso del pago por consignación, los gastos de la oferta y consignación válidas son de cargo del acreedor (art. 1604).

8.- Cómo debe hacerse el pago.

a) *Principio general*: los artículos 1569 y 1591 consignan dos normas fundamentales en esta materia.

i.- El pago debe hacerse con sujeción estricta a los términos convenidos. O sea, ha de ser *exacto*.

ii.- El pago debe ser *total*.

Además, en cada caso es necesario examinar la naturaleza de la obligación, porque las reglas son diferentes según se trate de obligaciones de especie o cuerpo cierto, de obligaciones de género o de obligaciones que consisten en el pago de una cantidad de dinero.

Revisemos las dos exigencias legales.

i.- *El pago debe hacerse con la misma cosa debida o ejecutando el mismo hecho debido*.

Dispone el art. 1569: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes. / El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

Estamos ante una lógica consecuencia de ser el contrato una verdadera ley para los contratantes (art. 1545).

Nada impide sin embargo que las partes convengan en que la obligación se satisfaga con una prestación diversa. Estaremos entonces ante una dación en pago.

La regla del art. 1569 no es absoluta sin embargo. Constituyen excepción:

- i) La dación en pago;
 - ii) Las obligaciones modales (art. 1093, se admite pago por equivalencia);
 - iii) Las obligaciones facultativas (art. 1505); y
 - iv) La obligación de pagar un legado de cosa ajena (artículos 1106 y 1107).
- ii.- *El pago debe ser total*: el deudor debe ejecutar íntegramente la prestación convenida.

Establece el art. 1591: “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. / El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

Cabe formular dos prevenciones:

- i) La disposición se refiere a las obligaciones entre un solo deudor y un solo acreedor. Si la obligación es de sujeto plural, se divide de manera que cada acreedor solo pueda demandar su cuota y cada deudor ha de pagar sólo la suya (artículos 1511 y 1526, inc. 2°).
- ii) El art. 1591 se refiere también a las obligaciones aisladamente consideradas; si median varias obligaciones entre el acreedor y el deudor, el primero no puede pretender, so pretexto de lo dispuesto en el art. 1591, que el deudor le pague todas las obligaciones. Rige en tal caso el art. 1594. se trata de distintas obligaciones, emanadas de contratos diversos (un censo, un arrendamiento, un mutuo, etc.)

El principio de la indivisibilidad del pago puede “derogarse” convencional y legalmente. En ambos casos, será posible efectuar un pago parcial.

Se refieren a la “derogación” convencional los artículos 1591 y 1593. Se trata de obligaciones a plazo. El primero, cuando señala: “salvo el caso de convención contraria”; el segundo, al disponer: “Si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo”.

Habrán “derogación legal” cada vez que la ley permita al deudor pagar una cantidad menor a la que adeuda. El propio art. 1591 anuncia la salvedad: “y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales”. Son excepciones legales a la regla general de la integridad del pago las siguientes:

- i) Art. 1592: mientras se resuelve la controversia, el juez puede ordenar el pago de la cantidad no disputada.
- ii) En caso de procedimiento concursal de liquidación o cesión de bienes: el pago se verifica mediante el reparto de los fondos que produzca la realización de los bienes.
- iii) En la compensación: las deudas recíprocas se extinguen hasta la concurrencia de la menor, de manera que el acreedor de la obligaciones de mayor valor, solo recibe una satisfacción parcial de su crédito.
- iv) En el pago con beneficio de competencia (art. 1625).
- v) En el pago efectuado por el heredero que invocó beneficio de inventario (art. 1247).
- vi) En el caso que el fiador oponga al acreedor el beneficio de excusión (art. 2364).
- vii) En el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, respecto del beneficio de emolumento que la ampara (art. 1777).
- viii) En el caso del marido, tratándose de una especie de beneficio de emolumento que le otorga el art. 150 del Código Civil.

b) *El pago de las obligaciones de especie o cuerpo cierto:*

Consigna el art. 1590: “Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor. / En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios. / Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño”.

Se desprenden por ende las siguientes reglas de este precepto:

- i.- La cosa debe entregarse en el estado en que se encuentra, ya que los riesgos son de cargo del acreedor, cuando los deterioros provienen de caso fortuito o del hecho de un tercero por quien no responde el deudor.
- ii.- Si la cosa se deterioró por obra de un tercero de cuyo hecho no responde el deudor, el acreedor tiene derecho a que el deudor le ceda sus acciones contra el tercero autor del daño.
- iii.- Si la cosa se deteriora por culpa o durante la mora del deudor o por el hecho de personas por quienes es responsable, el acreedor puede pedir la resolución del contrato (erróneamente, la ley habla de “rescisión del contrato”), con indemnización de perjuicios. Lo anterior demuestra que en este caso, el acreedor no está obligado a recibir la cosa.
- iv.- Si en el mismo caso, los deterioros parecieren de poca cuantía y el acreedor prefiere llevarse la especie o cuerpo cierto en el estado en que se encuentra, sólo tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios.

Se repiten en realidad los principios de los artículos 1547, 1550, 1672, 1677 y 1678.

c) *El pago de las obligaciones de género.*

Se regula por el art. 1509: “En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana”.

Por lo tanto:

- i.- El acreedor no puede pedir determinadamente un individuo del género debido.
- ii.- El deudor cumple las obligaciones entregando individuos del género, de calidad a lo menos mediana.

d) *El pago de las obligaciones de dinero.*

Debemos atenernos a las normas contenidas en la Ley N° 18.010, referida a las “operaciones de crédito de dinero”. La deuda de dinero constituye una deuda de género y pertenece a la categoría de las obligaciones de dar. La materia debe estudiarse en la “evaluación legal de los perjuicios” y al tratar del contrato de mutuo de dinero.

9.- Imputación del pago.

a) Concepto: Es su aplicación a determinada obligación.

Para que suscite interés, deben concurrir diversas circunstancias:

- i.- Que entre los mismos acreedor y deudor, existan varias obligaciones o a lo menos una obligación que produzca intereses.
- ii.- Que las obligaciones sean de idéntica naturaleza.
- iii.- Que el pago no sea suficiente para solucionar todas las deudas.

b) A quién corresponde.

Puede hacerla el deudor, el acreedor o la ley.

i.- Corresponde en primer lugar al deudor: art. 1596.

La ley sin embargo le impone limitaciones:

- i) Si la deuda gana intereses, el deudor no podrá imputar el pago al capital y luego a los intereses, a menos que el acreedor consienta en ello: art. 1595.
 - ii) El deudor no podrá imputar el pago a las deudas no vencidas, con preferencia a las que son actualmente exigibles, a menos que el acreedor consienta en ello: art. 1596.
 - iii) El deudor no podrá imputar el pago a una obligación que con él se satisfaga parcialmente, antes que a otra que se extinga por completo: el acreedor no puede ser forzado a recibir un pago parcial: art. 1591.
 - iv) La imputación debe hacerla el deudor en el momento del pago; de otro modo, corresponde al acreedor.
- ii.- En defecto del deudor, la imputación del pago puede hacerla el acreedor: art. 1596.
- La debe hacer en la carta de pago o recibo. El acreedor no tiene las limitaciones que la ley impone al deudor.
- iii.- Imputación hecha por la ley (por el juez, en la práctica): art. 1597. Las reglas son las siguientes:
- i) Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago esté devengada a la que no lo estaba; y
 - ii) No habiendo diferencias a este respecto, la deuda que el deudor eligiere.

10.- Prueba del pago.

Corresponde al deudor, de acuerdo a las reglas generales (art. 1698). Para la prueba del pago rigen las limitaciones a la prueba testimonial (artículos 1708 y 1709).

La ley establece algunas presunciones de pago:

- a) El recibo que acredite el pago del capital hace presumir el pago de los intereses: art. 1595 inc. 2º (una norma similar, se contempla en el art. 17 de la Ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero).
- b) En las obligaciones que se traducen en pagos periódicos: art. 1570 (una norma similar, se contempla en el art. 18 de la Ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero). Le basta al deudor conservar los recibos de los últimos tres períodos de pago.

Se trata de presunciones de carácter simplemente legal.

B) PAGO POR CONSIGNACIÓN

1.- Concepto.

El deudor no sólo tiene la obligación, sino también el derecho a pagar, como consecuencia de su interés en que la obligación se extinga. Si el acreedor se resiste a recibir el pago, tal resistencia no debe perjudicar al deudor, pudiendo sobreponerse a ella mediante el pago por consignación.

Cabe tener presente que la negativa del acreedor no justifica el incumplimiento del deudor, ni purga la mora en que pueda incurrir. En todo caso, la mora del acreedor exonera al deudor del cuidado ordinario de la cosa cuando ésta es un cuerpo cierto y le dará derecho para demandar perjuicios (arts. 1548, 1680 y 1827).

De lo dicho resulta que el deudor puede pagar aún contra la voluntad del acreedor (art. 1598).

No sólo el deudor puede pagar por consignación; el pago puede hacerlo cualquier persona: art. 1572.

Puede definirse entonces el pago por consignación como el depósito de la cosa que se debe, previa oferta del deudor, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o ante la incertidumbre acerca de la identidad del acreedor, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona (art. 1599).

Del concepto, se desprende lo siguiente:

i.- Debe existir una oferta del deudor.

ii.- Tres son las posibles causas que lo explican:

i) El acreedor se niega a recibir el pago (“... la repugnancia...”).

ii) El acreedor, sin negarse, no comparece sin embargo a recibir lo que se le debe (cuando la cosa debía ser entregada en cierto lugar).

iii) Existe incertidumbre acerca de quién es el acreedor.

iii.- Debe cumplirse con las formalidades previstas en la ley: fundamentalmente, relativas a la oferta y a los trámites posteriores ante el juez competente, cuando nos encontramos ante la consignación propiamente tal.

En un caso, sin embargo, no hay oferta previa: art. 1600, último inciso. Lo revisaremos más adelante.

iv.- El pago, en este caso, se concreta mediante el depósito de lo que se debe, en manos de un tercero.

2.- Oferta y consignación.

El pago por consignación requiere dos operaciones. La oferta tiene por objeto procurar al acreedor la oportunidad de recibir voluntariamente el pago y al mismo tiempo poner de manifiesto su resistencia o repugnancia.

La consignación es el acto por el cual el deudor se desprende de la cosa.

2.1. La oferta.

La necesidad de la oferta se contempla en el art. 1600.

a) Formas de la oferta: debemos distinguir:

a.1) Si el acreedor está presente: la oferta se efectúa de acuerdo a las normas generales del art. 1600.

a.2) Si se trata de un acreedor ausente: el acreedor no tiene domicilio en el lugar, no es habido o hay incertidumbre acerca de su persona (art. 1602).

Revisemos por separado ambos casos:

a.1) *Oferta hecha a un acreedor "presente"*.

i.- *Requisitos de fondo de la oferta*: art. 1600.

Se refieren estos requisitos de fondo a la *capacidad* de las partes, al *tiempo* y el *lugar*.

i) Debe ser hecha por una persona capaz de pagar (art. 1600, N° 1).

ii) Debe hacerse al acreedor capaz de recibir el pago o a su legítimo representante (art. 1600 N° 2 y art. 1578).

iii) La obligación debe ser exigible (art. 1600, N° 3).

iv) Debe ofrecerse ejecutar el pago en el lugar debido (art. 1600, N° 4).

ii.- *Requisitos de forma de la oferta*: La oferta es solemne.

i) La oferta debe hacerse por un funcionario público: un notario o un receptor judicial o un oficial del Registro Civil (art. 1600, N° 5). Pueden éstos actuar sin previa orden del tribunal.

ii) Para que efectúen la oferta, el deudor ha de entregarles una minuta con los detalles de la deuda y con una descripción de la cosa ofrecida.

iii) El funcionario debe levantar un acta de la oferta (art. 1600, N° 6).

iv) El acta debe contener la respuesta del acreedor o su representante (art. 1600, N° 7).

a.2) *Oferta hecha a un acreedor "ausente"*.

Operará cuando el acreedor o su representante no tiene domicilio en el lugar en que debe hacerse el pago, o no son habidos o hay incertidumbre acerca de la persona del acreedor: art. 1602.

En los casos señalados, se modifican las reglas del art. 1600 y la oferta sólo debe cumplir con los requisitos indicados en los números 1, 3, 4, 5, y 6. Los números 1, 3 y 4 se refieren a los requisitos de fondo. Los números 5 y 6, a los requisitos de forma.

i.- *Requisitos de fondo de la oferta*:

En consecuencia, la oferta a persona ausente debe reunir los siguientes requisitos de fondo:

i) Debe ser hecha por una persona capaz de pagar (art. 1600, N° 1).

ii) La obligación debe ser exigible (art. 1600, N° 3).

iii) Debe ofrecerse ejecutar el pago en el lugar debido (art. 1600, N° 4).

ii.- *Requisitos de forma de la oferta*:

En este caso la oferta se hará al tesorero comunal respectivo (hoy, Tesorería General de la República). Se deben cumplir los siguientes requisitos de forma:

i) La oferta debe hacerse por un funcionario público: un notario o un receptor judicial (art. 1600, N° 5).

Pueden éstos actuar sin previa orden del tribunal.

ii) Para que efectúen la oferta, el deudor ha de entregarles una minuta con los detalles de la deuda y con una descripción de la cosa ofrecida.

iii) El funcionario debe levantar un acta de la oferta (art. 1600, N° 6).

b) *Casos en que se omite la oferta*: contemplados en el art. 1600, último inciso.

i.- Cuando el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación.

ii.- Cuando el acreedor deduce cualquiera otra acción, que pueda enervarse mediante el pago de la deuda (por ejemplo, una acción resolutoria que podría enervarse por el demandado pagando después que se le notifica la demanda, en opinión de una parte de la doctrina, conforme a lo que expusimos al tratar de la condición resolutoria tácita).

iii.- Cuando se trata del pago periódico de sumas provenientes de una misma obligación (art. 1601, inc. 5).

2.2. La consignación.

a) *Concepto*.

Dispone el art. 1599: “La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, y con las formalidades necesarias, a manos de una tercera persona.”

b) *Formas de la consignación*: art. 1601.

i.- La consignación puede hacerse en la cuenta corriente del tribunal competente (artículos 1600, último inciso y 1601, inc. 5°). Es necesario que la obligación sea en dinero.

ii.- Puede hacerse en la tesorería comunal o en un banco comercial o en el Banco del Estado, etc., del lugar en que debe hacerse el pago (art. 1601, inc. 1°).

iii.- Puede hacerse en poder de un depositario nombrado por el juez competente, cuando lo que se debe no es dinero (art. 1601, inc. 2°).

c) *Procedimientos posteriores a la consignación*.

No cabe al acreedor ninguna intervención, sino una vez hecha la consignación: art. 1601, inc. 4°.

El art. 1603 indica los procedimientos posteriores a la consignación, *en que debe calificarse la suficiencia del pago*.

i.- El deudor debe pedir al juez competente que la consignación se ponga en conocimiento del acreedor, con intimación de recibir la cosa consignada (art. 1603, inc. 1°).

ii.- Puede ocurrir que el acreedor acredite o no que existe juicio en el cual debe calificarse la suficiencia del pago. Si no lo acredita en el plazo de 30 días hábiles, contado desde que fue notificado de la consignación, el juez, a petición del deudor, lo declarará suficiente y ordenará alzar las cauciones sin más trámite (art. 1603, inc. 3).

iii.- Se entenderá que hay juicio desde que se haya notificado la demanda (art. 1603, inc. 5°).

iv.- El plazo de 30 días puede ser prorrogado, hasta por 30 días más (corridos, en este caso), si por causas ajenas a la voluntad del acreedor, no ha sido posible notificar al deudor (art. 1603, inc. 4°).

El inc. 2° del art. 1603 se refiere al juicio por el cual se califica la suficiencia de la consignación.

El juicio que corresponde será el que haya promovido o promueva el acreedor para reclamar el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, por ejemplo; o bien el que haya promovido el deudor para que se declare extinguida la deuda o se haga alguna declaración derivada de tal extinción, como la cesación de las cauciones.

Corrobora lo dicho el art. 1601, último inciso.

d) *Gastos del pago por consignación.*

Son de cargo del acreedor (art. 1604). Se modifica la regla general, porque el acreedor, con su negativa para recibir el pago, es el causante de los gastos ocasionados.

e) *Efectos del pago por consignación.*

Desde el día de la consignación, se producen los siguientes efectos:

i.- El efecto lógico es la extinción de la deuda (art. 1605). La extinción de la obligación se verifica en el día en que se produce la consignación, siempre que esta sea *suficiente*.

ii.- Cesarán entonces los intereses.

iii.- Se eximirá al deudor “del peligro de la cosa”.

iv.- Se extinguen las cauciones (art. 1603, inc. 3°).

El inciso 2° del art. 1605 establece una regla de excepción, cuando la obligación es a plazo o bajo condición: la oferta debe haberse efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación, para que ésta se tenga por cumplida oportunamente. Pero el deudor quedará obligado en todo caso al pago de los intereses que se deban y al cuidado de la cosa hasta la consignación.

f) *Retiro de la consignación*: el deudor puede hacerlo antes o después de aceptada por el acreedor o declarada suficiente por el juez.

Las condiciones y consecuencias del retiro de la consignación son diferentes en uno y otro caso:

i.- Mientras la consignación no ha sido aceptada o declarada suficiente por sentencia ejecutoriada, el deudor puede retirarla: la obligación subsiste (art. 1606).

ii.- Si se aceptó o se declaró suficiente, el deudor no puede retirarla sin el consentimiento del acreedor. En este caso, la obligación se mirará como del todo nueva (art. 1607). Hay una verdadera novación, y por tanto cesa la responsabilidad de los fiadores y codeudores y el acreedor perderá los privilegios y garantías de su crédito primitivo.

C) PAGO CON SUBROGACIÓN

1.- La subrogación en general.

En general, es la sustitución de una cosa o de una persona por otra que ocupa jurídicamente su lugar. La subrogación es *real* en el primer caso, y *personal* en el segundo.

a) *Subrogación real*: Algunos casos en que opera:

i.- En la sociedad conyugal, cuando un inmueble propio de uno de los cónyuges es subrogado a otro adquirido durante el matrimonio a título oneroso (artículos 1727, 1733, 1734, 1736).

ii.- En el caso que prevé el art. 1672: el precio y la indemnización sustituyen a la especie o cuerpo cierto que pereció por causa imputable al deudor.

iii.- En el ámbito del Código de Comercio, en el contrato de seguro, la cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada, para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquella (art. 565 del Código de Comercio). Es decir, producido el siniestro, la indemnización del seguro reemplaza a la cosa asegurada.

Lo mismo acontecerá, si se produce una expropiación de un inmueble hipotecado, teniendo derecho a la correspondiente indemnización el acreedor hipotecario.

b) *Subrogación personal*: *pago con subrogación*.

La subrogación personal es la sustitución de una persona por otra, que jurídicamente ocupa su lugar.

En el ámbito de la subrogación personal, el pago con subrogación, en términos generales, es la sustitución de un acreedor por otro a consecuencia del pago.

Cuando quien pagó no es el deudor, sino que un tercero interesado o extraño o el propio deudor pero con dineros que un tercero le suministra, la obligación se extingue respecto del acreedor, pero se crea una relación jurídica entre el que hizo el pago o prestó el dinero para ello y el deudor, para el reembolso de lo pagado. Se podrá ejercer por quien pagó, las acciones emanadas del mandato o de la agencia oficiosa, y por el que prestó el dinero, la acción emanada del mutuo. Pero estas son acciones simplemente personales expuestas al riesgo de la insolvencia del deudor.

Mayor seguridad de ser reembolsado tendrá el que paga, si ocupa el lugar del acreedor, porque en tal caso se le cede el crédito con las cauciones que garantizaban el pago. Ello se logra mediante la subrogación.

2.- Definición: art. 1608.

Dispone el art. 1608: “La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”.

La definición legal no es del todo precisa, por dos razones:

i.- Porque en el Derecho nacional, la palabra “transmisión” se aplica en el ámbito de la sucesión por causa de muerte (en cambio, en el art. 1612, correctamente se emplea la expresión “traspasa”), y

ii.- Porque, la definición sugiere que el pago debe hacerlo siempre un tercero.

La subrogación es una ficción legal, en virtud de la cual se entiende que el crédito subsiste después del pago, precisamente en favor del que pagó, con todos los accesorios, privilegios, prendas e hipotecas. La obligación cambia de acreedor pero no de contenido.

En términos más precisos se la puede definir como una ficción legal en cuya virtud el crédito que ha sido pagado con dineros proporcionados por un tercero y que, por consiguiente, se extingue respecto del acreedor, se reputa subsistir, con todos sus accesorios, en provecho de este tercero, para asegurarle el reembolso de lo pagado.

No es lo distintivo en consecuencia que el pago lo haga un tercero o el deudor, sino que se haga con dineros de un tercero; por ende, aún pagando el deudor con dineros ajenos, opera la subrogación.

3.- Clases de subrogación.

Art. 1609. La subrogación puede ser *legal* o *convencional*. La subrogación legal opera por el ministerio de la ley; la subrogación convencional se produce en virtud de un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el tercero que le pagó.

3.1. Subrogación legal.

a) *Características:*

- i.- Se produce de pleno derecho, aún contra la voluntad del acreedor (art. 1610, inc. 1°).
- ii.- Excepcionalmente es solemne (art. 1610, N° 6).
- iii.- Es necesario un texto legal que la autorice.

En todo caso, el art. 1610 no es taxativo. En efecto, en diversas disposiciones del Código Civil se contemplan otros casos de subrogación legal: artículos 1366 (legatario que paga una deuda hereditaria), 1965, 1968 (ambos en el contrato de arrendamiento), 2231 (contrato de depósito), 2295, (pago de lo no debido) 2429 (contrato de hipoteca) y 2466 (acción oblicua o subrogatoria). Así también, el art. 87 de la Ley N° 18.092, sobre letra de cambio y pagaré, dispone: “Cualquier tercero extraño a la letra podrá pagarla y se subrogará en todos los derechos del portador emanados del documento. El portador deberá dejar constancia en la letra del nombre de la persona que le hizo el pago”.

b) *Casos del artículo 1610.*

N° 1: Acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho.

Se requieren dos condiciones:

- i.- Que el tercero que pague sea necesariamente otro acreedor.
- ii.- Que el acreedor que recibe el pago, tenga un mejor derecho porque su crédito es privilegiado o hipotecario (art. 2470).

Cabe advertir –como señala Claro Solar- que el acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho, no obtiene por medio de la subrogación que su crédito pase a gozar de los privilegios e hipotecas del crédito que paga o del grado hipotecario de que goza el crédito que paga. Así, por ejemplo, si yo tengo un crédito valista por \$ 30.000.000.- y le pago al acreedor de mi deudor un crédito de \$ 40.000.000.- caucionado con hipoteca, me subrogo en este segundo crédito y en la hipoteca, pero ésta caución no se extiende a mi crédito primitivo, éste sigue siendo un crédito que no goza de preferencia para su pago. Cabe entonces preguntarse, ¿qué interés puedo tener en efectuar el pago del segundo crédito? La verdad es que el motivo de esta subrogación no aparece a simple vista y su explicación tiene un origen histórico: en el Derecho romano, el primer acreedor hipotecario tenía

únicamente el derecho de hacer vender la cosa hipotecada para pagarse de su crédito. Este primer acreedor podía, a su voluntad, tener en jaque y paralizar por su inacción a los otros acreedores, o al contrario, perjudicarlos con su acción intempestiva, procediendo a la venta del inmueble hipotecado en circunstancias desfavorables, o dejando pasar circunstancias favorables. A fin de proteger a los acreedores posteriores contra este abuso, se decidió por constituciones imperiales que el acreedor posterior en grado que pagara al acreedor preferente, le sucedería en su sitio y lugar y que en caso de negarse éste a recibir el pago, el acreedor posterior tendría el derecho de ofrecerle el pago a través de una oferta equivalente al pago con subrogación, adquiriendo el derecho exclusivo de realizar la garantía en el lugar del acreedor anterior. De esta manera, el acreedor posterior fortificaba su propio crédito. Pero hoy, este derecho exclusivo de realización del primer acreedor hipotecario ha desaparecido, reconociéndole la ley este derecho a cualquiera de los acreedores hipotecarios.⁸

En nuestros días, dicho pago dependerá, en cada caso concreto, de los motivos que conduzcan al acreedor posterior a realizarlo. Así, por ejemplo, dicho acreedor podría estar interesado en impedir que el acreedor preferente accione y se remate el inmueble hipotecado (sin que lo obtenido en la subasta, alcance para pagarle a los dos acreedores), pues el acreedor posterior quiere que el deudor continúe explotando su negocio en dicho inmueble, hasta que mejore su fortuna y pueda pagarle ambos créditos, su crédito primitivo valista y el crédito en el que se ha subrogado, caucionado con la hipoteca.

