

José Luis López Reitze

A B O G A D O

Miembro Colegio de Abogados

Monografías N°2 - Abril - 2017

LA EJECUCION

TOPICOS PROCESALES

Reconocimiento de deuda
Examen del título
Mandato

Mail : jose@lopezreitze.net

Tel. : 22-203-0311