Nº 2: Comprador de un inmueble que pagó a los acreedores hipotecarios.

Se requieren dos condiciones:

- i.- Que el tercero que pague haya comprado un inmueble hipotecado.
- ii.- Que el pago se haga al acreedor hipotecario de la finca.

Como explica Arturo Alessandri, este caso corresponde a una situación muy curiosa. Para explicarlo, proporciona el siguiente ejemplo: Pedro compra en un remate judicial un inmueble, sobre el cual pesaban cuatro hipotecas. Ocurre que de éstas, sólo tres se purgaron (conforme a lo dispuesto en el art. 2428 del Código Civil y en el art. 492 del Código de Procedimiento Civil), subsistiendo la cuarta, por cualquier causa (porqué no se notificó al acreedor hipotecario, por ejemplo). Con posterioridad, estando ya el inmueble en el patrimonio del adjudicatario, el acreedor hipotecario cuya hipoteca subsistió, demanda al actual propietario, momento en el cual las hipotecas que éste pago reviven en él y deben pagárseles cuando se verifique el remate. Agrega Alessandri que estamos ante una situación anormal, porque un individuo es acreedor hipotecario de su propia propiedad. Concluye el autor citado: “Evidentemente, no es acreedor hipotecario ni tiene interés en serlo, mientras el inmueble está en su poder. Pero la subrogación presenta interés y tiene utilidad cuando al actual poseedor se le viene a desposeer o a causar una evicción en el inmueble, porque entonces las hipotecas que estaban en estado latente, reviven y el poseedor, invocando los créditos hipotecarios como subrogados en las hipotecas que pagó se paga de ellas cuando la propiedad se saque a remate.”⁹

⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Nº 1.520, pp. 231-233.

⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de Las Obligaciones*, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Santiago, 1988, pp. 390 y 391.

En este caso de subrogación, -como señala Hernán Larraín-, todos están de acuerdo en que el comprador del inmueble hipotecado sucede a los acreedores hipotecarios en las hipotecas que ellos tenían, sin necesidad de inscribir dichas hipotecas a su nombre. Más aún, nuestra jurisprudencia ha resuelto que, aunque a consecuencia de haberse pagado a los acreedores hipotecarios por el comprador se cancelen las hipotecas inscritas, éste siempre puede invocar dichas hipotecas, que ya no aparecen inscritas.¹⁰

Estaríamos entonces ante hipotecas “virtuales”, que aun habiéndose extinguido, se reconocen para los efectos de la subrogación y respectiva preferencia.

Nº 3: Pago de una deuda a la que se está obligado solidaria o subsidiariamente.

El fiador que paga satisface una obligación íntegramente ajena y se subroga en los derechos del acreedor en contra del deudor principal por el total de lo pagado (art. 2372). Si son varios los fiadores, la obligación se divide entre ellos por iguales partes (art. 2378).

En cambio, la subrogación en favor del codeudor solidario tiene lugar de acuerdo al art. 1522: es el interés de los codeudores en el negocio lo que determina los términos de la subrogación.

Nº 4: Heredero beneficiario que paga deudas de la herencia con dineros propios.

Es necesario:

- i.- Que el que paga sea un heredero que goza del beneficio de inventario (art. 1247).
- ii.- Que el pago se haga con dineros provenientes del patrimonio propio del heredero.

El heredero se convierte en acreedor de la sucesión. Como dice Larraín, pasa a concurrir en la sucesión del difunto como heredero y como acreedor.¹¹

Nº 5: Pago de una deuda ajena con el consentimiento del deudor.

Aquí, el tercero en realidad es un mandatario del deudor. El consentimiento del deudor puede ser expreso o tácito (art. 2123).

Nº 6: En favor de aquel que presta dinero para el pago.

En este caso la subrogación *es solemne*.

Condiciones requeridas:

- i.- Que un tercero preste dinero al deudor para el pago.
- ii.- Que se deje constancia en la escritura pública del préstamo que el dinero prestado se destina al pago de la obligación. Se trata por ende de un contrato de mutuo que es solemne.
- iii.- Que se deje constancia en la escritura pública de cancelación que debe otorgarse, que el pago se ha hecho con el dinero prestado.

El art. 1613 se pone en el caso de que varias personas hayan prestado dinero al deudor para que éste pague su deuda, advirtiéndole que no habrá preferencia entre aquellas: “Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones”.

3.2. Subrogación convencional.

¹⁰ Larraín Ríos, Hernán, *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago, LexisNexis ConoSur, 2002, p. 365.

¹¹ Larraín Ríos, Hernán, *ob. cit.*, p. 367.

Si el pago lo realiza un tercero sin el conocimiento o consentimiento del deudor, no se entiende subrogado por el ministerio de la ley, ni puede exigir al acreedor a que le subroge. La subrogación sólo podrá producirse convencionalmente.

Los requisitos son los siguientes (art. 1611):

- i.- Que el pago se haga por un tercero ajeno a la obligación y con fondos propios.
- ii.- Consentimiento del acreedor (la voluntad del deudor no juega ningún papel).
- iii.- Que la subrogación tenga lugar en el momento del pago y que conste en la carta de pago o recibo que el acreedor otorgue al que pagó.
- iv.- Que se cumplan las normas de la cesión de créditos: por lo tanto, la subrogación no se perfecciona entre subrogante y subrogado sino con la entrega del título de crédito y respecto del deudor y terceros con la notificación o aceptación del deudor (artículos 1901 a 1904).

4.- Efectos de la subrogación.

La subrogación legal como la convencional producen los mismos efectos señalados en el art. 1612.

El subrogado ocupa el lugar del acreedor y adquiere sus derechos, con todos sus accesorios. El sujeto activo de la obligación cambia, pero la obligación permanece idéntica.

En el sistema de nuestro Código, no cabe duda de que pasa al subrogado el crédito mismo del subrogante. Así se desprende claramente de los artículos 1611, 1612 y 2470.

5.- Subrogación parcial.

La subrogación es parcial, si el acreedor también recibe un pago parcial de su crédito.

Producida la subrogación parcial, el crédito pertenecerá, en parte al primitivo acreedor y en parte al subrogado, hasta concurrencia de lo pagado.

Pero el acreedor primitivo tiene derecho a pagase preferentemente al acreedor nuevo: art. 1612, inc. 2°.

Se trata de una preferencia especial, que sólo se invoca respecto de un acreedor determinado, a diferencia de las preferencias contempladas en los arts. 2465 y siguientes del Código Civil.

6.- Diferencia entre el pago efectivo y el pago con subrogación.

El pago efectivo extingue la obligación de una manera absoluta, erga omnes; por eso no se le llama simplemente “pago” sino “pago efectivo”; se extingue efectivamente el vínculo obligatorio.

El pago con subrogación, por su parte, extingue la obligación de una manera “relativa”, no extingue la deuda erga omnes, sino sólo respecto del acreedor que recibió el pago. La deuda continúa vigente entre el deudor y el subrogado que ocupa el lugar del acreedor. Sólo cambia la persona del acreedor.

7.- Diferencias entre el pago con subrogación y la novación.

a) La novación opera entre otras formas, por el cambio del acreedor. Pero la obligación que media entre el nuevo acreedor y el deudor es totalmente distinta de la que mediaba entre éste y el acreedor primitivo. En otras palabras, en la novación cambia el acreedor y cambia también la obligación.

En cambio, en el pago con subrogación, la obligación entre el deudor y el subrogado es la misma: varía el acreedor pero no cambia la obligación. La diferencia apuntada tiene capital importancia respecto de todos los privilegios, hipotecas y accesorios de la obligación primitiva, que subsisten mediando pago con subrogación (art. 1612) y se extinguen mediando novación, por regla general (artículos 1640 a 1645).

b) En la novación por cambio de acreedor, se requiere de tres voluntades: la del deudor, la del acreedor primitivo y la del nuevo acreedor; en cambio, en el pago con subrogación legal, sólo se requiere de la voluntad del nuevo acreedor. Si estamos ante el pago con subrogación convencional, será necesaria la voluntad del acreedor primitivo y la del nuevo acreedor.

8.- Paralelo entre el pago con subrogación y la cesión de créditos.

Como se trata de instituciones muy semejantes, es necesario precisar sus diferencias.

En cuanto a sus semejanzas:

- a) En ambos opera un cambio de acreedor y continúa vigente la obligación, teniendo ahora como sujeto activo al subrogado y al cesionario.
- b) El cesionario y el subrogado adquieren el crédito con todos sus accesorios, privilegios e hipotecas (arts. 1906 y 1612).
- c) La subrogación convencional se sujeta a las reglas de la cesión de créditos.

En cuanto a sus diferencias:

- a) La cesión de créditos supone siempre un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el cesionario y le sirve de título un contrato de compraventa, donación, etc.

Respecto del pago con subrogación, hay que distinguir según se trata de subrogación legal o convencional. La subrogación legal no requiere la voluntad del acreedor y se produce aún contra esa voluntad. La subrogación convencional sí requiere del consentimiento del acreedor.

- b) En la cesión de créditos, el cesionario tendrá los derechos que se le hayan cedido. En cambio, en el pago con subrogación, el subrogado tendrá las acciones y derechos del acreedor, además de las que le correspondan por derecho propio en virtud del mutuo, la fianza, el mandato o la agencia oficiosa, según el caso.

c) La cesión de créditos es siempre solemne (el art. 1903 indica las solemnidades). Tratándose del pago con subrogación, no lo es en el caso de la subrogación legal, por regla general (sí lo será en el caso del N° 6 del art. 1610); y sí lo es en el caso de la subrogación convencional.

- d) Si el crédito se cede parcialmente, el cesionario y el acreedor que mantiene una parte del crédito, se encuentran en igualdad de condiciones frente al deudor (sin perjuicio que el porcentaje del crédito del que sean titulares puede ser diverso).

En el pago con subrogación legal, el primer acreedor tiene derecho a pagarse preferentemente por el saldo de su crédito.

e) En la cesión a título oneroso, el cedente contrae la responsabilidad convenida y en todo caso, se hace responsable de la existencia del crédito (art. 1907). Por eso se dice que el cesionario tiene contra el cedente una acción de garantía. Se explica lo anterior, porque en este caso lo que hay es una venta del crédito.

En la subrogación no hay tal acción de garantía, pues no se trata de una venta del crédito. Con todo, si no existe el crédito o si éste era inferior al monto pagado, el subrogado podrá demandar al subrogante por pago de lo no debido.¹²

D) PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

1.- Concepto.

Constituye una excepción a la regla general, en virtud de la cual el pago debe ser total y el acreedor no está obligado a recibir un pago parcial.

Se define en el art. 1625: “Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta sustentación, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna”.

El acreedor se encuentra obligado a aceptar del deudor que goza del beneficio de competencia, un pago parcial, con deducción de lo necesario para procurarse el deudor una modesta subsistencia. El juez deberá determinar la suma adecuada para la congrua subsistencia del deudor.

2.- Quienes gozan del beneficio de competencia.

El art. 1626 los señala:

“El acreedor es obligado a conceder este beneficio:

1º. A sus descendientes o ascendientes; no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación;

2º. A su cónyuge; no estando separado judicialmente por su culpa;

3º. A sus hermanos; con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes;

4º. A sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;

5º. Al donante; pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida;

6º. Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo”.

Cabe señalar que el beneficio de competencia y el derecho de alimentos son incompatibles. Así lo dispone el art. 1627.

¹² Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.513, p. 224.

3.- Efectos del beneficio de competencia.

Estamos ante un pago parcial, que deja subsistente la obligación en la parte insoluta: art. 1625. Se trata de una excepción-según ya se expresó-, a la regla general del art. 1591, en virtud de la cual el pago debe ser íntegro.

IV.- LA DACION EN PAGO

1.- Concepto.

Es un modo de extinguir las obligaciones que consiste en la prestación de una cosa o la ejecución o abstención de un hecho diversos de los debidos, con el consentimiento del acreedor.

Como principio general, las obligaciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida (art. 1545); el acreedor no está obligado a recibir una cosa distinta de la debida, ni siquiera a pretexto de ser ésta cosa distinta de igual o mayor valor que la debida (art. 1569).

Nada impide sin embargo, que el acreedor acepte que se le pague con una cosa diferente. La dación en pago es el resultado de una convención entre el deudor y el acreedor que permite al primero liberarse de la ejecución de una prestación diferente de la obligación convenida.

Cabe precisar que la dación en pago no debe confundirse con el pago por equivalencia, que opera muy excepcionalmente, cuando la ley lo autoriza, y que no requiere consentimiento del acreedor (por ejemplo, en las obligaciones modales, art. 1093).

2.- Requisitos de la dación en pago.

No están señalados taxativamente por la ley, de manera que debemos deducirlos de los principios generales.

- a) Que exista una obligación destinada a extinguirse, civil o natural; de lo contrario, la dación en pago carecería de causa.
- b) Que haya una diferencia entre la prestación debida y la que el deudor realiza. De lo contrario estaríamos ante el pago.
- c) Que el acreedor consienta.
- d) Que el deudor sea capaz de enajenar y dueño de la cosa, cuando la dación en pago se traduce en dar una cosa (rigen las reglas del pago del art. 1575 y también el art. 670 que define la tradición).
- e) Que se haga con las solemnidades legales, cuando corresponda (por ejemplo, dar en pago un inmueble, otorgando la respectiva escritura pública).

3.- Naturaleza jurídica de la dación en pago.

La mayor parte de la doctrina ve en la dación en pago *una novación por cambio de objeto*.

La novación es la sustitución de una antigua obligación por una nueva, extinguiéndose consecuentemente la primera. Por la dación en pago se extingue una obligación para dejar lugar a otra obligación que tiene por objeto la cosa dada en pago.

La nueva obligación está destinada a extinguirse de inmediato, pero aunque la nueva obligación tenga una vida fugaz, no altera la naturaleza jurídica de la operación.

En síntesis, en la dación en pago se extingue la obligación que el deudor tenía contraída, se crea una nueva obligación que tiene por objeto la cosa dada en pago y esta nueva obligación se extingue apenas nacida.

A esta tesis de la novación, adhiere Alessandri, quien expresaba al efecto: “si bien esta nueva obligación que recae sobre la cosa que el deudor ofrece en pago, ha vivido sólo un instante, un minuto si se quiere, el instante en que se efectúa el pago y la entrega de esa misma cosa; pero el hecho de que esta nueva obligación que viene a reemplazar a la antigua haya vivido un instante, no altera la naturaleza jurídica de la operación, ni obsta para que sea una verdadera novación por cambio de objeto.”¹³

El problema de la naturaleza jurídica de la dación en pago, se ha planteado respecto de *la eventual evicción* de la cosa dada en pago y la obligación estaba caucionada.

Para la doctrina que considera la dación en pago como una novación por cambio de objeto, las consecuencias en caso de evicción, son las siguientes: la evicción sobreviniente no puede revivir el primitivo crédito, extinguido irrevocablemente al verificarse la dación en pago. El acreedor evicto sólo tiene derecho para que el deudor le indemnice los perjuicios que la privación de la cosa le ocasione. Su derecho no tiene garantías de ninguna clase, porque las prendas, hipotecas, fianzas, etc., que caucionaban el crédito primitivo se extinguieron junto con éste.

Se cita en esta materia el art. 2382 de la fianza, que parecería confirmar la tesis que reputa la dación en pago una verdadera novación. Dispone esta norma: “Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto”.

No hay unanimidad en la doctrina. Ramón Meza Barros *no* ve en el caso del art. 2382 una confirmación de la doctrina de la novación, señalando:

a) La disposición expresa que se extingue irrevocablemente la fianza, no la obligación principal. La extinción de la fianza no significa necesariamente que haya novación: art. 1647.

b) El art. 2382 más bien sugiere la idea contraria: aunque como consecuencia de la evicción renaciera el crédito primitivo, no renacería la fianza, porque el fiador ha quedado irrevocablemente liberado con la dación en pago.

c) La disposición no tiene más justificación que el propósito de proteger al fiador, quien no puede resultar perjudicado por los arreglos entre acreedor y deudor: la dación en pago le

¹³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho Civil, segundo año. Teoría de las Obligaciones*, p. 382, citado por Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.672, pp. 367 y 368.

habría privado de la oportunidad de pagar al acreedor mientras el deudor era solvente y de repetir en su contra.¹⁴

La opinión tradicional de la doctrina francesa (Pothier), anterior al Código Civil de Napoleón, vio en la dación en pago *una modalidad del pago*, por derogación de la regla que obliga al deudor a ejecutar estrictamente lo debido. No hay novación en consecuencia. Para esta doctrina, la novación supone esencialmente la creación de una obligación nueva que sustituye a la antigua, mientras que en el caso de la dación en pago el acreedor no ha tenido más que un crédito. El deudor no contrae ninguna nueva obligación: sólo obtiene del acreedor el permiso para liberarse de su obligación mediante una prestación diversa de la debida.

Luis claro solar es partidario de esta segunda doctrina, señalando que la dación en pago en su sentido estricto no importa novación, porque no se realiza con intención de substituir a una obligación antigua, sino simplemente de efectuar un pago.¹⁵

Respecto del art. 2382, se dice por esta doctrina que es especial o exclusivo de la fianza, dictada para proteger al fiador.

Consecuencias de esta doctrina en caso de evicción: se aplican las mismas reglas que al pago. Si el acreedor sufre evicción de la cosa dada en pago, cosa que resulta no ser del deudor sino de un tercero que la reclama, la dación en pago no habría sido eficaz para extinguir la obligación.

El acreedor que sufre evicción podría ejercitar las acciones de que disponía según el crédito primitivo y valerse de las garantías que lo aseguraban. Excepcionalmente la regla no rige para la fianza, en virtud de un texto legal expreso.

Cabe advertir que en el Derecho nacional, en los últimos años la dación en pago ha sido tratada como *una modalidad del pago* y no como una novación. En efecto, dispone el art. 1792-22, en relación al régimen de participación en los gananciales, que “Los cónyuges, o sus herederos, podrán convenir daciones en pago para solucionar el crédito de participación en los gananciales. / Renacerá el crédito (...), si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo”.

4.- Paralelo entre la dación en pago, la obligación facultativa y la novación.

Como señala René Ramos Pazos¹⁶, la dación en pago presenta semejanzas con las obligaciones facultativas y con la novación. Sin embargo, es posible distinguir entre cada una de estas figuras:

- a) Puede ocurrir que el deudor se obligue a pagar transfiriendo al acreedor una cosa determinada en el plazo de 30 días, pero facultándolo, al momento de celebrar el contrato, para extinguir su obligación con otra cosa, que se designa. En este caso, nos encontramos ante una obligación facultativa (art. 1505).
- b) Puede ocurrir que el deudor se obligue a pagar transfiriendo al acreedor una cosa determinada en el plazo de 30 días, pero al vencimiento del plazo, el primero le ofrece al

¹⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 593, pp. 423 y 424.

¹⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.672, p. 371.

¹⁶ Ramos Pazos, René, *De las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 390.

segundo una cosa distinta a la originalmente adeudada, lo que el acreedor acepta. Se trata de una dación en pago (art. 1569, inc. 2º, interpretado *a contrario sensu*).

c) Puede ocurrir que el deudor se obligue a pagar transfiriendo al acreedor una cosa determinada en el plazo de 30 días, pero antes del vencimiento del plazo, el primero le ofrece al segundo satisfacer la obligación, cuando se cumpla el plazo, con una cosa distinta a la originalmente adeudada, lo que el acreedor acepta. En este caso, la obligación primitiva –pagar por ejemplo una suma de dinero–, se extingue, sustituyéndose por una nueva obligación –pagar con un automóvil–, operando entonces una novación objetiva, por cambio de objeto, según se estudiará seguidamente. Nótese que la petición del deudor se hizo antes del vencimiento del plazo, el que se mantuvo inalterable, porque si se hubiere hecho al vencimiento del mismo, habría operado una dación en pago.

V.- LA NOVACIÓN

Se refiere a ella el Código Civil en el Título XV del Libro IV, arts. 1628 a 1651.

1.- Concepto y naturaleza jurídica: art. 1628.

Dispone el precepto que “La novación es la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”.

Una nueva obligación sustituye a la antigua, la que se extingue, y por ello la novación es un modo de extinguir las obligaciones. Pero al mismo tiempo, se crea una nueva obligación, y por ello el art. 1630 alude al “contrato de novación”.

La novación entonces, es una operación con una doble finalidad, extintiva y creadora de obligaciones (lo mismo podemos decir acerca de la transacción, aunque en este caso, el Código la trata como contrato, sin perjuicio de mencionarla en el art. 1567 N° 3, al enumerar los modos de extinguir las obligaciones).

2.- Requisitos de la novación.

- a) Existencia de una obligación destinada a extinguirse
- b) Una nueva obligación que reemplaza a la anterior
- c) Diferencia sustancial entre ambas obligaciones
- d) Capacidad para novar
- e) Intención de novar o “animus novandi”.

- a) Existencia de una obligación destinada a extinguirse.

La nueva obligación tiene como razón de ser la anterior que se extingue. La obligación primitiva debe ser válida; la nulidad de la primera obligación invalida igualmente la novación: este es el principio general.

Sin embargo, para resolver con precisión las consecuencias de la nulidad de la primitiva obligación debemos examinar las causas que determinan la nulidad.

En efecto, las obligaciones naturales señaladas en los números 1 y 3 del art. 1470, pueden ser novadas, no obstante adolecer de nulidad. Art. 1630.

Por otra parte, si la obligación es nula relativamente, la novación puede importar una ratificación tácita (art. 1695).

El art. 1633 establece una lógica consecuencia de los principios enunciados, al aludir a una obligación condicional. La convención indicada en el inciso 2º, no importa novación: crea una obligación pero no extingue una anterior que no llegó a nacer.

b) Creación de una nueva obligación.

La nueva obligación debe ser válida a lo menos naturalmente: artículo 1630.

Si la nueva obligación es condicional, subordinada a una condición suspensiva, no hay novación mientras no se cumpla la condición; si la condición falla, no habrá novación en definitiva: art. 1633.

c) Diferencia sustancial entre ambas obligaciones.

La diferencia debe referirse a los elementos esenciales de la obligación, acreedor, deudor, causa y objeto debido. Tales son las formas que puede revestir la novación: art. 1631.

Si la diferencia se refiere a elementos secundarios o accidentales de la obligación, como el lugar y la época del pago, no importa novación.

d) Capacidad para novar

El acreedor debe ser capaz de disponer de los derechos que tenía en virtud de la obligación original, porque la novación implica para él una renuncia de tales derechos. No basta entonces con que tenga capacidad de ejercicio, sino que además debe tener facultad para disponer de su crédito. Por ello, si el crédito se encontraba embargado, la novación será nula (artículo 1464, N° 3).

Desde el punto de vista del deudor, dado que la novación crea una obligación nueva es un contrato, y el deudor, por ende, debe ser capaz de celebrarlo y contraer la obligación que de él emane. Sin embargo, como el contrato de novación debe ser válido a lo menos naturalmente, pueden novar los relativamente incapaces que tienen suficiente juicio y discernimiento (se trataría sólo de los menores adultos, a juicio de algunos, o de aquellos y los disipadores interdictos, a juicio de otros: art. 1470, N° 1). Por lo tanto, basta que el deudor sea capaz de contraer una obligación natural.

La novación puede ser hecha por medio de mandatario (art. 1629). Sin embargo, debe tener especial facultad para ello o la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda.

e) Animo de novar.

El hecho que una persona obligada contraiga una nueva obligación no supone naturalmente que su propósito sea sustituir la primera obligación por la segunda.

Tal propósito debe ser manifestado por las partes, de una manera clara y cierta; de lo contrario, ambas obligaciones existirían paralelamente. La manifestación de este ánimo de novar puede ser expresa o tácita. Es expreso el ánimo de novar cuando las partes formal o explícitamente lo manifiestan; es tácito, cuando es imposible que ambas obligaciones coexistan, y por lo tanto, la nueva obligación envuelve la extinción de la anterior. Así, por

ejemplo, si Pedro debe a Juan treinta millones de pesos por un saldo de precio de una compraventa y convienen las partes en la misma escritura que da cuenta del citado contrato que el primero puede retener la suma a título de mutuo, obligándose a pagar al segundo dicha cantidad en diez cuotas mensuales de tres millones de pesos con más cierto interés, tácitamente habrá operado una novación –por cambio de causa en este caso-, aunque las partes no lo declaren así. Como expresa Claro Solar, “En la novación *tácita* las partes no declaran su intención de novar; pero esa intención aparece indubitadamente, porque la obligación nueva que nace del contrato de novación es, por su naturaleza misma, extintiva de la obligación primitiva que pasa a subrogar”.¹⁷ Lo mismo podría ocurrir en el caso de una novación por cambio de objeto debido. En cambio, el ánimo de novar debe ser expreso cuando opera por cambio de deudor: art. 1635. El hecho de que otra persona se constituya deudor no implica necesariamente ánimo de novar, porque el tercero podrá obligarse como fiador o codeudor solidario o incluso ser un simple diputado para el pago.

El “animus novandi” es esencial en la novación. Dispone el art. 1634: “Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua. / Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera”.

3.- Formas de la novación.

a) Formas: art. 1631, la novación puede efectuarse de tres modos:

- i.- Sustituyéndose la causa o el objeto de la obligación;
- ii.- Sustituyéndose al acreedor;
- iii.- Sustituyéndose al deudor;

En el primer caso cambia la obligación pero permanecen las mismas partes; como generalmente el cambio se refiere al objeto de la obligación se le denomina *novación objetiva*.

En los otros dos casos, el cambio incide en el sujeto activo o pasivo de la obligación y se habla de *novación subjetiva*.

b) Novación objetiva: art. 1631, N° 1.

Puede revestir dos formas:

- b.1) Novación por cambio de objeto.
- b.2) Novación por cambio de causa.

b.1) Novación por cambio de objeto.

Para que haya novación es necesario que el deudor se obligue a ejecutar una prestación distinta a la convenida, vale decir, que el objeto de la obligación cambie.

La transformación que experimente el objeto de la obligación ha de ser sustancial, de manera que no hay novación si la prestación debida se mantiene en lo esencial, alterándose sólo circunstancias secundarias o accesorias.

¹⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.714, pp. 418 y 419.

Por tanto, no hay novación si las partes se limitan a constituir una garantía, suprimen una existente, modifican la forma o lugar de pago, etc.

Sí habrá novación, por ejemplo, cuando el deudor se obligó primero a pagar en un plazo de 6 meses la suma de \$10.000.000.-, y cuando han transcurrido 3 meses desde la celebración del contrato que originó la deuda, las partes convienen que cuando ésta se haga exigible, el deudor pagará transfiriéndole al acreedor un automóvil de cierta marca, modelo, año, etc. Nótese que la estipulación debe operar *antes* del pago, pues si opera al realizarse éste, aceptando en ese momento el acreedor una cosa distinta a la que primitivamente se había comprometido el deudor, no estaremos ante una novación, sino ante una dación en pago.

En los siguientes casos, no habrá novación:

i.- El art. 1648 se refiere a la mutación del lugar del pago, quedando en claro que no hay novación: “La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen”.

ii.- Los arts. 1649 y 1650 aluden a la prórroga y reducción del plazo, casos en los cuales tampoco hay novación.

Dispone el art. 1649: “La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”.

No habrá novación, pero al cumplirse el plazo primitivo, *los terceros* que hubieren otorgado cauciones, sean ellas personales o reales, dejarán de estar obligados, a menos que consientan en la ampliación del plazo. Se explica lo anterior, porque el tercero se obligó accesoriamente conforme a un cierto horizonte de tiempo. Si las partes acreedora y deudora acuerdan ampliar dicho plazo, tal pacto no puede afectar al tercero.

Establece el art. 1650: “Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado”.

En este caso, tampoco habrá novación, pero es evidente que la reducción del plazo no puede afectar a los terceros que acceden a la obligación. Ellos se obligaron bajo el entendido que los amparaba una modalidad en virtud de la cual el acreedor no podía exigir el pago sino una vez transcurrido cierto plazo. Debe respetarse dicho plazo de que gozan los terceros.

iii.- En el mismo sentido, el art. 1646 deja en claro que el aumento o disminución de la cantidad, género o especies debidas, tampoco importa novación: “Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen”.

El precepto nos parece que incurre en un error, al aludir a la *segunda* y a la *primera* obligación, pues si no hay novación, la obligación es una sola.

El art. 1646 plantea tres hipótesis: añadir o quitar una especie, género o cantidad. Así, por ejemplo:

- i) El deudor debe originalmente la pintura “Paseo Atkinson”, de Alfredo Helsby. Posteriormente, acuerdan las partes añadir a la obra citada, una segunda, “Santiago nevado”, del mismo artista.
- ii) El deudor debe originalmente diez toneladas de trigo, y, posteriormente, acuerdan las partes añadir otras cinco toneladas.
- iii) El deudor debe originalmente cincuenta millones de pesos, y, posteriormente, acuerdan que la suma debida asciende a sesenta millones de pesos.

En estos casos, no hay novación, pero queda limitada la responsabilidad de los fiadores y de los codeudores solidarios: no responderán por aquello que pueda *añadirse* a la obligación.

Por cierto, si en los tres casos las partes convinieren en *quitar* una especie, género o cantidad, tampoco habrá novación, favoreciendo el pacto a los fiadores y codeudores solidarios, pues ahora estarán obligados a menos.

iv.- Tratándose de la estipulación de una cláusula penal, es necesario hacer algunas precisiones. El art. 1647 regula la materia: “Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal”.

Es importante aclarar que el art. 1647 se pone en el caso de que la pena se pacte *después* de haberse originado la obligación principal. Por ello es que el legislador se vio en la necesidad de aclarar la situación y determinar en qué caso no hay novación y en cual sí la hay.

Debemos distinguir entonces:

- i) Si son exigibles la obligación primitiva y la pena, no hay novación.

Así, por ejemplo, el deudor debe a su acreedor un camión avaluado por las partes en setenta millones, que debe entregar el 1 de mayo. Las partes convienen después en que por cada día de mora en la entrega, el deudor, además, deberá pagarle a su acreedor la suma de cien mil pesos. En este caso, la circunstancia de que el acreedor demande el camión y además cierta suma por la *pena moratoria*, no supone en ningún caso que haya operado novación y que se extinga la obligación primitiva.

En este caso, subsistirán los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas, como también la solidaridad.

- ii) Si sólo es exigible la pena: hay novación desde que el acreedor reclama el pago de la pena.

En el mismo ejemplo, las partes podrían convenir que, en el evento de que el deudor no haga entrega del camión el día 1 de mayo, el acreedor quedará facultado para cobrar, *en lugar* de la cosa debida, la suma de cien millones de pesos. *Aquí la pena es compensatoria.*

En este caso, no subsistirán los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas, como tampoco la solidaridad. Es lógico, pues lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, y

todas estas obligaciones accesorias accedían a una obligación consistente en la entrega de un camión, no en el pago de cien millones de pesos.

b.2) Novación por cambio de causa

Hay novación en este caso, cuando permaneciendo invariable el objeto debido, cambia la causa de la obligación.

Por ejemplo, quien debe pagar una suma como precio de una compraventa, acuerda con su acreedor que puede retener dicha cantidad en calidad de mutuario. Para estos efectos, en la misma compraventa, el comprador suscribe un pagaré en favor del vendedor, con expreso ánimo de novar, obligándose a pagarle al segundo cierta suma en determinado plazo. En tal caso, la obligación de pagar el precio de la compraventa se ha extinguido por novación, naciendo una nueva obligación, cuya causa no es dicho contrato de compraventa, sino un mutuo, documentado en el citado pagaré. No hay novación objetiva por cambio de objeto, porque se debe lo mismo –una suma de dinero-, pero sí hay novación objetiva por cambio de causa, pues la causa jurídica en virtud de la cual el deudor está obligado al pago, no es un contrato de compraventa, sino uno de mutuo. En el caso planteado, la novación será muy útil, pues con ella, desaparece la condición resolutoria pendiente, de manera que los terceros que adquieran la cosa, no se verán expuestos a perder su dominio, por aplicación de los arts. 1490 y 1491, ya estudiados en las obligaciones sujetas a condición resolutoria.

c) Novación subjetiva.

Puede revestir dos formas:

c.1) Novación por cambio de acreedor;

c.2) Novación por cambio de deudor.

c.1) Novación por cambio de acreedor: art. 1631, N° 2.

Ocurre cuando el deudor contrae una nueva obligación para con un tercero, declarándole libre el acreedor de la primitiva obligación.

El objeto debido es el mismo y uno mismo el deudor, cambia sólo la persona del acreedor.

Deben concurrir los siguientes requisitos:

i.- Que el deudor consienta en obligarse para con el nuevo acreedor. En algunos casos, el deudor puede quedar obligado para con un tercero, sin su consentimiento, por una cesión del crédito o a consecuencia de una subrogación.

Pero en estos casos, la obligación no varía y por ende no hay novación: art. 1632, inc. 2°.

ii.- Que el acreedor primitivo consienta en dar por libre al deudor. El acreedor podrá verse privado de su crédito sin su consentimiento, como ocurre en el pago con subrogación legal, pero jamás en la novación por cambio de acreedor.

iii.- Que consienta el nuevo acreedor: ello, porque nadie puede ser obligado a adquirir derechos, sin que medie su consentimiento.

Puede observarse que en la novación por cambio de acreedor, se requiere de tres voluntades: la del deudor, la del acreedor primitivo y la del nuevo acreedor; en cambio,

tratándose de la cesión de un crédito, sólo se exigen dos voluntades: la del acreedor primitivo y la del nuevo acreedor; finalmente, en el pago con subrogación legal, sólo se requiere de la voluntad del nuevo acreedor.

Lo mismo ocurre en la cesión de un crédito y en el pago con subrogación. En ambos casos, se requiere consentimiento del nuevo acreedor.

c.2) Novación por cambio del deudor: art. 1631, N° 3.

Tiene lugar cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia, queda libre. El deudor se libera de la obligación, que otro contrae.

Deben concurrir los siguientes requisitos:

i.- Que el acreedor consienta en liberar al primitivo deudor: art. 1635. Si el acreedor no libera al deudor primitivo según las circunstancias, el nuevo deudor será un fiador, un codeudor solidario o un simple diputado para el pago.

ii.- Que consienta el nuevo deudor.

Si no consiente, no hay novación y eventualmente podría haber cesión de acciones, en el caso que el deudor primitivo sea acreedor del nuevo deudor: artículo 1636. Así, por ejemplo, Juan debe \$5.000.000.- a Pedro, y en lugar de pagarle tal suma, le cede la acción que tiene en contra de María, por la misma suma. Ésta será ahora deudora de Pedro, pero no por novación por cambio de deudor, pues ella no consintió en tal sustitución.

La novación por cambio de deudor no requiere el consentimiento del primitivo deudor: art. 1631, N° 3, inc. 2°. Esta regla es consecuencia del principio consignado en el art. 1572, que permite pagar a cualquier persona, sin consentimiento e incluso contra la voluntad del deudor. En todo caso, nada impide que la novación se verifique con el consentimiento del deudor primitivo. Se denomina entonces *delegación*. Si por el contrario no interviene el consentimiento del primitivo deudor, la operación se denomina *expromisión*.

La *delegación* puede ser *perfecta* o *imperfecta*. La delegación perfecta tiene lugar cuando el acreedor consiente en dar por libre al primitivo deudor y produce novación. La delegación imperfecta tiene lugar cuando el acreedor no consiente en liberar al primer deudor (aquí no hay novación). En la *expromisión*, cuando el acreedor libera al primitivo deudor, pero éste nada dijo, se produce novación; en caso contrario, si el acreedor no liberó al primitivo deudor ni éste expresó su voluntad, no hay novación y recibe tal figura el nombre de *adpromisión*.

En síntesis:

Producen novación:

i.- La *delegación perfecta* (que supone voluntad del acreedor, del nuevo deudor y del deudor primitivo).

ii.- La *expromisión* (que supone voluntad del acreedor y del nuevo deudor, aunque no la del deudor primitivo).

No producen novación:

i.- La *delegación imperfecta* (hay voluntad del deudor primitivo y del nuevo deudor, pero no voluntad del acreedor).

ii.- La *adpromisión* (falta tanto la voluntad del acreedor como del deudor primitivo; sólo se manifiesta la voluntad del nuevo deudor).

En estos dos casos, el tercero será considerado como fiador, codeudor solidario o diputado para el pago.

4.- Efectos de la novación

La novación produce un doble efecto fundamental: extingue la obligación primitiva y crea una nueva obligación distinta de la anterior.

De tales efectos fundamentales se derivan las siguientes consecuencias:

- a) Extinguida la obligación se extinguen también los intereses, art. 1640.
- b) Se extinguen los privilegios inherentes a la antigua obligación, art. 1641.
- c) Se extinguen las prendas e hipotecas que caucionaban la obligación antigua, art. 1642, inc. 1º.
- d) Se extingue la responsabilidad de los fiadores y codeudores solidarios: art. 1645. En el mismo sentido, artículos 1519 y 2381, N° 3.

Nada impide sin embargo que las estipulaciones de las partes, con una excepción, modifiquen los efectos señalados. Por ende, pueden convenir que continúen debiéndose intereses, que las prendas e hipotecas subsistan para caucionar la segunda obligación; que la obligación nueva cuente con la garantía de los fiadores y codeudores solidarios que caucionaban la obligación extinguida. En todo caso, deberán consentir también los garantes que han constituido cauciones reales o personales.

Sin embargo, *los privilegios* de la primera obligación se extinguen irremediamente. El art. 1641 no autoriza la reserva. Ello, porque los privilegios son inherentes a los créditos y tienen su origen en la ley, y con excepción de la prenda, no pueden tener como fuente una convención.

Especial importancia tiene en este punto *la reserva de las prendas e hipotecas*. La ley la ha sometido a una rigurosa reglamentación.

- i.- Es necesario que acreedor y deudor convengan en ella expresamente: art. 1642, inc. 1º. La reserva debe ser contemporánea de la novación.
- ii.- Si los bienes prendados o hipotecados no pertenecen al deudor, se requiere el consentimiento del dueño: artículos 1642, inc. 2º; y 1643, inc. 2º
- iii.- Las prendas e hipotecas que se reservan sólo garantizan el primitivo monto de la obligación: art. 1642, inc. 3º.
- iv.- La última limitación es la del art. 1643, inc. 1º. En términos simples, la ley quiere decir que las prendas e hipotecas no pueden saltar de una propiedad a otra. El fundamento de la norma reside en el resguardo de los intereses de los otros acreedores hipotecarios del nuevo deudor; se pretende evitar que estos acreedores puedan perjudicarse. Por ej. suponiendo que la propiedad del primer deudor tiene una hipoteca de primer grado; y que la propiedad del segundo deudor tenga tres hipotecas. Si la primera hipoteca de la propiedad del primer deudor pudiera ser reservada, pasaría a ocupar el primer lugar en el inmueble del nuevo deudor, desplazando a las tres hipotecas constituidas sobre él, lo que irrogaría un evidente perjuicio para los demás acreedores hipotecarios del segundo deudor (art. 2477). En síntesis, la prenda y la hipoteca gravan determinados bienes y, como consecuencia del cambio de deudor, no pueden trasladarse a bienes de éste. No pasan las prendas e hipotecas de los bienes en que se constituyeron a los bienes del nuevo deudor.

En cuanto a los *efectos de la reserva*, hace excepción a los principios generales en orden a que las cauciones, accesorias de la obligación que se extingue, debieran extinguirse con ella. Mediando reserva, subsisten estas obligaciones accesorias, desaparecida la obligación principal, para asegurar la obligación nueva. Como consecuencia de la reserva, las mismas prendas e hipotecas que caucionaban la primitiva obligación caucionan la nueva obligación.

Cuando no es posible la reserva puede recurrirse a *la renovación* de las prendas e hipotecas: art. 1644. En realidad estamos simplemente ante la constitución de nuevas prendas e hipotecas.

Se ocupa la ley también de la eventual insolvencia sobreviniente del nuevo deudor. En la novación por cambio de deudor, los riesgos de la insolvencia del nuevo deudor son de cargo del acreedor: art. 1637.

Sin embargo la regla tiene dos excepciones:

- i.- Si en el contrato de novación se formuló una expresa reserva para el caso de insolvencia del nuevo deudor, el acreedor podrá accionar contra el deudor primitivo.
- ii.- Si la insolvencia del nuevo deudor era anterior a la novación y pública o conocida del deudor primitivo. En este segundo caso, se castiga la mala fe del deudor primitivo.

5.- La delegación.

a) Concepto: es la sustitución de un deudor a otro, con el consentimiento del primer deudor. Art. 1631, N° 3.

Lo que caracteriza esencialmente a la delegación es el hecho de que el nuevo deudor sustituya al antiguo con el consentimiento del primer deudor, quien toma la iniciativa en la operación, quien ha propuesto al acreedor que el otro deudor pase a ocupar su lugar. En cierto modo, hay una especie de mandato.

Cabe consignar que la delegación es uno de aquellos actos abstractos o carentes de causa, en lo que se refiere al vínculo que ahora existirá entre el delegado y el acreedor. No existe una causa entre ambos, sino que en las relaciones que el acreedor tenía con el delegante.

b) Personas que intervienen en la delegación: tres personas:

- i.- El delegante, o sea el primer deudor, el que toma la iniciativa del acto; es el primitivo deudor que propone al acreedor que acepte en su lugar un nuevo deudor.
- ii.- El delegado, o sea, el nuevo deudor, que juega un papel pasivo y que acepta la orden o accede a la petición que le impone o formula, respectivamente, el primer deudor.
- iii.- El delegatario, es decir, el acreedor respecto del cual va a operar la sustitución de un deudor por otro.

c) Delegación perfecta: requiere el consentimiento de todas las personas que intervienen:

- i.- Del delegante o primer deudor. Si no hay consentimiento, habrá expromisión, en cuyo caso, habrá novación de todas formas.
- ii.- Del delegado o nuevo deudor. De no haber consentimiento del delegado, habrá cesión de acciones pero no novación: art. 1636.
- iii.- Del delegatario o acreedor: art. 1635.

La delegación perfecta produce novación.

d) Delegación imperfecta: falta en ella el consentimiento del acreedor, concurriendo sólo el consentimiento del primitivo y del nuevo deudor: art. 1635.

No hay novación en este caso, y el acreedor podrá dirigirse indistintamente en contra del delegante y en contra del delegado.

e) Caso en que el delegado (o sea, el nuevo deudor) creía ser deudor del delegante (o sea, el primitivo deudor), sin serlo: art. 1638. El delegado debe cumplir la obligación para con el delegatario, pero tiene derecho a que el delegante le reintegre lo pagado.

f) Caso en que el delegante creía ser deudor y no lo era: art. 1639. Caso de pago de lo no debido.

i.- El delegado no está obligado a cumplir el encargo

ii.- Si el delegado pagó, extingue su obligación para con el delegante.

iii.- El delegante puede repetir contra el delegatario como si él mismo hubiera efectuado el pago indebido.

VI.- LA REMISIÓN

Se encuentra regulada en los artículos 1652 a 1654, Título XVI del Libro IV. El Código Civil la denomina indistintamente como "... remisión o condonación de una deuda" (art. 1652).

1.- Concepto.

El Código Civil no la define. Nuestra doctrina la ha definido en los siguientes términos: "La remisión o condonación es la renuncia gratuita que hace el acreedor en favor del deudor del derecho de exigir el pago de su crédito".¹⁸ O también: "En sentido estricto, se entiende por *remisión de la deuda*, el perdón o abandono gratuito del crédito hecho por el acreedor".¹⁹

La *gratuidad* es esencial, porque en caso contrario podremos estar ante una dación en pago, una transacción o una novación, por ejemplo.

Díez-Picazo se refiere a ella en los siguientes términos: "Bajo el nombre de condonación conoce nuestro Código Civil²⁰ aquellos casos en los cuales el acreedor manifiesta su voluntad de extinguir en todo o en parte su derecho de crédito, sin recibir nada en pago, ni a cambio. En la condonación aparece claramente una liberación del deudor sin satisfacción del acreedor".²¹

2.- Clases de remisión.

a) Voluntaria o forzada.

¹⁸ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 8ª edición, 1992, p. 448, N° 631.

¹⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.770, p. 470.

²⁰ Se refiere, por supuesto, al Código Civil español.

²¹ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, "Las Relaciones Obligatorias", 6ª edición, p. 637.

i.- Voluntaria: es lo normal, porque de ordinario no puede obligarse al acreedor a renunciar a su crédito.

ii.- Forzada: excepcionalmente en los procedimientos concursales regulados en la Ley N° 20.720, que conlleven la remisión parcial de los créditos. Así, el art. 255, referido al Procedimiento Concursal de Liquidación, establece: “Efectos de la Resolución de Término. Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación, se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación. / Extinguidas las obligaciones conforme al inciso anterior, el Deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales, salvo que la resolución señalada en el artículo precedente establezca algo distinto”.

Por su parte, el art. 268 de ésta Ley, dispone, respecto de un Procedimiento Concursal de Renegociación (aplicable a personas naturales), que una vez terminado el mismo, en virtud de un “Acuerdo de Ejecución”, se extinguirán los saldos insolutos por el solo ministerio de la ley: “Si el referido procedimiento hubiere finalizado en virtud de un Acuerdo de Ejecución, se entenderán extinguidos, por el solo ministerio de la ley, los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por la Persona Deudora respecto de los créditos parte de dicho acuerdo, a contar de la publicación de esta resolución en el Boletín Concursal” (inc. 2°).

b) Testamentaria o por acto entre vivos.

i.- Testamentaria: mediante un testamento e importa un legado (artículos 1128 a 1130). Se entiende revocada la remisión, sin embargo, si el testador cobra judicialmente su crédito o acepta el pago que se le ofrece.

ii.- Por acto entre vivos: importa una donación y se sujeta a las normas de las donaciones.

c) Total o parcial.

i.- Total: cuando el acreedor renuncia a su crédito íntegramente.

ii.- Parcial: cuando el acreedor renuncia sólo a una parte de sus derechos (art. 1395, inc. 3°). La remisión forzada necesariamente debe ser parcial.²²

d) Expresa o tácita.

i.- Expresa: cuando el acreedor, en forma explícita, libera al deudor de su obligación.

ii.- Tácita: cuando la remisión se desprende de la ejecución de ciertos actos por el acreedor, que ponen de manifiesto su voluntad de liberar al deudor.

3.- La remisión por acto entre vivos es una donación.

Se desprende lo anterior de los arts. 1397 (“... hace donación el que remite una deuda...”); 1653 (“La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita”); y 403 (“La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación”).

Consecuencias:

²² Meza Barros, René, ob. cit., p. 449, N° 632.

- a) Quien remite ha de tener capacidad de enajenación del crédito que condona: art. 1652 (art. 1388 en el mismo sentido). Lo anterior se explica, porque la remisión es un acto de *renuncia* a un derecho, y la renuncia es una de las clases de disposición (junto con el *abandono* y con la *enajenación*).
- b) El padre o la madre del menor sujeto a patria potestad y el guardador no pueden remitir créditos inmuebles de sus representados y para condonar créditos muebles requieren autorización judicial: arts. 255 y 402.
- c) No puede condonarse una deuda en favor de personas incapaces de recibir donaciones (arts. 1391 y 1392).
- d) La remisión puede revocarse por el acreedor por causa de ingratitud, es decir, por hechos ofensivos que harían al deudor indigno de sucederle (art. 1428). Tales conductas son, fundamentalmente, las señaladas en el art. 968 y siguientes.
- e) La remisión requiere de la insinuación, en los mismos términos que en las donaciones (art. 1401 y art. 1653).
- f) La remisión de créditos inmuebles debe otorgarse por escritura pública (art. 1400, inc. 2°).²³

Sin embargo, no estamos ante un *contrato* de donación. Desde ya, la remisión no *crea* derechos y obligaciones, sino que los *extingue*. Nos referiremos a la naturaleza jurídica de la remisión en el siguiente numeral.

4.- Naturaleza jurídica de la remisión.

Al efecto, debemos distinguir según si nos encontramos ante la remisión por acto entre vivos o por causa de muerte.

a) Remisión por acto entre vivos.

Según indicamos, la remisión por acto entre vivos es un tipo de donación, aunque no propiamente un contrato de donación. Ahora bien, ¿estamos ante un acto jurídico bilateral o unilateral? La mayoría de nuestra doctrina ha entendido que se trata de una convención. Así lo plantea Luis Claro Solar: “La remisión hecha por el acreedor solo es una simple oferta que el deudor debe aceptar: el acreedor puede revocarla o retirarla, mientras no se produzca la aceptación del deudor”.²⁴ La misma opinión formula Louis Jossierand: “La remisión de la deuda es un acto *convencional*; supone, además del consentimiento del acreedor renunciante, el del deudor beneficiario de la operación (...) un abandono unilateral sería platónico mientras no fuera aceptado por el deudor; es necesaria la concurrencia de dos para extinguir una obligación, lo mismo que, en principio al menos, se exige la concurrencia de dos para crearla”.²⁵ Misma opinión que sustenta René Ramos Pazos: “La remisión no es un simple acto de renuncia, pues en todo caso requiere de la aceptación del deudor. En efecto, si la remisión opera por un acto entre vivos, la ley la asimila a la donación al establecer el

²³ Meza Barros, René, ob. cit., p. 450, N° 633.

²⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., N° 1.771, p. 471.

²⁵ Jossierand, Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., 2008, p. 575, N° 936. I.

artículo 1653 que ‘está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos...’ Recordemos además que el artículo 1397 nos dice que ‘hace donación el que remite una deuda’. Luego el deudor tiene que aceptar la remisión y mientras ello no ocurra, y no se notifique al acreedor la aceptación, podrá éste revocarla a su arbitrio (art. 1412)”.²⁶

Como señala Ramos Pazos, “Una opinión distinta encontramos en el colombiano Guillermo Ospina, para quien la remisión es un acto unipersonal del acreedor dotado de sí mismo de la eficacia extintiva (...) Se funda para ello en lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil colombiano (igual al artículo 12 del nuestro). Para este autor la remisión es simplemente un acto de renuncia, que por ser acto unilateral, se perfecciona por la sola voluntad del acreedor. Señala que si un tercero puede extinguir aun en contra de la voluntad del deudor una obligación ajena pagándola (principio que reconoce nuestro art. 1572), no se ve la razón por la que el deudor tuviere que prestar su aceptación en el presente caso”.²⁷

Díez-Picazo, por su parte, expresa al respecto: “La mayor parte de los autores franceses e italianos (...) consideran que para la plena eficacia de la condonación es necesaria la aceptación del deudor. La condonación es una verdadera convención y no puede decidirla el acreedor unilateralmente. A la misma conclusión se llega en los ordenamientos germánicos, donde la figura que nos ocupa se construye como un ‘contrato de remisión de deuda’. La renuncia del derecho real puede hacerse por acto unilateral del renunciante, pero la renuncia del derecho de crédito no es eficaz si no es aceptada por el deudor”.²⁸

Se refiere acto seguido Díez-Picazo a la importancia práctica que puede tener determinar si estamos ante un acto bilateral o unilateral, cuestión que se traduce *en la posibilidad de revocar o no la remisión*: “Como ha advertido PUIG-BRUTAU, se trata seguramente de un problema dogmático mal planteado. No importa tanto saber si en pura lógica la condonación ha de ser un acto unilateral o bilateral del acreedor, sino saber si el acreedor puede cambiar de parecer antes de que la aceptación recaiga, revocar la condonación y reclamar el pago. Contemplado el problema desde este punto de vista, resuelta evidente que la remisión expresamente aceptada por el deudor se hace irrevocable. ¿Qué ocurre, sin embargo, cuando a la declaración de voluntad del acreedor no ha sucedido nada más que el silencio del deudor? La revocabilidad sólo puede ser acogida con algunas reservas. En muchos casos, el silencio puede valer como una aceptación tácita. De acuerdo con los usos del tráfico y con la buena fe el deudor sólo tiene un deber de manifestarse para rechazar lo gratuito en el caso de que no lo desee. Todo ello lleva a pensar que la revocación de una remisión no aceptada es admisible, pero siempre que se haga en unas circunstancias tales que no suponga una contravención a la buena fe. Por ejemplo, la remisión ha sido casi inmediatamente acogida con reservas”.²⁹

b) Remisión por causa de muerte.

²⁶ Ramos Pazos, René, ob. cit., pp. 413 y 414, N° 573.

²⁷ Ramos Pazos, René, ob. cit., p. 413, N° 573.

²⁸ Díez-Picazo, Luis, ob. cit., p. 638.

²⁹ Díez-Picazo, Luis, ob. cit., p. 638.

La remisión de un crédito hecha en un testamento, constituye un legado de condonación (arts. 1129 y 1130). Estamos por ende ante un acto jurídico unilateral. Pero de cualquier forma, es necesaria la aceptación del legado por el legatario. Es decir, estamos ante un acto jurídico unilateral *pero recepticio*. Para que produzca efectos, se requiere de la voluntad del sujeto a quien el acto va dirigido.

5.- La remisión tácita.

La donación debe ser expresa: art. 1393. El mismo principio, se recoge en el art. 2299, en las normas del pago de lo no debido, al señalar el Código que no se presume donación, cuando una persona paga lo que no debe.

La remisión sin embargo es una de las excepciones previstas por la ley. En efecto, la remisión no sólo puede ser expresa, sino también *tácita*, y lo es aquella que resulta de ciertos hechos del acreedor que razonablemente hacen suponer su intención de renunciar a su crédito. El art. 1654 señala los casos en que se entiende haber remisión tácita, que importan presunción legal de la misma.

Tales casos son:

- a) Entrega del título al deudor, voluntariamente. La entrega del título debe hacerse por el acreedor o su representante al deudor o a su representante, y debe efectuarse voluntariamente, en forma libre y espontánea.
- b) Destrucción o cancelación del título. No es necesario que el título destruido o cancelado se encuentre en poder del deudor; la presunción también opera si el acreedor conserva en su poder el título cancelado o destruido.³⁰

Como en el caso anterior, la cancelación o destrucción ha de ser voluntaria y con ánimo de extinguir la deuda.

Se trata de presunciones simplemente legales, de manera que el acreedor puede acreditar que no hubo intención de condonar, o que la entrega, destrucción o cancelación no fueron voluntarias.

En realidad los casos mencionados en el art. 1654 hacen suponer la liberación del deudor, pero no por la vía de la remisión, sino que por medio del pago, pues los actos enunciados suelen ser los que realiza el acreedor después que se le satisface su crédito (especialmente cuando se “cancela” el título).³¹

6.- Remisión de la prenda e hipoteca.

³⁰ A fines de octubre o inicios de noviembre de 1536, en circunstancias de que la hueste de don Diego de Almagro regresaba al Perú, después de fracasar la expedición a Chile, y en momentos en que se encontraba en Copiapó, el Adelantado quemó los papeles que registraban las deudas que sus soldados habían contraído para con él para poder comprar armas, caballos y otros animales con que hacer el viaje a Chile. El monto total de las deudas ascendía a 150.000 pesos oro, suma muy importante para la época. Se trata del primer acto de remisión de obligaciones en la Historia de Chile. Con él, Almagro unía su suerte, a la de sus soldados, que habían visto frustradas sus expectativas de obtener riquezas en Chile.

³¹ Meza Barros, René, ob. cit., pp. 451 y 452, N°s 634 a 637.

La remisión de dichas cauciones no implica la renuncia a los créditos por ellas garantizados: art. 1654, inc. 2°. La remisión se produce alzando la respectiva caución, no obstante no encontrarse pagado el crédito.

Sin embargo, la renuncia de las cauciones puede implicar la renuncia del crédito mismo, si el deudor es insolvente, interpretando a contrario sensu el art. 1397.³²

7.- Efectos de la remisión.

Dependerán de si la remisión es total o parcial. La remisión total extingue íntegramente la obligación y todos sus accesorios. La remisión parcial extingue la obligación en parte. A su vez, si el acreedor remite parcialmente la deuda de uno de los codeudores solidarios para accionar contra los demás debe deducir la parte condonada: art. 1518.³³

VII.- LA COMPENSACIÓN

Se reglamenta en los arts. 1655 a 1664, Título XVII del Libro IV.

1.- Concepto.

Es un modo de extinción de obligaciones recíprocas existentes entre dos personas, hasta concurrencia de la de menor valor.

La compensación es en el fondo un pago ficticio, doble y recíproco. Tiene gran importancia práctica, ya que no se justifica el doble pago en la práctica, simplificándose el cumplimiento de las obligaciones que recíprocamente ligan a las partes, evitándose las molestias y los riesgos de un doble pago.

Por otra parte, no es equitativo que una parte pueda compeler a la otra a cumplir, sin cumplir ella misma.

En el negocio bancario, diariamente la institución tiene gran aplicación en las llamadas cámaras de compensación, a través del “canje de cheques”.

2.- Clases de compensación.

a) Legal: opera de pleno derecho, desde que las obligaciones recíprocas reúnen las condiciones previstas por la ley, aún sin conocimiento de las partes.

b) Voluntaria o facultativa: opera por voluntad de las partes en cuyo interés la ley pone un obstáculo para que se produzca la compensación legal.

c) Judicial: opera por el juez, como consecuencia de la demanda reconvenzional del demandado, cuyo crédito no reúne las condiciones para que tenga lugar la compensación legal.

La compensación voluntaria y judicial sólo tienen cabida cuando no puede producirse la compensación legal, única que norma la ley.

³² Meza Barros, René, ob. cit., p. 453, N° 638.

³³ Meza Barros, René, ob. cit., pp. 453 y 454, N° 639.

3.- Compensación legal.

a) Requisitos.

a.1) *Que las partes sean personal y recíprocamente deudoras.* La compensación consiste en la extinción de obligaciones mutuas: artículos 1655 y 1657. Sin embargo, no basta que las partes sean recíprocamente deudoras, sino que además deben serlo “personalmente”, por obligaciones propias.

a.1.1. Aplicaciones del principio:

i.- El deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación, lo que el acreedor le deba a su fiador: art. 1657, inc. 2°.

Mientras el acreedor no justifique la imposibilidad de obtener el pago en los bienes del deudor, la obligación del fiador no es exigible, y la exigibilidad es indispensable para que tenga lugar la compensación legal. El fiador forzado a pagar por la vía de la compensación quedaría por ello privado del beneficio de excusión, lo que es inadmisibles.

ii.- El deudor de un pupilo requerido por el guardador, no puede oponer por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él: art. 1657, inc. 3°. A contrario sensu, el guardador perseguido por un acreedor suyo, no puede oponer en compensación los créditos que el pupilo tenga en contra del acreedor.

iii.- El codeudor solidario no puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor: arts. 1657, inc. 4°; 1520, inc. 2°. Sólo podría hacerlo si sus codeudores le ceden su derecho.

a.1.2. Excepciones al principio en el caso del mandato: art. 1658. El mandatario puede oponer en compensación a los acreedores del mandante los créditos de éste y los suyos propios; a la inversa, el mandatario no puede oponer a sus propios acreedores los créditos del mandante, salvo autorización de éste. La compensación de los créditos propios del mandatario es posible siempre que rinda caución, quedando subordinada la compensación a la condición de que el mandante la ratifique.

En último término queda en claro que el mandatario no está facultado para compensar los créditos del mandante invocando sus propios créditos.

a.2) *Que las obligaciones sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*

Cada acreedor no puede ser obligado a recibir en compensación una cosa que no estará obligado a recibir en pago.

Sólo tiene lugar la compensación, entonces, en las obligaciones de género que además han de ser de la misma clase y en el caso que no se hubiere expresado la calidad, debe ser idéntica.

No cabe la compensación en las obligaciones de especie o cuerpo cierto ni en las de hacer y no hacer.

a.3) *Que ambas obligaciones sean líquidas.*

Una obligación es líquida cuando es cierta en cuanto a su existencia y a su cuantía. Es también líquida la obligación “liquidable”, es decir, la que puede liquidarse fácilmente mediante simples operaciones aritméticas.

a.4) *Que ambas obligaciones sean actualmente exigibles:* art. 1656.

No son compensables por ende:

- i.- Las obligaciones naturales;
- ii.- Las obligaciones a plazo;
- iii.- Las obligaciones sujetas a una condición suspensiva (ars. 1470, 1496, inc. 1º y 1485, inc. 1º).

Impide la compensación la concesión de “esperas”: son una convención mediante la cual las partes fijan un plazo para cumplir la obligación vencida o prorrogan el estipulado.

Sin embargo, no impide la compensación el plazo de gracia, puesto que este es un beneficio que unilateralmente otorga el acreedor a su deudor, consistente en la simple abstención de cobrar la deuda.

a.5) *Que ambos créditos sean embargables.*

Cada acreedor debe estar en situación de embargar lo que se le debe. Es lógico que no pueda operar la compensación respecto de los créditos inembargables, porque no están comprendidos en el derecho de prenda general de los acreedores.

a.6) *Que ambas obligaciones sean pagaderas en el mismo lugar:* art. 1664. La regla tiene una excepción: pueden compensarse las obligaciones de dinero, pagaderas en lugares diferentes, cuando concurren los siguientes requisitos:

- i.- Que se trate de deudas de dinero
- ii.- Que aquel que opone la compensación tome a su cargo los gastos del pago en el lugar convenido.

a.7) *Que la compensación no se verifique en perjuicio de los derechos de terceros.* Dispone el art. 1661: “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero. / Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo”. Es una aplicación del art. 1578.

Así como no es válido el pago cuando se ha embargado la deuda o mandado retener el pago o se verifica al deudor insolvente en fraude de los acreedores, ya que en todos estos casos se lesiona gravemente los derechos de terceros, por la misma razón no es admisible la compensación legal.

Consecuencia de lo anterior es el art. 1661, inc. 2º.

Cabe señalar que la ley prohíbe la compensación del crédito embargado con los créditos que el deudor adquiriera después del embargo. Por tanto, y no obstante el embargo, el deudor podrá compensar los créditos adquiridos con anterioridad, puesto que la compensación obró de pleno derecho; con anterioridad al embargo, el crédito se había extinguido por la compensación y el embargo resulta inoperante.

En otras palabras, si por un acreedor del acreedor se ha embargado el crédito que este acreedor tiene contra su deudor, no podrá el deudor oponer en compensación a su acreedor los créditos que con posterioridad al embargo hubiera adquirido en su contra, porque si lo pudiera hacer haría ilusorio el embargo. Pero si el crédito que el deudor ha adquirido contra su acreedor lo ha sido antes del embargo, entonces si puede oponerse la compensación, porque cuando se practicó el embargo el crédito en realidad no existía, dado que la compensación opera de pleno derecho.

a.8) *La compensación debe ser alegada:* ello, no obstante que se produzca de pleno derecho y aún sin conocimiento de los deudores (como acontece, por ejemplo, con el legado de un

crédito, que el acreedor deja al propio deudor). La compensación en consecuencia, debe oponerse como una excepción en el juicio o como demanda reconvencional.

b) Casos en que no procede la compensación legal.

Se refiere a la materia el art. 1662: “No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato, aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero / Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables”.

En consecuencia, los casos son los siguientes:

b.1) Demanda de restitución de una cosa despojada.

b.2) Demanda de restitución de un depósito o comodato. La obligación del comodatario es de especie o cuerpo cierto y la imposibilidad de invocar la compensación, fluye de las reglas generales. Lo mismo ocurre con la obligación del depositario.

Sin embargo, la excepción ofrece interés en dos casos, en los que, en condiciones normales, habría operado compensación:

i.- Si la cosa dada en depósito o en comodato perece por un hecho imputable al deudor y la obligación de restituirla se transforma en la obligación de pagar su valor: art. 1662.

ii.- En el caso del depósito irregular: arts. 2221 y 1662.

Con todo, si el crédito del comodatario o del depositario se hubiere originado por la tenencia de la cosa, el comodatario o depositario podrá retener la cosa, mientras no se le pague su crédito. Dicho en otras palabras: si el crédito del comodatario fuere extraño al contrato de comodato, no podrá negarse a restituir, pero si su origen fuere la tenencia de la cosa, sí podrá hacerlo. De cualquier forma, en estos casos no opera compensación, sino el derecho legal de retención.

b.3) Demanda de indemnización por actos de violencia o fraude.

La ley parte del supuesto que la obligación de indemnizar perjuicios ha quedado judicialmente determinada, porque de otro modo sería ilícida e imposible la compensación.

El demandado de indemnización de perjuicios por las causales indicadas, no podrá oponer compensación.

b.4) Demanda de alimentos no embargables.

Se justifica este caso, por el carácter asistencial que tienen los alimentos, pues está en juego un interés superior al puramente patrimonial, cual es la subsistencia de una persona.

Debemos tener presente los arts. 335 y 1662: este último precepto restringe la aplicación del primero a los alimentos no embargables. Son inembargables las pensiones alimenticias forzosas. Sin embargo, debemos tener presente que el art. 336 establece que las pensiones alimenticias atrasadas pueden renunciarse y compensarse.

c) Efectos de la compensación legal.

La compensación legal opera de pleno derecho: art. 1656. No es necesario en consecuencia que sea judicialmente declarada. Sin embargo, debe ser alegada. Aquel a

quien se demanda una obligación extinguida por la compensación, debe invocarla en el juicio, demostrándose la existencia de su crédito contra el actor.

Como consecuencia del principio anterior:

i.- La compensación tiene lugar sin necesidad de una manifestación de voluntad de las partes.

ii.- La extinción de las obligaciones se produce en el momento en que reúnen las calidades que las hacen compensables.

Por ende, los efectos de la compensación constatada judicialmente se retrotraen al momento en que concurrieron los requisitos legales.

La compensación extingue las obligaciones recíprocas “hasta concurrencia de sus valores”. Si ambas obligaciones son del mismo valor, se extinguirán íntegramente; si son de diferente valor, se extinguirá la menor y subsistirá la otra, deduciendo el valor de la menor.

La extinción de las obligaciones extingue igualmente sus accesorios. Sin embargo, si una de las obligaciones sólo se ha extinguido parcialmente, las prendas e hipotecas subsisten íntegramente en virtud del principio de la indivisibilidad, que caracteriza a tales derecho reales. A su vez, los intereses de los créditos extinguidos dejarán inmediatamente de correr.

En el caso que las deudas mutuas sean numerosas, el art. 1663 dispone que se siguen las mismas reglas que para la imputación del pago.

d) Renuncia de la compensación legal.

Desde el momento que es un beneficio para los acreedores recíprocos, éstos lo pueden renunciar.

La renuncia puede verificarse antes o después que la compensación se haya cumplido, vale decir, puede ser anticipada o posterior.

Si se efectúa después de cumplidas las condiciones de la compensación legal, las obligaciones recíprocas revivirán.

La renuncia puede ser expresa o tácita. Esta última a su vez puede operar en dos hipótesis:

i.- Renuncia tácita por la aceptación sin reservas de la cesión de un crédito.

¿Puede el deudor cedido oponer al cesionario la compensación que habría podido oponer al cedente?

La ley distingue si la cesión se ha perfeccionado por la aceptación o notificación del deudor. Si medió aceptación, no es posible oponer compensación; si medió notificación puede oponerla, arts. 1659 y 1902.

La aceptación de la cesión pura y simplemente sin ninguna reserva, importa una renuncia tácita del deudor a la compensación.

Los créditos oponibles al cesionario deben ser anteriores a la notificación de la cesión.

ii.- Renuncia tácita por no alegarse la compensación.

La compensación debe ser alegada, aunque tenga lugar por el ministerio de la ley; si el deudor no la alega, tácitamente renuncia a sus beneficios y admite que debe pagar su deuda para cobrar luego su crédito: art 1660.

En principio, el crédito que no se opuso en compensación, subsiste con todos sus accesorios. Sin embargo, el legislador ha señalado que la compensación no tendrá lugar en perjuicio de los derechos de terceros; se sostiene por ende que la renuncia a alegar la compensación tampoco puede perjudicar a los terceros. Se dice entonces que el crédito subsistirá sin los accesorios cuya supervivencia dañe a terceros. Se extinguiría entonces la responsabilidad de los fiadores y las prendas e hipotecas constituidas por terceros garantes. Sólo subsistirán las prendas e hipotecas constituidas por el propio deudor.

4.- Compensación voluntaria y judicial.

a) Compensación voluntaria.

Es aquella que se verifica por voluntad de las partes, cuando la ausencia de los requisitos legales impide la compensación legal.

Por lo tanto, se requerirá la voluntad de una de las partes o la voluntad de ambas, según que el requisito que impide la compensación esté establecido en beneficio común o de una sola de las partes.

La compensación voluntaria podrá ser, en consecuencia, *convencional o facultativa*.

Así, por ejemplo, el origen del crédito puede ser el obstáculo a la compensación. En el caso del depósito, art. 1662, se impide al depositario compensar su obligación de restituir la cosa depositada. Sin embargo, como la norma está establecida en interés del depositante, éste puede compensar su crédito contra el depositario, que tenga el origen indicado en el art. 1662, con sus deudas para con éste.

En el mismo sentido, en la obligación a plazo, el deudor podría renunciar al plazo, para oponer la compensación.

b) Compensación judicial.

Tiene lugar cuando el demandado, acreedor del demandante de una obligación ilícita, interpone demanda reconvenzional para obtener su liquidación y su compensación con el crédito del actor.

La compensación judicial o reconvenzional produce sus efectos a partir del fallo judicial que la declara.

VIII.- LA CONFUSIÓN

Está regulada en los arts. 1665 a 1669, Título XVIII del Libro IV.

1.- Concepto.

Dispone el art. 1655: “Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago”.

Es un modo de extinguirse las obligaciones por la reunión en una persona de las calidades de acreedor y deudor de la misma obligación.³⁴

³⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 474 y 475.

La extinción que la confusión produce, en suma, proviene de la imposibilidad de ejecución del derecho del acreedor: art. 1665.

La confusión se aplica también a los derechos reales:

- i.- Art. 763, N° 6 (al confundirse las calidades de único fideicomisario con la de único fiduciario);
- ii.- Art. 806 (extinción del usufructo por consolidarse con la propiedad);
- iii.- Art. 885, N° 3 (extinción de la servidumbre “Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño”); y
- iv.- Art. 2406 (se extingue el derecho de prenda “cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título”).

2.- Causas de la confusión.

Puede operar por acto entre vivos o por causa de muerte.

2.1. Por causa de muerte:

- a) Cuando el deudor hereda al acreedor o a la inversa.
- b) Cuando un tercero hereda al acreedor y al deudor.
- c) Si el acreedor lega el crédito a su deudor.

2.2. Por acto entre vivos:

- a) Por la cesión del crédito hecha por el acreedor al deudor.
- b) Por la cesión del derecho de herencia en que se comprende el crédito.

3.- Confusión total y parcial.

La concurrencia de las calidades de acreedor y deudor puede referirse a la totalidad de la deuda o a una parte de ella. Dispone el art. 1667: “Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esa parte”.

4.- Efectos de la confusión.

Art. 1665: “Produce iguales efectos que el pago”. Se extinguirán también los accesorios de la obligación.

El Código Civil, en los efectos de la confusión, se ocupa especialmente:

- a) De la fianza; dispone el art. 1666: “La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal”. Lo anterior es una consecuencia del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero no a la inversa. En el segundo caso, el fiador se transforma en acreedor del deudor principal.
- b) De las obligaciones solidarias; conforme al art. 1668, “Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda. / Si por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado

el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito”.

En el inciso primero, referido a la solidaridad pasiva, el precepto se pone en el caso de que uno de los codeudores solidarios se transforme en acreedor de los restantes codeudores solidarios. En este caso, el primero podrá demandar a cada uno de los segundos, por su parte o cuota en la deuda.

En el inciso segundo, que alude a la solidaridad activa, la norma se plantea la hipótesis de que uno de los acreedores solidarios se transforme en codeudor de los demás, caso en el cual el primero deberá a cada uno de los segundos la parte o cuota que les corresponda en el crédito.

c) De la aceptación de la herencia con beneficio de inventario: nos referimos a esta materia en el numeral siguiente.

5.- Situación del heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario.

Las deudas y los créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión (arts. 1259 y 1669).

Expresa el art. 1259: “Las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión”.

Señala el art. 1669: “Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios”.

No opera por tanto entre la sucesión y el heredero beneficiario el modo de extinguir confusión, de manera que el heredero podrá demandar a la sucesión para que ésta le pague aquello que el causante debía al primero y a la inversa, la sucesión podrá demandar al heredero para obtener el pago de lo que éste debía a la primera.

Ahondaremos sobre este punto al estudiar el beneficio de inventario (15° apunte de Derecho Sucesorio), pero anticipamos que las dos normas citadas llevan a Meza Barros a concluir que al aceptar el heredero con beneficio de inventario, se separan el patrimonio del causante y el del heredero, de manera que los acreedores del primero sólo podrían perseguir los bienes que el fallecido hubiere transmitido, pero no así los bienes del heredero, cuestión rechazada por la doctrina mayoritaria, que entiende que los acreedores del causante pueden perseguir también los bienes del heredero beneficiario (aunque dejando en claro que éste tiene una responsabilidad limitada). Rodríguez Grez rebate a Meza Barros, afirmando que los arts. 1259 y 1699 son normas excepcionales (porque si la regla general fuera la separación de patrimonios, no habría para qué haberlo reiterado en los dos artículos citados), sólo relativas a las deudas y créditos de la sucesión; en los demás, se confunden los bienes del heredero y de la sucesión.³⁵

IX.- LA PÉRDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE.

Se refiere a ella el Título XIX del Libro IV, arts. 1670 a 1680.

³⁵ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, Volumen 2, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 152.

1.- Principio General.

Tiene aplicación aquí el aforismo “a lo imposible nadie está obligado”.

Si la prestación objeto de la obligación se torna imposible física o jurídicamente, la obligación se extingue.

Este es un principio de carácter general, aplicable a toda clase de obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer.

Pero prácticamente la imposibilidad de ejecución es un modo de extinción propio de las *obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto*, y en tal contexto lo reglamenta la ley.

La pérdida de la especie o cuerpo cierto debida hace imposible el cumplimiento de la obligación que el deudor sólo puede satisfacer dando precisamente el objeto que debe.

Tratándose de la pérdida de la cosa debida en las obligaciones de género, para que la obligación se torne imposible de cumplir es necesario que perezcan todos los individuos del género, en otras palabras, debe tratarse de un género limitado. Art. 1510.

2.- Cuándo se entiende que se pierde o perece la cosa debida.

Regula la materia el art. 1670: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”.

Del precepto, se desprenden tres hipótesis en las que el cosa se entiende que “perece”:

- a) Cuando se produce la destrucción material o “funcional” de la cosa debida. De acuerdo al art. 1486, inc. final, no es necesario la destrucción material de la cosa (la cosa podría perder su aptitud para destinarla a sus funciones naturales).
- b) Cuando la cosa deja de estar en el comercio: La prestación prometida se hace jurídicamente imposible (por ejemplo, si el inmueble debido es expropiado)
- c) Cuando la cosa se extravía, y cuyo paradero se ignore (sin perjuicio de que la cosa reaparezca).

3.- Consecuencias de la pérdida de la cosa que se debe.

Se produce una imposibilidad en el cumplimiento de la obligación cuando la pérdida no es imputable al deudor, caso en el cual la obligación se extingue. Por el contrario, si la pérdida le es imputable, la obligación subsiste pero varía de objeto: el deudor debe el valor de la cosa y los perjuicios ocasionados al acreedor.

4.- Requisitos para que la pérdida de la cosa extinga la obligación.

- a) Que la pérdida sea *fortuita*: que no sea imputable al deudor, que provenga de caso fortuito o fuerza mayor: art. 1547.
- b) Que la pérdida sea *total*: si es parcial, el acreedor recibirá la cosa en el estado en que se encuentre: art. 1590.

La obligación subsiste y el acreedor deberá soportar los deterioros. Exceptúan los casos en que el deudor responde aún por el caso fortuito.

5.- Pérdida de la cosa imputable al deudor.

Lo será en cuatro casos: cuando proviene de un hecho del deudor, de su culpa, de su dolo o cuando ocurre durante la mora del deudor.

Dispone el art. 1672: “Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. / Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora”.

Distinguimos algunas hipótesis:

a) Pérdida por *dolo* o *culpa* del deudor.

En este caso, la obligación variará de objeto. Se debe ahora:

i.- El precio de la cosa; e

ii.- indemnización de perjuicios.

b) Pérdida *por hecho* del deudor: el hecho del deudor puede o no ser culpable. La obligación, de todos modos, se torna imposible de cumplir. Pero la ausencia de culpa atenúa la responsabilidad del deudor. Consigna el art. 1678: “Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios”.

En este caso, se deberá solamente el precio.

Por ejemplo, el heredero que destruye la cosa, ignorando que su causante y él por tanto, tenía la obligación de darla a determinada persona.

Cabe consignar que el deudor también responde por dolo, culpa o hecho de las personas por quienes fuere responsable. Establece el art. 1679: “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. Dispone el art. 2320, inc. 1º: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

En cambio, puede tratarse de un dolo, culpa o hecho de un tercero, por quien no responde el deudor. En este caso, se extingue también la obligación. Se asimila por la ley esta situación al caso fortuito. El deudor, en todo caso, debe ceder a su acreedor las acciones que le competan contra el tercero, para la indemnización del daño causado. Lo anterior, porque el acreedor no puede accionar directamente contra el tercero. Dispone el art. 1677: “Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa”.

c) Pérdida *durante la mora del deudor*. Distinguimos:

i.- Si la cosa no habría perecido en poder del acreedor, el deudor debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora: art. 1672, inc. 2º: La obligación subsiste y varía de objeto.

ii.- Si el caso fortuito igual habría sobrevenido estando la cosa debida en poder del acreedor: sólo se deberá indemnización moratoria: art. 1672, inc. 2º. La obligación se extingue en todo caso.

d) Pérdida de la cosa cuando *el deudor toma a su cargo el caso fortuito*. El deudor responderá de la misma manera que si la pérdida se hubiere debido a su conducta imputable. Señala el art. 1673: “Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado”.

e) Caso del que *hurta o roba* la especie o cuerpo cierto. Aquí, es la ley la que, directamente, hace responsable al delincuente, aunque la cosa se haya perdido por caso fortuito. Dispone el art. 1676: “Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor”.

f) Pérdida de la cosa *durante la mora del acreedor*: no queda el deudor eximido de responsabilidad, pero sí la atenúa: sólo responde del dolo o culpa lata. En cambio, si la cosa perece por su hecho o culpa leve o levísima, la obligación igual se extingue, sin necesidad de indemnizar perjuicios. Establece el art. 1680: “La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo”. En armonía con este precepto, señala por su parte el art. 1827, en las normas de la compraventa: “Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave”.

6.- Reparación de la cosa perdida.

Si reaparece la cosa debida, cesa la imposibilidad y el deudor debe entregarla, para cumplir así su obligación.

Pero si el extravío se debió al hecho o culpa del deudor o se produjo durante su mora y el deudor debió pagar el precio, el acreedor debe restituir lo que recibió, si pretende que se le entregue la cosa recobrada.

Establece el art. 1675: “Si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio”.

Es razonable esta solución, pues de lo contrario, habría enriquecimiento sin causa.

7.- Reglas de carácter probatorio.

Art. 1671: “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya”; art. 1674: “El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega. / Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo”; art. 1547, inc. 3º: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Para eximirse de responsabilidad o para atenuarla, el deudor deberá probar:

a) Que la cosa pereció por caso fortuito.

b) Si el caso fortuito sobrevino durante la mora del deudor, que igual habría ocurrido y perecido la cosa en poder del acreedor.

Estamos ante una aplicación de las reglas generales del *onus probandi* (art. 1698).

X.- LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.

Está reglamentada en el Título XLII del Libro IV, párrafo 3º, “De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales”, arts. 2514 a 2520, y párrafo 4º, arts. 2521 a 2524, “De ciertas acciones que prescriben en corto tiempo”.

1.- Generalidades.

a) *Tratamiento conjunto de la prescripción adquisitiva y extintiva.*

Suele criticarse el que la ley trate conjuntamente de la prescripción adquisitiva - modo de adquirir el dominio y demás derechos reales no expresamente exceptuados- y de la prescripción extintiva o liberatoria, que de acuerdo con el N° 10 del art. 1567 es un modo de extinguirse las obligaciones cuyo campo de aplicación es más amplio, pues extingue los derechos personales y aún los derechos reales, con excepción del dominio que no es susceptible de perderse por el no uso.

Sin embargo, como se dijo en el estudio de la prescripción adquisitiva, dos razones explican este tratamiento conjunto:

i.- Porque existen tres reglas comunes, que se aplican a las dos clases de prescripción.

ii.- Porque en ambas, hay un elemento común: el transcurso del tiempo.³⁶

b) *Fundamentos de la prescripción extintiva.*

La prescripción extintiva supone, en la práctica, despojar al acreedor de las acciones que el ordenamiento jurídico le franquea para exigir de su deudor el pago de la obligación. Como hemos estudiado, una obligación que era civil, se transforma por efecto de la prescripción en natural. Su cumplimiento dependerá de la voluntad del propio obligado, pues éste ya no puede ser compelido a hacerlo. De ahí que la doctrina se ha esforzado en buscar fundamentos de dicho despojo. Entre otros, se mencionan:

i.- Prolongada falta de ejercicio de un derecho, que hace presumir en el titular su intención de abandonarlo o renunciarlo.

ii.- Constituye una sanción para el acreedor negligente en el ejercicio de sus derechos.

iii.- El transcurso del tiempo, que convierte una situación de hecho en un estado de derecho.

iv.- La presunción de que, dado el tiempo transcurrido sin que el acreedor haga valer sus derechos, la deuda ha debido ser satisfecha.

v.- En el interés social de que las relaciones jurídicas no queden por largo tiempo inciertas.

Todas estas razones convergen para justificar la prescripción extintiva.

³⁶ Vodanovic H., Antonio, *Tratado de los derechos reales. Bienes. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Tomo 2º, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, 1993, p. 10.

c) *La prescripción liberatoria extingue las acciones.*

En nuestro derecho la prescripción no extingue propiamente las obligaciones. En efecto, debemos recordar que la obligación, aun prescrita, subsiste, ahora como natural, pero obligación en fin (art. 1470).

La prescripción trae como consecuencia fundamental, entonces, que el acreedor carezca de los medios de compeler al deudor al cumplimiento de la obligación, es decir, queda privado de acción.

2.- Definición de prescripción extintiva.

Es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492).

3.- Requisitos de la prescripción extintiva.

A pesar del tenor del art. 2514 (que exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido por el acreedor sus acciones), la prescripción extintiva exige varios requisitos. Ellos son:

- a) Que la acción sea prescriptible.
- b) Que la prescripción sea alegada.
- c) Que la prescripción no se haya interrumpido.
- d) Que la prescripción no esté suspendida.
- e) Que transcurra el tiempo fijado por la ley.

a) *Que la acción sea prescriptible.*

a.1) *Regla general y excepciones.*

Las acciones son generalmente prescriptibles. Tal es el principio general. pero en algunos casos, la ley establece la imprescriptibilidad.

Cabe señalar que las leyes que declaran imprescriptible una acción o un derecho son de aplicación inmediata. La prescripción que comenzó a correr bajo el imperio de una ley no puede consumarse bajo el imperio de una ley posterior que establezca la imprescriptibilidad de la acción o derecho (art. 26 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes).

Son acciones imprescriptibles, por ejemplo:

- i.- La acción de reclamación de estado civil a que aluden los artículos 195 y 320 (contraexcepción: acción a que se refiere el art. 206).
- ii.- La acción para pedir la destrucción de una obra nueva, a que se refiere el artículo 937 (norma medioambiental prevista en el Código Civil).
- iii.- La acción de nulidad de matrimonio (art. 48 Ley de Matrimonio Civil), salvo excepciones señaladas por la ley.
- iv.- La acción de divorcio (art. 57, Ley de Matrimonio Civil).
- v.- La acción del comprador, para citar de evicción al vendedor (art. 1843 del Código Civil).

vi.- La acción de la mujer para pedir la separación total de bienes, poniéndose fin a la sociedad conyugal.

vii.- La acción de demarcación y de cerramiento: subsisten, mientras se tenga el dominio.

viii.- La acción de partición : art. 1317. Mientras dure la indivisión, la acción de partición podrá entablarse, y en tal sentido, es imprescriptible. Si prescribiera, los comuneros quedarían impedidos de solicitar la partición, en otras palabras, estarían obligados a permanecer en la indivisión. La comunidad sin embargo, puede tener término porque una persona -comunero o extraño- adquiere por prescripción el dominio exclusivo de la cosa común. Con la salvedad que para una parte de la doctrina, ello sólo podría acontecer tratándose de un tercero y no de un comunero, porque entre comuneros no correría prescripción. Refutando tal posición se dice que no correrá prescripción adquisitiva mientras los comuneros se reconozcan mutuamente la calidad de copropietarios; pero desde que alguno de los comuneros posee el bien común en forma exclusiva, desconociendo el derecho de los demás, podría adquirirlo por prescripción. La prescripción no puede afectar la acción de partición directamente y servir para consolidar un estado de indivisión. En otras palabras, la acción de partición no se extingue por prescripción extintiva. Pero la prescripción adquisitiva que ponga fin al estado de comunidad extinguirá la acción de partición por vía consecuencial. En resumen, “si no hay indivisión sin acción de partición, tampoco hay acción de partición sin indivisión”.

a.2) Imprescriptibilidad de las excepciones.

Las excepciones por regla general, son imprescriptibles, en el sentido que duran tanto como las acciones que están destinadas a rechazar. Pueden hacerse valer en cualquier tiempo en que el acreedor deduzca acción.

Constituyen excepción al principio enunciado la nulidad absoluta y la nulidad relativa. El deudor no podrá oponerlas como excepción, saneada la nulidad de conformidad a los artículos 1683 y 1691.

b) *Que la prescripción sea alegada.* Dispone el art. 2493: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”.

b.1) *Excepciones al principio, que permiten al juez declarar de oficio la prescripción:*

i.- La prescripción de la acción ejecutiva, al examinar el título, no dando lugar a la ejecución. Dispone el art. 442 del Código de Procedimiento Civil: “El tribunal denegará la ejecución si el título presentado tiene más de tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible; salvo que se compruebe la subsistencia de la acción ejecutiva por alguno de los medios que sirven para deducir esta acción en conformidad al artículo 434”.³⁷

ii.- Prescripción de la acción penal; y

iii.- La prescripción de la pena (el procesado debe hallarse presente en el juicio).

b.2) *La prescripción extintiva normalmente es una excepción, pero también podría alegarse como acción.*

Si el acreedor demanda el cumplimiento, la prescripción cobra interés para el deudor y podrá utilizarse para rechazar la tardía pretensión del acreedor. Esta suele ser la regla

³⁷ Hay consenso en cuanto a que el tribunal carece de la facultad que se le confiere por el art. 442 del Código de Procedimiento Civil, si se trata de prescripciones especiales, como aquellas que se contemplan para la acción ejecutiva en la Ley N° 18.092, referida a letras de cambio y pagarés.

general. Para el Código de Procedimiento Civil, se trata de una excepción perentoria, destinada directamente a enervar la acción.

Lo anterior no impide sin embargo que el deudor, si tiene interés en que la prescripción se declare, pueda ejercitar *una acción* destinada a obtener tal fin. Demandará para ello en juicio ordinario.

En efecto, en cuanto a la posibilidad de alegar la prescripción extintiva como *acción*, si bien el Código de Procedimiento Civil no plantea tal escenario, la doctrina ha entendido que no existiría inconveniente alguno para hacerlo.

Decía al respecto Manuel Somarriva Undurraga: “148. CASACIÓN 4 DE JULIO DE 1936. REV., T. 33, 2ª PARTE, SEC. 1ª, PÁG. 373. *Doctrina*: La prescripción extintiva puede alegarse, sea como acción o como excepción. *Comentario*: Como dice la sentencia, ningún precepto sustantivo o procesal la ha limitado sólo a la excepción, no obstante que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rev., t. 37, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 348, el 12 de agosto de 1938, haciendo suyo el razonamiento del juez, haya podido sostener la tesis contraria y, en nuestro parecer, errónea. Es que el Código Civil guarda silencio acerca de la *oportunidad* y de la *forma* en que se puede traer al debate en los juicios la prescripción. Este silencio fue salvado por el Código de Procedimiento Civil. En el artículo 309, al indicar los requisitos de la contestación de la demanda, se refiere a las excepciones que se pueden oponer a ésta. Y por el artículo 310 permite que la prescripción, como excepción, puede ser alegada en cualquier estado de la causa, aunque por escrito y antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda instancia. La forma de alegarla es, por tanto, por escrito. (...) El fallo que comentamos sostiene que la prescripción extintiva puede ser alegada como acción; que no es sólo una excepción, como algunos lo piensan. Se argumenta que, no teniendo por efecto la adquisición de un derecho sino la liberación de un gravamen, el deudor debe esperar que le demanden para excepcionarse. Mas la sentencia sostiene que puede ser alegada como acción, lo que nos parece ajustado a la ley. La jurisprudencia ha aceptado esta tesis, como resulta de los fallos de 27 de octubre de 1943, Rev., t. 41, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 289, al declarar prescritas y extinguidas las acciones ejecutiva y ordinaria, y los derechos del vendedor para exigir el pago del precio insoluto, aceptando la cancelación de la inscripción hipotecaria que lo garantizaba; de 9 de septiembre de 1947, Rev., t. 45, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 49, que junto con manifestar que la prescripción extintiva puede alegarse como acción, declara prescrita la obligación del vendedor (sic)³⁸ de pagar el saldo insoluto de una compraventa y ordena alzar la hipoteca que lo caucionaba; y de 14 de julio de 1967, Rev., t. 64, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 236, que declara prescrita la acción del Fisco para el cobro de determinados impuestos”.³⁹

Esta tendencia de la jurisprudencia de admitir que se alegue la prescripción extintiva mediante una acción (y que lo haga todo aquél que pruebe un interés en ello), se ha mantenido en el tiempo. Así, expresa una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de septiembre de 1996, autos “Muirhead Q. Gonzalo contra Banco de Chile”: “Vistos: 1º Que en la apelación (...) el demandado Banco de Chile sostiene, en primer

³⁸ Entendemos que el autor citado quiso aludir a la “obligación del comprador”.

³⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984, 2ª edición actualizada por Ramón Domínguez Benavente, pp. 104 y 105.

término, que la prescripción extintiva sólo puede dar origen a una excepción y no a una acción, principio que funda en los artículos 310 del Código de Procedimiento Civil y 2524 y 2517 del Código Civil, el primero de los cuales (...) señala que la prescripción podrá ‘oponerse’ en cualquier estado de la causa, deduciéndose de ello, según el demandado, que, mientras las acciones se interponen, las excepciones contrariamente se oponen a la acción (...) 2º. Que, como se dijo en el fallo apelado, no existe disposición substantiva ni procesal alguna que impida alegar como acción la prescripción extintiva. Aparte de las razones vertidas en este respecto en la sentencia de primera instancia, se tiene también en cuenta: (...) que los artículos 2493, 2494 y 2497, contenidos también en el mismo párrafo el que es común a ambas clases de prescripción, conduce al mismo resultado. (...) Pues bien, la expresión amplia que alude al ‘que quiera aprovecharse’ de la prescripción no limita en modo alguno el ejercicio del derecho y beneficio de la prescripción a ninguna persona en particular, por lo que todo aquél que quiere obtener el provecho connatural a la prescripción puede invocarla sin restricciones, esto es ‘alegarla’ en la sede jurisdiccional que corresponda, sin que importe que se trate de un acreedor o de un deudor, pues las normas en referencia tratan de ambas prescripciones y de todo aquel que quiera aprovecharse de una u otra de ellas, todo indistintamente”. Más adelante, el fallo expresa que así como el deudor puede renunciar a la prescripción, de manera expresa o tácita, así también, por el contrario, puede decidir no hacerlo, y no se renunciará expresamente, “cuando interpone una demanda formal”.⁴⁰

Señala por su parte Ramón Domínguez Águila: “En nuestra doctrina, para algunos no existe inconveniente que el deudor accione de prescripción, solicitando se le declare liberado de su obligación. Señalan que la única diferencia entre la acción y la excepción es la distinta posición procesal que adoptan dos intereses controvertidos, uno de los cuales ataca y el otro enerva el ataque. Por esto, la acción supone un derecho o interés en su rol activo y la excepción supone un derecho o interés en su rol pasivo. (...) En la teoría moderna, una y otra vía procesal no son sino el derecho a la jurisdicción, de modo que en cada acción y excepción hay sólo una ‘pretensión’ de la parte respectiva, que, si está fundada en un derecho efectivo, será acogida y, por lo mismo, el derecho reconocido a nivel jurisdiccional. Esta posición la ha recogido la jurisprudencia en varias oportunidades, expresando que la prescripción extintiva puede alegarse, sea como acción o como excepción, ya que ningún precepto sustantivo o procesal la ha limitado a la excepción. En sentido similar, otra sentencia sostuvo que ‘la prescripción debe ser formalmente alegada en sede jurisdiccional, sea por vía de acción o por vía de excepción...’; y una tercera agrega que ‘junto con declarar que la prescripción extintiva puede alegarse como acción, declarar prescrita la obligación del vendedor (sic)⁴¹ de pagar el saldo de precio de una compraventa y ordenar alzar la hipoteca que lo caucionaba (...) En otro fallo se ‘declaran prescritas y extinguidas las acciones ejecutivas y ordinarias, y los derechos del vendedor para exigir el

⁴⁰ Citada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Edición Bicentenario, Jurisprudencias Esenciales, Derecho Civil*, Tomo III, Raúl Tavorari Oliveros, Editor, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Puntotex y Thomson Reuters, 2010, pp. 977-979.

⁴¹ Domínguez alude a la misma sentencia citada por Somarriva, en la que, según se expresó, entendemos que éste autor quiso aludir a la “obligación del comprador”.

pago del precio insoluto, aceptando la cancelación de la inscripción hipotecaria que lo garantizaba”.⁴²

Ahora bien, es cierto, como señala Domínguez, que una doctrina minoritaria rechaza la tesis de que la prescripción extintiva pueda alegarse como acción, pero esa tesis está descartada por la doctrina y jurisprudencia de las últimas décadas: “Otro sector de la doctrina rechaza la tesis de que la prescripción extintiva pueda alegarse como acción, partiendo del postulado de que la acción supone un derecho desconocido y que no puede nacer mientras éste no se desconozca. Pero esta tesis es criticada por la mayoría de la doctrina, aunque también ha encontrado algún apoyo en la jurisprudencia, aunque no en la más reciente. Así, varias sentencias han rechazado la idea de que pueda accionarse de prescripción extintiva. Se argumenta que, no teniendo por efecto la adquisición de un derecho sino la liberación de un gravamen, el deudor debe esperar que le demanden para excepcionarse.⁴³ Entendemos que hoy la cuestión no admite debate y la mayoría de los autores reconocen que se dan numerosos supuestos en que el deudor tiene evidente interés en la alegación de la prescripción por vía de acción, por ejemplo para levantar una hipoteca sobre el bien entregado en garantía de una obligación, tal cual ya se ha visto en algunos supuestos jurisprudenciales que se acaban de citar, o para dejar sin efecto un embargo o para eliminar la calidad de deudor de una obligación impaga en registros informáticos de deudores (...).⁴⁴

Un planteamiento semejante expone René Abeliuk Manasevich, quien, después de aludir a la excepción de prescripción, agrega: “En cambio, se discute en doctrina si la prescripción extintiva puede alegarse como acción, ya que hay quienes señalan que no tendría objeto aceptar que el deudor demande la prescripción, provocando el juicio en circunstancias de que el acreedor no lo hace; nuestra jurisprudencia es contradictoria al respecto. Por nuestra parte no vemos qué inconveniente existe para que el deudor solicite que se le declare liberado de su obligación. La ley se ha limitado a exigir que alegue la prescripción, pero no le restringe la forma de hacerlo”.⁴⁵

Pablo Rodríguez Grez, se inscribe en la misma doctrina. Después de citar precisamente los planteamientos de Domínguez y de Abeliuk sobre la materia, concluye: “La prescripción extintiva puede alegarse como acción o como excepción. Como acción, cuando el sujeto pasivo del derecho demanda la declaración por razones de seguridad y certeza jurídicas. Como excepción, cuando es requerida judicialmente por el acreedor y por su intermedio se exonera del cumplimiento. Tanta importancia atribuye nuestro sistema legal a la prescripción que el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil permite que ella (...) sea opuesta en cualquier estado de la causa (...) Nos parece evidente, a pesar de las discusiones que se han planteado, que el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil sólo es aplicable a la excepción de prescripción. Pero ello no significa que el deudor esté impedido de demandar el reconocimiento de la prescripción deduciendo una acción, aun

⁴² Domínguez Águila, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Prolibros Ediciones Limitada, 2020, 2ª edición actualizada, pp. 88-90.

⁴³ Alude a una sentencia de la Corte de Valparaíso de 12 de agosto de 1938, *Revista de Derecho*, t. 37, sec. 1ª, p. 348, y a otra de la Corte Suprema de 17 de noviembre de 1934, *Revista de Derecho*, t. 32, sec. 1ª, p. 138.

⁴⁴ Domínguez Águila, Ramón, *ob. cit.*, pp. 91 y 92.

⁴⁵ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición actualizada, 2010, N° 1.225, pp. 1194 y 1195.

cuando ella sea de mera certeza. Coincidimos en esta conclusión con Abeliuk (...) En el mismo sentido se pronuncia Ramón Domínguez (...) En suma, no vemos inconveniente alguno en que, teniendo interés en ello, una persona demande la prescripción de una obligación, sea para exonerarse de responsabilidad como deudor principal, sea para liberarse de alguna obligación accesoria a la principal”.⁴⁶

En la doctrina argentina, Guillermo A. Borda es de la misma opinión: “¿La prescripción es una excepción o una acción? La cuestión tiene una gran importancia práctica, porque siendo una acción, el deudor de una obligación prescripta podría demandar al acreedor para que se declare prescripto su derecho; en cambio, si sólo es una excepción, no puede instaurar tal demanda y su derecho se reduce a oponer la defensa de prescripción si el acreedor demanda el pago de la deuda. Según el art. 3949,⁴⁷ la prescripción es una excepción para repeler una acción; y la nota al pie cita a AUBRY y RAU, quienes categóricamente afirman que la prescripción no confiere jamás sino una excepción. Esto dio lugar a que algunos fallos y autores sostuvieran que la prescripción no podía hacerse valer nunca por vía de acción. Pero esta concepción, demasiado estrecha, ha quedado hoy superada. El principio sigue siendo que la prescripción sólo puede ser opuesta por vía de excepción, pero se la debe admitir también por vía de acción cada vez que sea necesario para remover un obstáculo al ejercicio de un derecho. Ejemplo típico es el de la imposibilidad de enajenar un inmueble por hallarse impagos los impuestos: si éstos están prescriptos, el propietario vendedor puede iniciar demanda contra el Fisco para que se lo declare así, con lo cual queda en libertad de escriturar. De lo contrario, el Fisco vendría a tener en sus manos el recurso para obligar a pagar una deuda prescripta, en contra de las disposiciones de la ley. Conforme con este criterio, hoy imperante en toda la jurisprudencia del país, se ha decidido que puede accionarse para que se declare prescripta una deuda si se trata de desafectar un inmueble de una hipoteca, o de obtener el levantamiento de un embargo trabado en garantía de un crédito prescripto y, en general, siempre que la inercia del acreedor trabe la actividad del deudor y le ocasione perjuicios. Si no se invoca un interés de esta naturaleza, la prescripción sólo puede hacerse valer por vía de excepción”.⁴⁸

b.3) *Quiénes pueden alegar la prescripción extintiva.*

Despejado el punto relativo a la posibilidad de alegar la prescripción extintiva mediante la interposición de una acción, cabe ahora formular la siguiente interrogante: ¿Quiénes pueden alegar la prescripción?

En materia de prescripción adquisitiva, no hay duda que sólo el poseedor de la cosa, interesado en adquirir el dominio de la misma, es quien puede alegarla. Ello, porque nadie puede ser forzado a adquirir un derecho –en este caso el dominio-, sin que se manifieste su voluntad en tal sentido.

Distinto es el caso de la prescripción extintiva. En efecto, en principio, quien naturalmente alegará la prescripción liberatoria será el deudor. Sin embargo, la regla del art.

⁴⁶ Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Volumen 2, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 286 y 287.

⁴⁷ Del antiguo Código Civil argentino.

⁴⁸ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1998, 8ª edición actualizada, N° 999, p. 9.

2493, ya transcrita, es mucho más amplia, pues permite alegarla a cualquiera “que quiera aprovecharse de la prescripción”.

En realidad, como expresa Ramón Domínguez Águila, a diferencia de otros códigos civiles, el nuestro no señala quiénes puedan alegar la prescripción: “No cabe dudas que las reglas se han puesto en el caso que quien lo hace es el deudor o más ampliamente el sujeto pasivo de la relación pertinente. Tampoco que puedan hacerlo quienes le representan, sea legal o voluntariamente (...) Pero nada más puede desprenderse de las normas del Código. Sin embargo el artículo 2253 del Código Francés prescribe que ‘Los acreedores, o toda otra persona que tenga interés a que la prescripción sea reconocida, pueden oponerla, o invocarla, aunque el deudor renuncie a ella’. El Código italiano de 1865 tenía regla semejante (art. 2112) y el actual, en el art. 2939 ordena que ‘La prescripción puede ser opuesta por los acreedores y por quien tenga interés, aunque la parte no haga valer. Puede ser opuesta, aunque la parte la haya renunciado’. El reciente Código de Brasil también otorga el derecho a alegarla la ‘parte a quien aprovecha’ (art. 193). El art. 2513 inc. 2 del Código Colombiano precisa que ‘La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella’. El art. 2534 del nuevo Código Argentino en su inciso segundo precisa que ‘Los acreedores y cualquier interesado pueden oponer la prescripción, aunque el obligado o propietario no la invoque o la renuncie’. Esas reglas se justifican plenamente, porque si el sujeto pasivo de la obligación es el primer interesado en la prescripción, no es siempre el único y pueden existir terceros a quienes la inercia del deudor perjudique, de forma que resulta lógico que se les reconozca legitimación para alegarla. Y cabe observar que tanto el Código Francés como el Italiano, el Colombiano o el Argentino reconocen a esos terceros –entre ellos a los acreedores- una legitimación directa y propia para la alegación. No se trata entonces de una mera aplicación de la acción oblicua o subrogatoria que el Código de Napoleón confiere a los acreedores de un modo general (art. 1166), sino de un derecho propio, pues no lo ejercen por y en lugar del deudor y tan independiente es el derecho que aunque el deudor hubiese renunciado a la prescripción, los acreedores pueden aún alegarla. Es más propiamente una legitimación alternativa conferida al tercero, aunque el carácter de esta acción haya sido discutido y haya quienes le den carácter subrogatorio. Pero la norma no sólo se refiere al acreedor del deudor negligente, sino a todo el que tenga interés en que la prescripción opere: los terceros garantes, el vendedor obligado a la garantía de la evicción, el que ha adquirido la cosa existiendo antes un contrato nulo entre su vendedor y el antecesor de éste y otros (...) Sin embargo, en nuestra legislación no existe regla semejante, como tampoco una acción oblicua o subrogatoria con carácter general. No hay pues norma que permita fundar el derecho del acreedor a alegar la prescripción no opuesta por su deudor, ni el de otros interesados. Pero nos parece evidente que algunos supuestos habrán de ser admitidos. Así, el vendedor obligado al saneamiento de la evicción debería entenderse autorizado para alegar la prescripción de alguna obligación del deudor, si ella permite la adecuada defensa de éste a que está obligado. Del mismo modo, los deudores accesorios por garantía, pueden oponer al acreedor la prescripción de la obligación caucionada, desde que por el art. 2516 y en especial si se tiene en cuenta el alcance que le ha dado la jurisprudencia (...), la

prescripción de la acción accesoria depende de la prescripción de la obligación principal, de forma que para obtener la prescripción de la acción hipotecaria, o de la fianza, o de la acción prendaria, el garante requiere alegar la prescripción de la obligación caucionada. Por lo demás la prescripción tiene los caracteres de una excepción real, es decir relacionada con la obligación misma y no con la calidad o estado del deudor. El art. 2496 permite alegar la prescripción al fiador aunque el deudor principal la haya renunciado. En todo caso, la existencia de una regla general, como de los Códigos francés e italiano es un perfeccionamiento que requiere el Código Civil. Entendemos, con todo, que la norma debe ser que pueda invocar la prescripción todo aquel que tiene interés en ella”.⁴⁹

Además de los códigos citados por el profesor Domínguez, pueden agregarse otros ejemplos. Así, dispone el Código Civil español: “Artículo 1937. Los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario”. Por su parte, se establece en el Código Civil federal mexicano: “Artículo 1143.- Los acreedores y todos los que tuvieren legítimo interés en que la prescripción subsista, pueden hacerla valer aunque el deudor o el propietario hayan renunciado los derechos en esa virtud adquiridos”. A su vez, se señala en el Código Civil de República Dominicana: “Art. 2225.- Los acreedores o cualquiera otra persona interesada en que se adquiera la prescripción, pueden oponer la misma, aunque el deudor o propietario renuncie a ella”.

En verdad, los casos citados demuestran que el derecho para alegar la prescripción, en especial la extintiva, por cualquiera persona que acredite un interés jurídico en su declaración, constituye un principio universal en el actual Derecho civil.

Más adelante, el autor cuyas reflexiones hemos transcrito en los párrafos precedentes, se refiere a la situación del fiador y del tercer poseedor de la finca hipotecada: “Situación del fiador. El Código Civil se preocupó expresamente de la situación del fiador, al señalar en el art. 2496 que ‘El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor’ (...) Situación del tercer poseedor de la finca hipoteca. Aquella misma norma, el art. 2496, o mejor dicho su principio, debe ser aplicada al tercer poseedor de la finca hipotecada, el cual, si es perseguido por la obligación que grava el predio, puede oponer la prescripción, aunque la haya renunciado el deudor personal. La doctrina se explica por el efecto relativo de la renuncia”.⁵⁰

Josserand, decía por su parte (las referencias, obviamente, son al Código Civil francés): “*La prescripción no obra de pleno derecho*; es preciso aún, que sea invocada, que sea opuesta por quienes tienen calidad para hacerlo. En esto difiere de los verdaderos medios de extinción, tales como el pago, la novación, la dación en pago, la remisión de la deuda, que hacen desaparecer la deuda por sí mismos, de pleno derecho; es que la prescripción tiene la significación jurídica de un medio de prueba, y como se trata de un medio particularmente delicado en su utilización, que repugna a la conciencia delicada de un deudor, la ley no permite al juez que lo tenga en cuenta por su propia autoridad: “*Los jueces no pueden suplir de oficio el medio resultante de la prescripción*” (art. 2223). No quiere esto decir, por otra parte, que el deudor sea el único calificado para oponerla: el artículo 2225 concede esta iniciativa, primero, a sus acreedores –en virtud del artículo 1166

⁴⁹ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 102-104.

⁵⁰ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 133 y 134.

(...) y más generalmente a “*toda otra persona que tenga interés en que la prescripción sea adquirida...*”, por consiguiente, a quienes están comprometidos en los vínculos de la misma deuda, a los codeudores solidarios y a los caucioneros”.⁵¹

Pues bien, es correcto entonces concluir que, quien adquiera un inmueble hipotecado, será considerado como “tercer poseedor de la finca hipotecada”, y, aunque no tenga ningún vínculo personal con el acreedor hipotecario, podrá alegar la prescripción, con el objeto de que el tribunal decrete el alzamiento de la hipoteca y la cancelación de la inscripción hipotecaria. Otro tanto ocurrirá con aquél que adquiera el dominio de un inmueble, en cuya secuencia de títulos haya quedado pendiente de pago un saldo de precio. Al radicar en su patrimonio dicho inmueble, se entiende que no sólo ha adquirido el dominio del mismo, sino que también todos los derechos y acciones que en relación a dicho bien, hayan tenido sus antecesores en la propiedad. Y entre tales derechos, no cabe duda que encontramos el de pedir que se declare la prescripción extintiva de las acciones que tenía la vendedora del año 1953, para reclamar el pago del aludido saldo de precio o para demandar la resolución de la compraventa.

Se trata de un caso de lo que, en doctrina, se ha llamado “legitimación ordinaria derivada”. En efecto, “se afirma la titularidad activa o pasiva de una relación jurídica que originariamente pertenecía a un tercero y que le ha sido transmitida o transferida al demandante por vía singular o universal. Podemos señalar como ejemplo la situación del tercer poseedor de la finca hipotecada a quien le han transferido un inmueble gravado con hipoteca, o de aquél que adquiere un crédito mediante cesión. También es el supuesto de los herederos que adquieren todos los derechos u obligaciones de su causante”.⁵²

b.4) Oportunidad para alegar la prescripción extintiva, ante la demanda del acreedor.

En lo que concierne a la oportunidad para alegar la prescripción extintiva como excepción, cabe considerar que el Código Civil nada expresa al efecto. Es el Código de Procedimiento Civil el que resuelve la materia. En efecto, el art. 309 de dicho Código, dispone, al aludir a los requisitos de la contestación de la demanda, que, entre ellos, está el que se refiere a las excepciones que se oponen: “La contestación a la demanda debe contener: (...) 3°. Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan”. Pero en el caso de la prescripción, el artículo citado debe ser complementado por el art. 310 del mismo cuerpo legal, ya citado. Por tanto, el demandado podrá oponer la excepción de prescripción durante todo el transcurso del juicio, en primera instancia hasta antes de que el tribunal cite a las partes a oír sentencia, y en segunda instancia, hasta antes de la vista de la causa.

Lo anterior, por supuesto, en el entendido que nos estamos refiriendo a un procedimiento ordinario, pues si se trata de una demanda ejecutiva, todas las excepciones – incluyendo la de prescripción–, deben ser opuestas en una sola oportunidad, cual es aquél en el que el ejecutado formula oposición a la ejecución (arts. 464 N° 17 y 465 del Código de Procedimiento Civil).

b.5) *Renuncia al derecho de alegar la prescripción.*

⁵¹ Josserand, Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., 2008, p. 597.

⁵² Rodríguez Josse, Cristián, *Teoría General de la Legitimación en el Proceso Civil*, Santiago de Chile, Editorial Hammurabi, 2019, pp. 89 y 90-

Dispone el art. 2494: “La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida. / Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo”.

La renuncia, entonces, puede ser expresa o tácita, “pero sólo después de cumplida”.

La renuncia expresa resultará de una explícita declaración de voluntad del deudor. La renuncia tácita proviene de la ejecución de ciertos actos que demuestran inequívocamente la intención de renunciar, porque son incompatibles con la voluntad de aprovecharse de la prescripción (implican renuncia tácita por ejemplo los abonos a las deudas; el pago de intereses; la petición de un plazo al acreedor).

No se admite la renuncia anticipada de la prescripción y si se produce adolecerá de nulidad absoluta. Si se permitiera la renuncia anticipada, la prescripción dejaría de desempeñar su misión de interés público.

El art. 2495 exige en el renunciante *capacidad para enajenar*: “No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar”. Siendo la renuncia una especie de acto de “disposición”, es razonable que se exija facultad para enajenar.

c) *Que la prescripción no haya sido interrumpida.*

c.1) *Concepto de interrupción.*

Para que la prescripción opere hace falta la inactividad del acreedor y la pasividad del deudor. Si el acreedor ejerce las acciones correspondientes, éstas no se extinguirán por la prescripción. Si el deudor reconoce la existencia de las obligaciones, tampoco se consumará la prescripción.

En uno y otro caso desaparecen los fundamentos de la prescripción. La interrupción es el efecto de ciertos actos del acreedor o del deudor que destruyen los fundamentos de la prescripción e impiden que ésta tenga lugar. El acto interruptivo de la prescripción produce un doble efecto: detiene el curso de la prescripción, y torna inútil el tiempo transcurrido.

c.2) *Formas o clases de interrupción de la prescripción.*

Establece el art. 2518: “La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. / Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente. / Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2503”.

La interrupción puede ser natural o civil.

La interrupción civil es obra del acreedor; la interrupción natural es obra del deudor.

c.2.1) *Interrupción civil por la demanda judicial.*

El art. 2518 deja en claro que se niega valor interruptivo a las simples gestiones extrajudiciales del acreedor a pesar de que manifiesten su decidido propósito de hacer valer su crédito. Se requiere demandar. Tampoco interrumpen la prescripción diversas gestiones judiciales que no merecen el calificativo de demandas, como por ejemplo las gestiones de preparación de la vía ejecutiva, las diligencias para notificar al deudor la cesión de un crédito, etc.

Ahora bien, ¿basta con la sola interposición de la demanda para entender civilmente interrumpida la prescripción? ¿O sólo con la notificación de la demanda se entenderá

civilmente interrumpida la prescripción? La cuestión ha sido debatida y presenta también sentencias con disímiles criterios. Revisemos las doctrinas:

i.- Doctrina que postula que, para que se interrumpa civilmente la prescripción, es necesario que *la demanda haya sido notificada*. Así se desprendería del art. 2503, N° 1. Se afirma que sólo a partir de la notificación de la demanda existe juicio (art. 1603, inciso final) y por ende se manifiesta la voluntad del acreedor en orden a “intentar” una acción. Adicionalmente, el legislador deja en claro que se interrumpe la prescripción con la notificación de la demanda, en el art. 100 de la Ley N° 18.092, sobre Letras de Cambio y Pagarés. Esta norma confirmaría el principio general. Esta es la doctrina mayoritaria y que también ha tenido una mayor acogida en la jurisprudencia. Revisemos algunos planteamientos formulados en el marco de la misma:

i) Arturo Alessandri Rodríguez afirma al efecto: “Para que la interrupción civil se produzca, es necesaria una demanda judicial y que ella sea notificada en forma legal”.⁵³

ii) Ramón Domínguez Águila señala por su parte, aludiendo a esta doctrina que, según se verá, él en realidad no comparte: “Requisitos necesarios para que opere la interrupción civil. De la relación de los artículos 2518 y 2503 del Código Civil pueden desprenderse los siguientes requisitos: a) demanda judicial; b) notificación legal de la demanda; c) que no haya mediado desistimiento de la demanda o abandono de la instancia y d) que el demandado no haya obtenido sentencia absolutoria”.⁵⁴ Agrega más adelante: “Es necesaria notificación de la demanda y dentro del plazo de prescripción. Doctrina disidente. Pero según la doctrina más admitida entre nosotros, no basta la notificación legal de la demanda, pues es preciso además que esa notificación se practique dentro del plazo previsto para la prescripción. Es al momento de la notificación válida de la demanda que se produce la interrupción y no al tiempo de la sola presentación judicial de aquella. Desde antiguo nuestros tribunales han declarado que ‘la prescripción extintiva sólo se interrumpe civilmente por la demanda judicial debidamente notificada dentro del lapso de tiempo respectivo, pues en el art. 2518 del Código Civil se expresa que la demanda judicial no interrumpe la prescripción extintiva en los casos enumerados en el art. 2503, entre los cuales figura ‘si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal’, de lo que se deduce que si no interrumpe la prescripción la demanda cuando está ilegalmente notificada, menos puede interrumpirla cuando no está notificada en manera alguna’. Esta doctrina se ha reiterado en numerosas sentencias, que parten de la base que es necesaria la notificación de la demanda”.⁵⁵

iii) Pablo Rodríguez Grez manifiesta a su vez: “La ‘demanda judicial’ a que se refiere el artículo 2518 inciso 3° del Código Civil debe hallarse notificada, porque mientras ello no ocurre, no existe ‘demanda judicial’ propiamente tal, sino un acto unilateral, desconocido

⁵³ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 482.

⁵⁴ Domínguez Águila, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edición actualizada, Santiago de Chile, Prolibro Ediciones Ltda., 2020, pp. 262 y 263.

⁵⁵ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 293. Cita abundante jurisprudencia, entre ella, la que corresponde a sentencias de la Corte Suprema dictadas en los autos Rol N° 7178-2008 (15 de enero de 2009), Rol N° 5700-2014 (14 de abril de 2014), Rol N° 1532-2015 (27 de agosto de 2015), Rol N° 9917-2015 (25 de enero de 2016), Rol N° 38319-2016 (13 de diciembre de 2016), Rol N° 44507-2017 (2 de octubre de 2018), Rol N° 15425-2017 (21 de marzo de 2018), Rol N° 76288-2016 (22 de enero de 2017), Rol N° 10376-2017 (10 de mayo de 2017).

por el deudor, que no altera la situación de la relación, manteniéndose todos los efectos del silencio. Lo que señalamos queda de manifiesto a propósito de las excepciones contempladas en el artículo 2503. No obstante existir opiniones divergentes sobre esta materia, a nuestro juicio, es evidente que la sola circunstancia de presentarse la demanda no es suficiente para poner fin al ‘silencio de la relación’, ya que esta última se encuentra trabada entre deudor y acreedor y no por intermediación de un tribunal de justicia. Si la demanda no se ‘comunica’ (notifica) al deudor, el ‘silencio’ se mantiene incólume”.⁵⁶

Más adelante, reitera estas ideas: “Momento en que se produce la interrupción. Esta cuestión ha suscitado interpretaciones encontradas. Para varios autores la interrupción se produce no al momento de notificarse la demanda, sino al momento de entablarse ante el tribunal, ya que, una vez notificada, sus efectos se retrotraen al momento de ser deducida. Nosotros discrepamos de esta apreciación, no obstante estar avalada por prestigiosos juristas. Desde luego, no existe norma alguna que disponga que la notificación de la demanda retrotrae los efectos de la misma a la fecha de su interposición. Lo que sí ocurre es que hay juicio desde el momento en que se practica de la notificación. Antes de que ello ocurra, no hay juicio ni se genera efecto ninguno para el demandado. Sostener lo contrario implica, en cierta medida, privilegiar la situación del acreedor y provocar un desequilibrio entre los litigantes”.⁵⁷

iv) Ramón Meza Barros: “La demanda debe ser notificada. No basta la presentación de la demanda para interrumpir la prescripción. La demanda debe ser notificada. La demanda no produce ningún efecto, respecto del demandado, si no se ha notificado a éste; prueba de ello es que el demandante puede retirarla, sin ningún trámite (art. 148 C. de P. Civil). Fluye esta exigencia, además, de la norma del N° 1 del art. 2503. De ella se desprende que sólo es capaz de interrumpir la prescripción una demanda legalmente notificada”.⁵⁸

v) René Ramos Pazos: “Notificación de la demanda. Para que opere la interrupción no basta la presentación de la demanda, sino que es necesario que esta se encuentre legalmente notificada. Tradicionalmente se ha entendido que para que opere la interrupción la demanda tiene que notificarse antes del vencimiento del plazo de prescripción. Ello por aplicación del artículo 2503, N° 1^o”.⁵⁹

vi) Gonzalo Ruz Lártiga: “El art. 2518 señala que ‘se interrumpe civilmente (la prescripción) por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el Art. 2503’. La interrupción civil de la prescripción se produce, entonces, por demanda judicial, esto es, el acreedor debe recurrir a los tribunales accionando contra el deudor para obtener el cumplimiento de la obligación. Para que la demanda judicial produzca la interrupción de la prescripción es opinión mayoritaria de la doctrina que sea necesario que ella se notifique y que la notificación se haya efectuado antes de expirar el plazo de prescripción”.⁶⁰

vii) Alfredo Barros Errázuriz: “La prescripción se interrumpe por la notificación de la demanda judicial; pero es menester que la demanda sea mantenida por el acreedor hasta el

⁵⁶ Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Volumen 2, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 302.

⁵⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 304.

⁵⁸ Meza Barros, Ramón, ob. cit., N° 715, p. 502.

⁵⁹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 622, p. 437.

⁶⁰ Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo II, Santiago de Chile, AbeledoPerrot – LegalPublishing Chile, 2011, p. 467.

fallo definitivo del juicio, y que ella sea admitida por el tribunal. Si la demanda cae, la interrupción que es su consecuencia, también cae”.⁶¹

ii.- Doctrina que postula que, para que se interrumpa civilmente la prescripción, *basta con presentar la demanda*. En efecto, algunos piensan que se interrumpe civilmente la prescripción con la sola interposición de la demanda, considerando que el art. 2503 no exige notificación de la acción, sino sólo “intentar” un recurso judicial, expresión que aludiría a presentar la respectiva demanda. Asimismo, el mismo precepto, en su inc. final, alude a los casos en los que, excepcionalmente, no opera la interrupción de la prescripción “por la demanda” (y no “por la *notificación* de la demanda”). Algunos fallos, como los dictados recientemente por la Corte Suprema (sentencias de fecha 31 de mayo de 2016, dictada en los autos Rol N° 6.900-2015; de fecha 7 de junio de 2017, pronunciada en los autos Rol N° 7.407-2016; y de fecha 3 de agosto de 2021, pronunciada en los autos Rol N° 4.310-2021) han admitido esta doctrina.⁶² Consignemos algunas opiniones que adhieren a esta doctrina:

i) René Abeliuk Manasevich: “Como decíamos, la remisión del Art. 2518 al Art. 2503 implica que hay ciertos casos, los tres que enumera esta última disposición, en que la demanda judicial no basta para interrumpir civilmente la prescripción. Ello ocurre, en primer lugar, ‘si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal’ (Art. 2503, N° 1). O sea, la demanda debe notificarse al deudor, y la notificación ha de cumplir los requisitos establecidos por la ley; si posteriormente se anula la notificación efectuada, no se ha interrumpido la prescripción. La Corte Suprema había entendido habitualmente que la notificación debía hacerse antes que el plazo de prescripción se hubiere cumplido, pues en caso contrario nada se obtiene con la notificación, ya que la prescripción ha operado. Sin embargo, un fallo de la I. Corte de Valparaíso, de 29 de octubre de 1963, sostuvo que basta con que la demanda se intente antes de cumplirse el término de la prescripción, aunque la notificación se haga posteriormente, pues ella retrotrae sus efectos a la presentación a la demanda. Fue interesante esta posición, pues, si bien se mira, la ley ha exigido únicamente demanda judicial, y sólo ha declarado que ella es inapta para la interrupción si no ha sido notificada en forma legal”. El mismo autor, comentando el fallo de la Corte de Valparaíso, expresa en una nota: “En anteriores ediciones de esta obra se señalaba que el punto admitía discusión, pero nos inclinábamos por esta sentencia por la evidente “convivencia” (sic)⁶³ de ella en los más de los casos. Un nuevo estudio muy de fondo del tema me ha demostrado que en esta parte el C.C. chileno, se apartó de su modelo habitual en materia de obligaciones, el Código francés, que en su Art. 2244 exige expresamente la notificación para que se produzca la interrupción, mientras que el nuestro (desde los primeros proyectos) requiere en los actuales Arts. 2503, 2518 y 2523 N° 2, sólo que se intente el recurso judicial. La necesidad de la notificación legal sólo aparece en el Proyecto Inédito, pero no como un requisito para que se produzca la interrupción. Se le incluye entre las causales por

⁶¹ Barros Errázuriz, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Segundo Año (Primera parte que trata de la Teoría General de las Obligaciones), Santiago de Chile, Imprenta y Encuadernación Claret, 1916, p. 179.

⁶² Cfr., en nuestra página www.juanandresorrego.cl, “Criterios jurisprudenciales - Teoría de los Bienes y de los Derechos Reales” (causa Rol N° 6.900-2015) y “Criterios jurisprudenciales - Obligaciones en general y contratos en particular” (causa Rol N° 7.407-2016).

⁶³ Entendemos que el autor quiso decir “conviniencia”.

las cuales, de acuerdo al inciso final del que hoy es el Art. 2503, ‘se entenderá no haber sido interrumpida la ‘prescripción’ por la demanda’. Incluso el legislador cometió un error en la Ley N° 6.162, de 29 de enero de 1938, al reemplazar la causal por la cual ella se producía en el solo C.C. En éste se perdía la interrupción ‘por haber cesado el recurrente en la prosecución de la demanda por más de tres años’. La Ley N° 6.162, reemplazó esta frase por el ‘abandono de la instancia’ (hoy abandono del procedimiento) pensando que es la institución que establece el C.P.C. Pero olvidó el legislador que el abandono de la instancia sólo puede producirse cuando ya ha habido notificación. Así se ha fallado, por ejemplo, en sentencia publicada en F.M. N° 456, sent. 9ª, pág. 2388. En cambio, en el C.C., si presentada la demanda no se proseguía por tres años, se perdía la interrupción. Por cierto que la Ley N° 6.162 debería haber rebajado el plazo de tres años a seis meses. Por lo demás, la tendencia más moderna es que incluso el requerimiento extrajudicial interrumpa la prescripción, lo que es lógico y deberíamos, por lo menos, acercarnos por la vía de interpretación a esta tendencia, por evidentes razones de honestidad y ética. La prescripción no se creó para que no se cumplieran las obligaciones”.⁶⁴

ii) José Clemente Fabres: “la interrupción no debe contarse desde la fecha de notificación de la demanda, sino desde la fecha en que se entabló el recurso o demanda. Es cierto que sin la notificación no surte efecto la demanda, pero efectuada la notificación se retrotraen sus efectos a la fecha en que se interpuso la demanda o el recurso. De aquí ha nacido la práctica (hoy obligación legal) de poner ‘cargo’ a los escritos. Notaremos además que el artículo 2518 inc. tercero vuelve a repetir que la prescripción se interrumpe *por la demanda judicial*”.⁶⁵

iii) Ramón Domínguez Águila: después de aludir a la primera doctrina, según lo expuesto, Domínguez afirma que “Por nuestra parte insistimos en que la notificación de la demanda que interrumpe la prescripción no tiene por qué hacerse necesariamente dentro del plazo de prescripción. La prescripción es una institución propia del derecho substancial, por mucho que influyan en ella aspectos procesales. Y por ello es con respecto a la relación de obligación que ha de examinársela y no con el proceso y por lo tanto su interrupción no depende del ejercicio procesal de la acción, sino de una manifestación de voluntad de ejercitar el derecho. Esa interrupción es el resultado del acto por el cual el acreedor deja su inactividad y manifiesta su voluntad de perseguir el cumplimiento de la obligación. Si dicho acto se produce en una demanda, la interrupción se origina porque en ella se contiene dicha voluntad y no porque a efectos procesales ella haya de ser notificada más tarde”.⁶⁶ Con todo, reconoce Domínguez que la doctrina que defiende no ha sido la mayoritariamente admitida por la Corte Suprema: “Sin embargo, habrá que reconocer que la no exigibilidad de la notificación dentro del plazo de prescripción es pues una posición muy minoritaria en nuestro derecho y, por el contrario, la solución de los tribunales casi constante ha sido la decidida por la Corte Suprema, de acuerdo a la que ‘debe acogerse el recurso de casación en el fondo contra la sentencia que resuelve, que la mera voluntad del acreedor de ejercitar la

⁶⁴ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 1217 y 1218.

⁶⁵ Fabres, José Clemente, *Instituciones de Derecho Civil Chileno*, T. X, nota 96 a la p. 395, Santiago de Chile, 1912, citado por Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 299 y 300.

⁶⁶ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., N° 53.2, p. 302.

acción al presentar su escrito de demanda a la Corte de Apelaciones para su distribución produce el efecto de retrotraer la notificación a dicha fecha, interrumpiendo así la prescripción'. Y agrega el tribunal que 'la interrupción de la prescripción opera únicamente desde el momento de la notificación legal de la demanda'".⁶⁷

iv) Daniel Peñailillo Arévalo: "Aquí surge una discrepancia (común a ambas prescripciones) sobre la época en que debe ser notificada. Para que la interrupción produzca efectos es claro que la demanda debe ser notificada; la duda consiste en definir si, para interrumpir, es necesario notificarla dentro de plazo o basta presentar la demanda ante el tribunal. La primera solución está fundada en que las resoluciones judiciales sólo producen efecto una vez notificadas; y, sobre todo, en que, conforme al art. 2503, no hay interrupción si no hay notificación. Puede añadirse también que, en la adquisitiva, lo que debe ser interrumpida efectivamente es la posesión, la cual con la sola presentación de la demanda no es aún agredida. La segunda está apoyada en que la ley exige solamente 'recurso judicial' (o 'demanda judicial', si se trata de la extintiva, según el art. 2518), idea reafirmada en el art. 2503, al que basta que haya sido 'intentado' el recurso judicial. A estos argumentos debe agregarse otro: si es exigido que también la notificación sea practicada dentro del plazo, en la realidad al que quiere interrumpir (dueño o acreedor, según el caso) le estaría siendo restado una parte del plazo; nunca gozaría de todo el plazo que la ley le confiere para interrumpir porque debe reservar un tiempo de la última parte del plazo para lograr la notificación del demandado. Más aún, surgirían diferencias entre actores; algunos disfrutarían de menos plazo que otros dependiendo de la mayor o menor dificultad real para notificarlos (sin contar con la posibilidad de que el demandado despliegue maniobras para evadir o postergar la notificación). Esa privación parcial de plazo y la anotada desigualdad no son aceptables, y son evitadas con esta alternativa. Además de estos argumentos específicos, hay otras apreciaciones conceptuales que militan también a favor de la suficiencia de la sola presentación. Por una parte, es útil tener presente una distinción entre los efectos sustantivos y procesales de la demanda. Sustantivamente, constituye la protesta ante el tribunal por custodiar el derecho; procesalmente, inicia el juicio respectivo; con la notificación queda trabado el juicio y cobra eficacia el acto interruptivo, pero que ya quedó configurado al ser presentada la demanda. Esta distinción fortalece la conclusión de que basta que la demanda sea presentada dentro del plazo, aunque la notificación sea practicada después. Por otra, es útil calificar como recepticio o no recepticio el acto interruptivo. En prescripción adquisitiva, el efecto interruptivo asignado a la demanda está fundado en la actitud exigible al dueño de la cosa poseída por otro, que, saliendo de su inactividad –por desidia, abandono o aceptación que otro explote la cosa-, demuestre su interés en mantener su derecho bajo consecuencia de perderlo. Pues bien, esa actitud ha sido manifestada al acudir al tribunal con su protesta. Pedir además el conocimiento del poseedor es añadir una exigencia que, desde luego, nuestros textos no solicitan (en todo caso, no con claridad). Así, preferimos calificar de no recepticio al acto interruptivo, lo que asimismo conduce a concluir que basta la presentación de la demanda".⁶⁸

⁶⁷ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., N° 53.2, pp. 302 y 303.

⁶⁸ Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 2ª edición, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, N° 207, pp. 1063 y 1064.

En ciertos casos, sin embargo, *la demanda no interrumpe la prescripción*. Están enumerados en el art. 2503. De conformidad a lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el recurso judicial no ha tenido la eficacia de interrumpir la prescripción, en los siguientes casos:

- i.- Notificación ilegal de la demanda;
- ii.- Desistimiento de la demanda o declaración de abandono del procedimiento;
- iii.- Sentencia absolutoria a favor del demandado.

Cabe señalar que no hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que la *incompetencia del tribunal* ante el que se presentó la demanda sea o no un inconveniente para la eficacia de la interrupción de la prescripción. Ramón Meza Barros adhiere a la segunda opinión, señalando que por lo demás, el art. 2518 no excluye la demanda ante juez incompetente. Además, agrega, “aunque sea incompetente el tribunal, no por ello es menos evidente el propósito del acreedor de afirmarse en su derecho”.⁶⁹

La jurisprudencia reciente está en la misma línea de concluir que se produce el efecto interruptivo. En efecto, expresa una sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de agosto de 2015, Rol N° 23.182-2014: “Al respecto, en lo pertinente, el inciso final del artículo 2518 del Código Civil dispone que la prescripción que extingue las acciones ajenas se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2503, a saber, si la demanda no se ha hecho en forma legal; si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia; o bien, si el demandado obtuvo sentencia de absolución, de lo que se desprende que sólo en dichos casos se está frente a una demanda que no ha tenido el mérito de interrumpir la prescripción;

Decimocuarto: Que como se ha venido reflexionando, el artículo 2.503 del Código Civil exige, para que opere la interrupción civil de la prescripción, de una demanda notificada, estableciendo tres casos de excepción en los cuales, no obstante haberse intentado una demanda en los términos señalados, dicha interrupción no operará, lo refuerza su inciso final al prescribir: “En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda”, lo que junto a lo dispuesto en el inciso final del artículo 2518 del Código Civil, permite concluir que una demanda presentada ante un juez incompetente, válidamente notificada, al no

encontrarse dentro de los casos de excepción del artículo 2503 del Código Civil, tiene la virtud de interrumpir la prescripción, lo que en el presente caso ha sucedido al ser notificada la demanda de la causa laboral Rol 1.498-2006 el 04 de diciembre de 2006, como se consignó en el motivo sexto del presente fallo.

Decimoquinto: Que establecido como un hecho asentado por los jueces del fondo que el accidente ocurrió el día 09 de diciembre de 2004, el plazo de prescripción se interrumpió el día 04 de diciembre de 2006, fecha de notificación de la demanda en la causa Rol 1.498-2006, por lo que el tiempo transcurrido desde la fecha del accidente hasta esta última fecha, se ha inexorablemente perdido, comenzando a computarse nuevamente, motivo por el cual, al haberse tenido por notificada la demanda el 14 de diciembre de 2009, conforme al inciso segundo del artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, con la notificación de la resolución que declaró la nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento, a dicha fecha había transcurrido tres años y diez días del plazo de prescripción, razón por lo que,

⁶⁹ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 502, N° 716.

como no se alcanzó a cumplir los cuatro años necesarios que exige el artículo 2332 del Código Civil, para que opere la prescripción de las acciones indemnizatorias que emanan del hecho generador de responsabilidad civil extracontractual, no se advierte la infracción denunciada a los artículos 2518 y 2503 del Código Civil;

Decimo sexto: Que, en el mismo orden de ideas, la jurisprudencia mayoritaria de esta Corte ha estimado que la demanda presentada ante un tribunal incompetente es suficiente para interrumpir la prescripción porque la voluntad del propietario o acreedor ha sido la de reclamar su derecho y esa manifestación se produce hágase ante un tribunal competente o incompetente (Ver Vodanovic, T. II, Bienes, Editorial Nascimento, 1981, p. 540 y 541, citándose allí la Memoria de Luz Bulnes Aldunate, 1954, sobre “La interrupción civil de la prescripción”, p. 51 a 53 que sostiene que “nuestra jurisprudencia ha fallado, siempre, aceptando como interrupción de prescripción la demanda interpuesta ante el tribunal incompetente”).

Otro tanto se concluye en la sentencia de la Corte Suprema de 11 de enero de 2018, Rol N° 58.985-2016.

A igual conclusión llegaba Barros Errázuriz: Alfredo Barros Errázuriz: “La ley exige que haya demanda judicial, y que ella sea notificada en forma legal; pero nada dispone para el caso de que resulte que la demanda ha sido interpuesta ante un tribunal *incompetente*. Creemos que aun en este caso la prescripción se interrumpe, porque por el solo hecho de ejercitarse la acción ante la justicia se ha manifestado la resolución del acreedor de no abandonar su derecho, y desaparece en consecuencia la base de justicia en que la prescripción se funda. Así resuelve este punto el Código Francés, el cual dispone en el artículo 2246 que la demanda interrumpe la prescripción aunque haya sido presentada ante juez incompetente”.⁷⁰

La misma opinión sostiene Arturo Alessandri Rodríguez: “Para que la interrupción civil se produzca, es necesaria una demanda judicial y que ella sea notificada en forma legal; pero nada dice el Código respecto a la demanda intentada ante un tribunal incompetente, que a mi juicio, interrumpe la prescripción, porque hay una manifestación expresa del acreedor de no renunciar a su derecho, y porque las cuestiones de competencia son tan difíciles de conocer en la práctica que aun los mismos jueces las ignoran, y no se puede obligar a los particulares a conocer algo que los mismos tribunales desconocen. Por lo demás, así lo ha resuelto la Corte Suprema en una sentencia que figura en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXIII, sección primera, página 73”.⁷¹

Ramón Domínguez Águila comparte también este predicamento: “Tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia concuerdan en que es apta para interrumpir la prescripción, la demanda presentada ante un tribunal incompetente. No encontramos entre los autores voces disidentes en esta materia. Y en ello hay concordancia con las soluciones del derecho comparado. Desde luego el art. 2246 del Código Francés contempla expresamente el efecto interruptivo de una citación ante la justicia hecha incluso ante un tribunal incompetente y allí se ha resuelto que incluso produciría ese efecto una demanda ante tribunal extranjero territorialmente incompetente. Se estima como fundamento a esa regla que habiendo hecho el acreedor lo necesario para el resguardo de sus derechos y en tiempo útil, no sería justo

⁷⁰ Barros Errázuriz, Alfredo, ob. cit., p. 179.

⁷¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pp. 482 y 483.

privarle de sus derechos por haber equivocado de tribunal y debe considerarse además, que las normas procesales determinan que el tribunal incompetente debe señalar el tribunal ante el cual es procedente la acción, de forma que no habría necesidad de una nueva citación ante la justicia”.⁷²

En el Código Civil y Comercial argentino, el art. 2546 sigue esta tesis, expresando: “Interrupción por petición judicial. El curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable”.

Distinta es la opinión de Pablo Rodríguez Grez: “Demanda deducida ante tribunal incompetente. Se ha planteado el problema de saber si una demanda o recurso presentado ante un tribunal incompetente interrumpe la prescripción extintiva. La jurisprudencia y la doctrina uniformemente han sostenido que en este supuesto hay interrupción de la prescripción”. Después de citar las opiniones de Alessandri y de Domínguez, afirma el profesor Rodríguez Grez: “No obstante la unanimidad que se señala, nosotros discrepamos de esta solución. Pensamos a este respecto que lo obrado ante un tribunal incompetente es nulo, por consiguiente, debe considerarse igualmente nula la notificación practicada; si no hay interrupción civil cuando no se ha notificado válidamente la demanda o el recurso judicial intentado, lo mismo cabe decir si es nula la actuación judicial (notificación), como consecuencia de haberse practicado por orden de un tribunal que carece de competencia. Por otra parte, para que se produzca la interrupción civil deben cumplirse los presupuestos legales y, entre ellos, la validez de las actuaciones judiciales que se conllevan el efecto interruptivo. No se trata, creemos nosotros, de que el pretensor cese en su inactividad por cualquier medio judicial. Debe éste, además, someterse a lo que dispone la ley en cuanto a las exigencias formales para que sus actos produzcan las consecuencias queridas. Finalmente, si la legislación francesa necesitó decir que interrumpe la prescripción una demanda intentada ante tribunal incompetente, es porque en ausencia de dicha disposición debía entenderse lo contrario. El ejemplo citado, lejos de fortalecer la posición que se sustenta, la debilita. La discrepancia que advertimos proviene de considerar en todo equivalentes las expresiones ‘si la notificación no ha sido hecha en forma legal’ con ‘nulidad de la notificación practicada ante tribunal incompetente’. En el primer caso, es obvio que la notificación es nula, y en el segundo caso ocurre precisamente lo mismo. Por lo tanto, ni una ni otra notificación produce efectos, razón por la cual no puede atribuirse a ninguna de ellas efectos jurídicos interruptivos. Por otra parte, si se ha deducido demanda ante un tribunal incompetente, ella deberá ser rechazada, y por ende, el deudor obtendrá sentencia absolutoria, porque todo lo obrado ante tribunal incompetente es nulo (no produce efectos)”.⁷³

⁷² Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., N° 52.1.5., pp. 286 y 287.

⁷³ Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Volumen 2, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 304 y 305.

En favor de la tesis del profesor Rodríguez Grez, debe considerarse lo que expresaba Pothier sobre la materia: “Un emplazamiento hecho para ante un juez incompetente en rigor de derecho no interrumpe la prescripción”.⁷⁴

Como puede apreciarse, la opinión mayoritaria concluye que la demanda interpuesta y notificada ante un tribunal incompetente interrumpe civilmente la prescripción. Disiente de la mayoría el profesor Rodríguez Grez.

c.2.2) *Interrupción natural por el reconocimiento del deudor.*

En general, importan interrupción natural los actos del deudor que muestran su inequívoca intención de no aprovecharse de la prescripción en curso. El caso más notorio es aquél en el que el deudor, en lugar de aprovecharse de la prescripción, efectúa un pago parcial de su deuda. Pero no es el único caso. También importan interrupción natural otros hechos del deudor que suponen reconocimiento de la obligación, como por ejemplo, enviarle a su acreedor una carta en la que le pida condonarle los intereses o una prórroga del plazo. Cierta jurisprudencia, equivocadamente, ha entendido que sólo hay interrupción natural cuando el deudor haga un pago parcial, pero la Corte Suprema ha corregido este criterio, en los términos amplios que se acaban de señalar.⁷⁵

La interrupción natural no difiere de la renuncia de la prescripción, salvo en cuanto al momento en que se produce la renuncia supone una prescripción *cumplida*; la interrupción natural no es sino una renuncia a la *prescripción en marcha*. Como ha expresado nuestra Corte Suprema, “La interrupción natural se asemeja a la renuncia de la prescripción, especialmente a la tácita, con la diferencia de que ésta puede tener lugar únicamente una vez cumplida la prescripción, mientras que la interrupción se produce precisamente en el transcurso de ella. Los mismos actos constituirán según la época en que se produzcan, interrupción natural o renuncia de la prescripción”.⁷⁶

Como la renuncia, el reconocimiento puede ser expreso o tácito.

c.3) *Efecto de la interrupción de la prescripción:* produce un doble efecto:

- i.- Detiene el curso de la prescripción
- ii.- Hace perder todo el tiempo transcurrido.

Desde el momento que provienen de un acto jurídico, los efectos de la interrupción de la prescripción son *relativos*.

La interrupción sólo afecta a las personas entre quienes se ha producido. Así lo establece el art. 2519: “La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516”.

c.4) *Excepciones a la relatividad de los efectos de la interrupción.*

En dos casos, la interrupción no sólo afectará al deudor contra quien se dirige el recurso judicial o que reconoce la deuda, sino que también se extenderá a otras personas. Ellos son:

- i.- Tratándose de obligaciones solidarias: art. 2519, ya citado.

⁷⁴ Pothier, Robert, *Tratado de las Obligaciones*, Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1839, N° 697, p. 448.

⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 29 de abril de 2008, autos Rol N° 1.960-2006.

⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 29 de abril de 2008, autos Rol N° 1.960-2006.

Sin embargo, esta excepción no se aplicará a los codeudores solidarios de un título de crédito mercantil, de los regulados en la Ley N° 18.092, conforme lo dispone su art. 100.

Nos remitimos a lo que estudiamos en los efectos de las obligaciones solidarias.

ii.- Tratándose de obligaciones indivisibles: art. 1529.

Establece esta norma: “La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros”.

Recuérdese lo revisado a propósito de los efectos de las obligaciones indivisibles.

d) Que la prescripción no esté suspendida.

d.1) *Concepto de suspensión.*

La suspensión se basa en el principio “en contra del que está impedido para actuar no corre plazo”.

La suspensión es un beneficio establecido en favor de ciertas personas, en cuya virtud la prescripción no corre en contra suya.

El art. 2509 señala en favor de quienes se suspende la prescripción (nos remitimos a lo que estudiamos en el marco de la prescripción adquisitiva).

d.2) *Efectos de la suspensión de la prescripción.*

No hace perder el tiempo transcurrido, a diferencia de la interrupción. El curso de la prescripción simplemente se detiene; cesando las causas de la suspensión, el tiempo puede seguir corriendo útilmente: art. 2509.

d.3) *Límites de la suspensión:* no detiene indefinidamente el curso de la prescripción, hasta que cese la incapacidad del acreedor. art. 2520, inc. 2°. *El límite es de 10 años.*

Sin embargo, existe en nuestra opinión una excepción a este límite, que se desprende del art. 19 bis de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Dispone este precepto: “El plazo de prescripción para las acciones ejecutivas de cobro por deudas de pensión alimenticia será de tres años y se convertirá en ordinaria por dos años más, y se comenzará a computar desde el momento en que el alimentario o alimentaria cumpla 18 años”. Siendo ésta una norma especial, debe prevalecer por sobre lo dispuesto en el art. 2520 del Código Civil. Por ende, en nuestra opinión la acción podrá mantenerse vigente, más allá de los 10 años transcurridos desde que la deuda se hizo exigible.

e) Que transcurra el tiempo fijado por la ley.

e.1) *El transcurso de un plazo como presupuesto esencial de la prescripción.*

El plazo es el elemento fundamental de la prescripción, y común a la adquisitiva y extintiva.

El plazo se computa de acuerdo a las reglas generales de los arts. 48, 49 y 50 del Código Civil. De ellas se desprende:

i.- Comprende los días feriados (o sea, son continuos).

ii.- Los plazos son completos, corriendo hasta la medianoche del último día del plazo.

e.2) *Desde cuando se computa el plazo, por regla general.*

Salvo excepciones legales, corre desde que la obligación se haya hecho exigible (art. 2514, inc. 2°).

Por lo tanto, si estamos frente a una obligación a plazo, la prescripción corre desde que se cumple; si estamos ante una obligación subordinada a una condición suspensiva, desde que se verifique el hecho que origina la obligación y el derecho correlativo.

e.3) *Reglas especiales de cómputo del plazo.*

Puede ocurrir que el legislador establezca reglas de cómputo distintas:

i.- Art. 1880, acción resolutoria que proviene del pacto comisorio, prescribe en 4 años, contados desde la fecha del contrato.

ii.- Art. 1896, acción rescisoria que emana de lesión enorme, prescribe en 4 años contados desde la fecha del contrato.

iii.- Art. 1216, acción de reforma del testamento, prescribe en 4 años, contados desde que los interesados “tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios”.

iv.- Arts. 1866 y 1869, acción *redhibitoria* y acción *quantum minoris*, prescriben en plazos que fluctúan entre seis y dieciocho meses, contados desde la entrega real de la cosa objeto de la compraventa.

e.4) *Los plazos legales no son modificables, por regla general.*

El plazo de prescripción lo fija la ley y en principio, expresa Meza Barros, no puede ser alterado por las partes, ni aumentado o disminuido.⁷⁷ Abeliuk matiza esta opinión, distinguiendo según se trata de ampliar o de reducir el plazo de prescripción. Rechaza la posibilidad de ampliar el plazo, “ya que importaría una cierta forma de renuncia a ella, como si, por ejemplo, se conviene una prescripción de 100 años. La conclusión es que las partes no pueden ampliar los plazos de prescripción, salvo que la ley expresamente lo autorice, como ocurre con la acción redhibitoria (Art. 1866)”. Pero sí admite las convenciones “que disminuyen los plazos de prescripción, pues no hay renuncia a ésta, y antes por el contrario, la estabilidad buscada se obtiene con anterioridad a lo previsto por el legislador”.⁷⁸ Rodríguez Grez rechaza la posibilidad de que pueda convenirse una ampliación o restricción de los plazos de prescripción: “Los plazos de prescripción, toda vez que están referidos a la extinción de un derecho por no ejercerse, son de ‘orden público’. Esto significa que ellos deben considerarse elementos esenciales de la estructura del sistema jurídico y, por ende, no se encuentran a disposición de las partes. Cualquier estipulación no autorizada expresamente en la ley, relativa a la fijación, extensión o restricción de un plazo de prescripción, adolece de objeto ilícito y está sancionada con la nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil)”.⁷⁹

De cualquier manera, los contratantes tienen la facultad para restringir o para ampliar el plazo de prescripción en los siguientes casos, por disposición expresa de la ley:

i.- Art. 1880 (acción resolutoria que emana del pacto comisorio): las partes pueden restringir el plazo.

⁷⁷ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, 1974, pp. 422 y 423.

⁷⁸ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., pp. 1201 y 1202.

⁷⁹ Rodríguez Grez, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones*, Volumen 2, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 319.

ii.- Art. 1885 (acción que emana del pacto de retroventa): ídem.⁸⁰

iii.- Art. 1866 (acción redhibitoria): pueden ampliar o restringir el plazo.

e.5) *Clasificación de la prescripción en relación con el tiempo necesario para prescribir.*

Se distingue por la doctrina entre prescripción de largo tiempo y prescripción de corto tiempo.

e.5.1) *Prescripción de largo tiempo.*

i.- *Acciones personales.* Dispone el art. 2515: “Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias. / La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos”.

De esta manera, los plazos serán los siguientes:

i) Prescripción de las acciones ordinarias: 5 años.

ii) Prescripción de la acción ejecutiva: 3 años. Prescrita, se convierte en ordinaria y dura dos años más.

ii.- *Acciones derivadas de obligaciones accesorias:* prescriben con la acción que emana de la obligación principal. No sobreviven a la obligación para cuya garantía se constituyeron: artículos 2381, N° 3; 2434 – 2516.

iii.- *Acciones reales derivadas del dominio o de otros derechos reales.*

Sabemos que el dominio no se extingue por su no ejercicio. El derecho de propiedad se pierde porque otra persona lo adquiere. Se extingue en consecuencia el dominio no por la prescripción extintiva, sino por la adquisitiva, que opera en favor del poseedor.

i) Prescripción de la *acción reivindicatoria:* sigue el principio enunciado, no se extingue por su no ejercicio, sino que como consecuencia de la pérdida del derecho de propiedad. Señala el art. 2517: “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”. Por ende, el plazo de prescripción variará entre dos y diez años.

ii) Prescripción de la *acción de petición de herencia:* sigue el mismo principio: el derecho de herencia y la acción consiguiente de petición de herencia se extingue con la prescripción adquisitiva del respectivo derecho. *Regla general:* 10 años. Establece el art. 2512, N° 1: “Los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones siguientes: 1a. El derecho de herencia y el de censo se adquieren por la prescripción extraordinaria de diez años”. *Excepción:* 5 años, tratándose del heredero putativo al que se le concedió la posesión efectiva, y siempre y cuando no se acredite que al pedirla, estaba de mala fe (arts. 704 N° 4, 1269 y 2512 N° 1).

iii) Derechos reales, desmembraciones del dominio: art. 2498. Así, artículos 766- 806 (usufructo); 812 (uso y habitación), 822 (servidumbres). La regla general será que éstos derechos reales no se pierden por prescripción extintiva, sino sólo en la medida que otro entre en posesión del derecho y termine ganándolo por prescripción adquisitiva.

iv) Caso excepcional de las servidumbres: excepcionalmente, las servidumbres discontinuas y las continuas inaparentes no se pueden ganar por prescripción (art. 882).

v) Pero respecto a los derechos reales, desmembraciones del dominio, también opera la prescripción como causal de extinción por el no uso.

⁸⁰ En realidad, aquí estamos ante un plazo de caducidad y no de prescripción.

Es lo que ocurre con las servidumbres: art. 885 N° 5 (3 años). Por ende, las servidumbres se extinguen de dos maneras:

+ Por la prescripción adquisitiva de 5 años (art. 882), extinción que supone su adquisición por otra persona.

+ Por la prescripción extintiva de 3 años (art. 885, N° 5), por su no ejercicio.

vi) En cuanto al usufructo y derecho de uso y habitación, debemos primero distinguir, según si el usufructuario acciona contra un tercero o si lo hace en contra del nudo propietario (y bajo el entendido que a los últimos dos derechos, corresponde aplicarles lo mismo que se prescribe para el primero):⁸¹

vi.i) Usufructuario acciona contra un tercero: la acción para reclamar el derecho real de usufructo seguirá vigente, en la medida en que el tercero no adquiera el usufructo por la prescripción adquisitiva (art. 766: “El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos: (...) 4°. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción”). Opera entonces el principio general del art. 2517: el derecho real de usufructo no se extingue por el mero desuso.⁸²

vi.ii) Usufructuario acciona contra el nudo propietario: existe aquí controversia en la doctrina nacional, habida cuenta del tenor del art. 806: “El usufructo se extingue también: (...) Por prescripción”. Hay dos opiniones: para Luis Claro Solar, si el usufructuario no reclama su derecho al nudo propietario, se extinguirá por prescripción extintiva de cinco años (art. 2515).⁸³ Lo mismo piensa Abeliuk, “porque en caso contrario el Art. 806, en la parte que se refiere a la prescripción, sería más bien innecesario; a la misma conclusión habría llevado el Art. 2517”.⁸⁴ Arturo Alessandri Rodríguez, en cambio, rechaza esta posibilidad de que el derecho real de usufructo pueda perderse por prescripción extintiva: “para que prescriba el derecho de usufructo no basta el simple no uso, pues las acciones para reclamar un derecho se extinguen por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2517) y, además, dentro de las concepciones de nuestro Código Civil, el usufructuario tiene el derecho de dominio sobre su derecho de usufructo, dominio que no pierde mientras otra persona no lo haya ganado por prescripción adquisitiva”.⁸⁵ Lo dicho respecto al derecho real de usufructo, cabe también para el derecho real de uso y habitación, pues el art. 812 dice que tales derechos “se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo”.

vii) Derecho real de *conservación*: creemos que también puede extinguirse al operar en favor de otro la prescripción adquisitiva, por al menos tres razones: la primera, porque de acuerdo al art. 2498, inc. 2°, se ganan por este modo los derechos reales “que no están especialmente exceptuados”; la segunda razón, porque conforme al Proyecto de la posterior Ley N° 20.930, se propuso incorporar al aludido art. 2498 un inc. 3° que indicare: “No podrá adquirirse por prescripción el derecho real de conservación”. Pero dicha propuesta no

⁸¹ Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 630, p. 446.

⁸² Ramos Pazos, René, ob. cit., N° 630, pp. 445 y 446.

⁸³ Claro Solar, Luis, ob. cit., tomo VIII, N° 1.239, p. 407.

⁸⁴ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 1.244 A, pp. 1.210 y 1.211.

⁸⁵ Vodanovic H., Antonio, Tratado de los Derechos Reales. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H., tomo II, 5ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, N° 1.021, pp. 169 y 170.

fue acogida. Por ende, *a contrario sensu*, debe concluirse que el derecho es prescriptible. La tercera razón, porque al enunciarse las características del derecho real de conservación, no se incluye entre ellas el carácter “imprescriptible” del derecho.

En cuanto a la posibilidad de que el derecho real de conservación se extinga por no ejercerse, dado que el inc. 3° del art. 1 de la Ley N° 20.930 señala que en lo no previsto en ella se aplicarán ciertos preceptos del Código Civil atinentes a las servidumbres, se ha dicho que deben aplicarse las causales de extinción del derecho de servidumbre, previstas en los arts. 885 a 888 del Código Civil, y entre ellas, la que establece que se extinguirá el derecho por haberse dejado de gozar durante tres años.⁸⁶

Nos parece dudosa esta asimilación general a las normas de las servidumbres, pues el aludido inc. 3° del art. 1 de la Ley N° 20.930 no dice que en lo no previsto en esta Ley se aplicarán en general las normas del Código Civil relativas a las servidumbres, sino sólo cuatro artículos: 826, 828, 829 y 830 del Código Civil.

e.5.2) *Prescripción de corto tiempo*:

Se distinguen dos clases. A la 1ª, se refieren los artículos 2521 a 2523; a la 2ª, el art. 2524. La doctrina denomina las primeras prescripciones *presuntivas de pago*, y prescripciones *especiales* las segundas.

i.- *Prescripciones presuntivas de pago*.

Son tres casos:

i) Art. 2521, inc. 2°, honorarios de profesiones liberales: dos años.

ii) Art. 2522, honorarios de los comerciantes: un año.

iii) Art. 2521 inc. 1°, Impuestos fiscales y municipales: tres años. La regla anterior tiene dos excepciones:

+ Impuesto sujetos a declaración, seis años cuando la declaración no se hubiera presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa.

+ Impuestos a las herencias, asignaciones y donaciones: 6 años si no se hubiere solicitado la liquidación provisoria o definitiva del impuesto.

Las prescripciones anteriores *no se suspenden*. Pueden sí interrumpirse. Establece al efecto el inc. 2° del art. 2523:

“Interrúmpense:

“1° Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor”.

Expresa Abeliuk que “La distinción que efectúa el Código entre pagaré y obligación escrita carece de toda justificación, ya que el primero no es sino una forma de la segunda, en el sentido que le da el precepto, esto es, documento que da constancia de una deuda. En él quedan incluidos el pagaré, la letra de cambio, cheque, reconocimiento o confesión de deuda, etc.”⁸⁷

También se interrumpe la prescripción cuando el acreedor le otorga al deudor un plazo para el pago de la deuda. Pero como es lógico, es imprescindible que el otorgarse este plazo, el deudor debe manifestar también su voluntad. En otras palabras, la interrupción de la prescripción puede operar por un acto jurídico unilateral del deudor (como ocurre cuando suscribe un pagaré o reconoce la existencia de la deuda en un instrumento) o por un acto en

⁸⁶ Corral Talciani, Hernán, “Derecho y Academia. El Blog de Hernán Corral”, www.corralalciani.wordpress.com.

⁸⁷ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 1.261.I, pp. 1230 y 1231.

el que concurren las voluntades tanto del deudor como la del acreedor, pero no en el caso de que sólo se manifieste la voluntad del acreedor.

Sobre el particular, señala Domínguez: “Obviamente que es necesario que sea el deudor el que pida el plazo al acreedor, de lo contrario la prescripción no operaría nunca, y quedaría librada a la sola voluntad del acreedor que siempre podría sostener que prorrogó el plazo de la obligación. Por razones semejantes hemos sostenido que no nos parecen válidas las cláusulas que facultan al acreedor para esa prórroga (...). En suma, no se trata de una concesión unilateral y graciosa del acreedor, sino de la respuesta que éste ha dado a la petición probada del deudor. De aquí que, como acertadamente lo señala un autor, la regla aparece como inoficiosa desde que la sola petición del deudor ya es una forma de interrupción, si consta por escrito, puesto que ya se ha dicho que hay interrupción si existe ‘obligación escrita’”.⁸⁸

En otras palabras, se trata de una convención, en virtud de la cual ante la petición del deudor, el acreedor consiente en prorrogar el plazo para el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, como advierte Domínguez, en realidad estaría de más esta figura, porque por el solo hecho de que el deudor le solicite al acreedor la prórroga del plazo, operará una interrupción natural de la prescripción.

En ambos casos, opera una interrupción *natural* de la prescripción. “2° Desde que interviene requerimiento”.⁸⁹

En este caso, habría a juicio de algunos interrupción *civil*, pero Ramos Pazos indica que “Respecto a lo dicho en el número 2 del artículo 2523, se ha fallado que se refiere al requerimiento extrajudicial (R.D.J., t. 64, sec. 1ª, pág. 236), pues si hay demanda judicial, se aplican las reglas generales de los artículos 2503 y 2518. Esta es también la opinión de Emilio Rioseco (...) hay fallos en sentido contrario (R.D.J., t. 78, sec. 2ª, pág. 73)”.

Abeliuk, por su parte, expresa que “Al igual que en el caso de las prescripciones de largo tiempo se ha prestado a discusión la expresión ‘requerimiento’ en orden a si éste debe ser judicial o si basta uno que no tenga tal calidad. Hasta hace poco la opinión predominante era que se necesitaba requerimiento judicial, aunque bastando para estos efectos uno cualquiera, esto es, no se exigía que el acreedor demandara directamente el crédito, y en consecuencia interrumpiría la prescripción de corto tiempo una demanda ante tribunal incompetente, una preparación de la vía ejecutiva, etc. La doctrina apoyaba esta solución en la definición de requerimiento del Diccionario de la Lengua como el acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar una cosa. Tal era la opinión igualmente de la jurisprudencia. Sin embargo, no deja de llamar la atención la diferencia entre este número 2° del Art. 2523, que habla de ‘requerimiento’ a secas, y sus equivalentes para la prescripción de largo tiempo, que es el inc. final del Art. 2518 y habla de ‘demanda judicial’, y para la adquisitiva, que es el Art. 2503, y se refiere al ‘recurso judicial’. Aún más, en el Proyecto de 1853 el Art. 2705, que corresponde al actual Art. 2523, contemplaba la demanda judicial para interrumpir la prescripción de corto tiempo, expresión reemplazada por la actual de requerimiento. Parece claro, pues, el ánimo del legislador de diferenciar esta interrupción civil de la equivalente en la prescripción de largo tiempo, lo que tiene una justificación muy lógica, desde dos ángulos: primero, porque el plazo de ella

⁸⁸ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., N° 80.3., p. 407.

⁸⁹ Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 450.

es muy breve, por lo cual deben otorgarse facilidades para el acreedor para destruir la presunción de pago en que se fundan, y segundo, por el efecto muy particular de esta interrupción (...). Semejante efecto no se justifica ante un recurso judicial”.⁹⁰

El “efecto muy particular de esta interrupción” a que alude Abeliuk, es el de la “interversión” de la prescripción, que el autor denomina “intervención”.

Ramón Domínguez Águila, arriba a una conclusión semejante, en base, precisamente, a la aludida “interversión”: “es lo cierto que, el menos en nuestro sistema procesal, si el requerimiento consiste en una demanda judicial notificada legalmente, no se observa cómo procedería la intersersión, porque esa demanda, si se hace dentro del plazo de prescripción, la interrumpe; pero no hay intersersión posible porque el juicio debe continuar y si termina en sentencia a favor del acreedor no hay otra prescripción que pueda comenzar a correr pues a éste sólo queda ejecutar la sentencia para obtener el pago, a menos que deje transcurrir los plazos para ello y prescriba su derecho a la ejecución. Si favorece al deudor, éste habrá sido absuelto y tampoco hay otra prescripción que corra a su favor. La regla estaría así de más por no tener utilidad. Pero si se entiende que un requerimiento extrajudicial es interruptivo, entonces ella adquiere eficacia, porque el acreedor habrá así impedido el curso de la prescripción y a ella se sustituye la nueva prescripción de largo tiempo la que sí para ser interrumpida a su vez, necesita demanda judicial”.⁹¹

De esta manera, si nos atenemos a estas opiniones, el acreedor podría, por ejemplo, efectuar un requerimiento al deudor mediante un notario público o receptor judicial (que actúe sin previa orden judicial), para con ello interrumpir civilmente la prescripción de corto tiempo, y disponer, a partir de este momento, de los plazos de prescripción de largo tiempo para demandar el pago de la obligación. O podría operar un requerimiento administrativo, conminando a un contribuyente el pago de un tributo.

Así lo admite una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 14 de junio de 1967, redactada por el profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Eugenio Velasco Letelier, como abogado integrante (en “Fallos del Mes”, 14 de julio de 1967, N° 104, p. 156, sent. 6). Como refiere Domínguez, este “fallo señaló que era suficiente el requerimiento extrajudicial para interrumpir la prescripción de corto tiempo del inciso 1° del artículo 2521, aplicable a las acciones del Fisco provenientes de toda clase de impuestos. Por tanto, los cargos formulados por la Aduana y notificados al Agente General representante de la firma que demanda, producen el efecto de interrumpir la prescripción en la forma estatuida en el artículo 2523, vale decir, que a la prescripción de 3 años del inciso 1° del artículo 2521, suceda la de 5 años del artículo 2515”.⁹²

Precisamente, concluye la norma: “En ambos casos sucede a la prescripción de corto tiempo la del artículo 2515”.

Ahora bien, la prescripción del art. 2515, es la de largo tiempo. Por lo tanto, se produce aquí lo que la doctrina ha denominado *la intersersión de la prescripción*. De esta forma, una prescripción que era de corto tiempo, se ha transformado en una de largo tiempo, es decir, de 3 o de 5 años.

ii.- *Prescripciones especiales*: art. 2524.

⁹⁰ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., N° 1.262.II, pp. 1231 y 1232.

⁹¹ Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., N° 79.1., p. 399.

⁹² Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., N° 79.2., pp. 401 y 402.

Estamos ante prescripciones de corto tiempo especiales, cada vez que la ley establece plazos de prescripción de corto tiempo, distintos de los “presuntivos de pago”. Así, por ejemplo:

- i) Art. 928 (6 meses, acción de despojo violento);
- ii) Art. 1866 (6 meses, acción redhibitoria en las ventas de muebles);
- iii) Art. 920 (un año, acciones posesorias);
- iv) Art. 1869 (un año, acción para pedir la rebaja del precio por existir vicios redhibitorios);
- v) Art. 1216 (cuatro años, acción de reforma del testamento);
- vi) Art. 1885 (cuatro años, acción derivada del pacto de retroventa);
- vii) Art. 2332 (cuatro años, para perseguir la responsabilidad civil por un delito o cuasidelito);
- viii) Art. 2468 (un año, acción pauliana o revocatoria);
- ix) Art. 1896 (cuatro años, para demandar la rescisión por lesión enorme);
- x) Art. 1691 (cuatro años, acción de nulidad relativa), etc.

Las prescripciones especiales *se interrumpen* de acuerdo a las reglas generales.

Por regla general, *no se suspenden*. *Excepcionalmente se suspenden*:

+ Acción rescisoria o de nulidad relativa, se suspenden en favor de los incapaces y de los herederos menores (artículos 1691 y 1692).

+ Acción de reforma del testamento (art. 1216).

4.- Prescripción y caducidad⁹³

a) La naturaleza del plazo como fundamento de la prescripción extintiva y de la caducidad.

Si bien ambas se asemejan en que producen la extinción de una acción (la prescripción) y de una acción y un derecho (la caducidad) por la inactividad de su titular durante un cierto plazo, no debemos confundirlas. Como señala una sentencia, la caducidad es la pérdida de la facultad de hacer valer un derecho como consecuencia de la expiración de un plazo fatal. Lo que caracteriza la caducidad es que estamos ante un plazo fatal, dentro del cual si el derecho no se ejerce, se extinguirá ipso iure.

b) Algunos casos de caducidad en el Código Civil y en leyes especiales.

El Código Civil no regula de manera sistemática la caducidad, pero contempla varias hipótesis de la misma. Así, por ejemplo:

i.- Artículos 191 a 194, respecto de la repudiación del reconocimiento de la filiación no matrimonial (por el hijo que fue reconocido, por el curador del hijo, o por los herederos del hijo).

ii.- Artículos 212, 213, 214 y 216, respecto de la impugnación de la paternidad matrimonial (por el propio marido; por sus herederos; por el representante legal del hijo incapaz; o el propio hijo).

iii.- Artículos 217 y 218, respecto de la impugnación de la maternidad (por el marido de la supuesta madre, la misma madre supuesta, por los verdaderos padre o madre del hijo, por el

⁹³ Cfr. Ramos Pazos, René, ob. cit., pp. 453 a 456.

verdadero hijo, por el que pasa por tal, o por cualquiera persona a quien la maternidad aparente perjudique actualmente).

iv.- Art. 1216, respecto de la acción de reforma de testamento. Para Pablo Rodríguez Grez (a diferencia de Somarriva), se trata de una acción sujeta a caducidad. Afirma que la razón para darle este carácter es la expresión de la ley en cuanto a que la acción podrá intentarse “dentro de los cuatro años contados desde el día...”. Tiene presente que la acción de reforma de testamento no puede intentarse después de 4 años a partir del día en que se tuvo conocimiento del testamento y de la calidad de legitimario. Por consiguiente, el juez podría, sin necesidad de oponerse la prescripción, negar lugar a dicha acción si en los autos respectivos existe constancia evidente de que han transcurrido más de 4 años contados en la forma que la ley establece. Si lo que decimos es efectivo -señala Rodríguez Grez-, y el tribunal está facultado para rechazar la demanda sin que se haya opuesto la excepción de prescripción, ciertamente que la acción caduca y no prescribe.⁹⁴

v.- Art. 1716, inc. 1º, tratándose de las capitulaciones matrimoniales que no se subinscriban al margen de la inscripción del matrimonio, en el plazo de 30 días, contados desde la celebración del contrato de matrimonio.

vi.- Art. 1723, inc. 2º, en el caso de que los cónyuges que celebraren el pacto para sustituir el régimen patrimonial del matrimonio, no lo subinscriban al margen de la inscripción del matrimonio, en el plazo de 30 días, contados desde la fecha del otorgamiento de aquél.

vii.- Art. 1885, respecto de la facultad del vendedor para recobrar la cosa vendida, cuando al celebrar la compraventa, se hubiere estipulado un pacto de retroventa.

Fuera del Código Civil, cabe señalar el art. 19 ter de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Dispone esta norma en su inc. 1º, una acción de reembolso, en favor del tercero que hubiere pagado la deuda alimentaria ajena: “Por el no pago de la deuda alimentaria, el tercero que ha debido contribuir económicamente a satisfacer las necesidades del alimentario, sin estar legalmente obligado o en exceso de lo que era su obligación, tendrá acción de reembolso en contra del alimentante, por el enriquecimiento sin causa de éste a expensas suya. Esta acción se tramitará ante el tribunal con competencia en asuntos de familia que hubiere decretado o aprobado la pensión alimenticia”. El inc. 2º, se refiere a una “solicitud de condonación de la deuda alimenticia”, que pueda presentar el alimentario. En este caso, se ocupa la ley del tercero que pagó –parcialmente, se entiende- la obligación ajena: “Ante la solicitud de condonación de la deuda alimenticia presentada por el alimentario, el tribunal que estimare que a otros sujetos que no han comparecido al proceso pudiera corresponderles el ejercicio [de] esta acción, deberá ordenar poner el proceso en su conocimiento, para que dentro del término de emplazamiento presente su demanda. Si no la presentare, caducará su derecho”.

Nótese que el inciso consagra un caso en que por el solo ministerio de la ley se extingue un derecho –el del tercero para obtener el reembolso de lo que pagó-, si no presenta su demanda en el término indicado. Puesto que el derecho del tercero para interponer su acción de reembolso “caduca”, ha de entenderse que también se extingue con ello la acción que tenía en contra del alimentante cuya deuda pagó en parte.

c) Diferencias entre la prescripción extintiva y la caducidad.

⁹⁴ Cfr. nuestro apunte de “Sucesorio 11 (defensa de las Asignaciones)”.

En cuanto a las diferencias entre la prescripción extintiva y la caducidad, pueden señalarse las siguientes:

i.- La prescripción extingue acciones, mientras que la caducidad extingue tanto las acciones como los derechos que pretenden invocarse o ejercerse a través de aquellas.

ii.- La prescripción debe ser alegada (art. 2493). La caducidad opera por el solo ministerio de la ley, al extinguirse el plazo fijado para invocar o ejercer un derecho. Por lo tanto, el juez no podrá por regla general declarar de oficio la prescripción, mientras que no sólo podrá sino que deberá declarar de oficio la caducidad, si tal fuere el caso.

iii.- Los plazos de prescripción están supeditados a la eventualidad que pueda operar la interrupción o la suspensión; los plazos de caducidad son fijos e invariables, sin que operen a su respecto la interrupción o la suspensión. Una consecuencia de lo anterior será que tratándose de un plazo de caducidad, se entenderá que el derecho se ejerce con la interposición de la acción, aunque ella se notifique con posterioridad a la extinción del plazo. Tratándose de la prescripción, en cambio, la mayoría de la doctrina ha entendido que para que se produzca la interrupción civil de la misma, no sólo es necesario interponer la acción dentro del plazo, sino que también notificarla antes de que éste expire (art. 2503). Sin embargo, esta diferencia podría tender a desaparecer, si se reitera el criterio expuesto en las sentencias de la Corte Suprema de fecha 31 de mayo de 2016, dictada en los autos Rol N° 6.900-2015, y de fecha 7 de junio de 2017, pronunciada en los autos Rol N° 7.407-2016, a las que hicimos referencia.

iv.- La prescripción puede renunciarse (art. 2494). No ocurre lo mismo en el caso de la caducidad, ya que no está en juego sólo el interés individual, sino el de toda la colectividad, en cuanto a la necesidad de consolidar los derechos.⁹⁵

⁹⁵ Ramos Pazos, René, ob. cit., pp. 454 a 456.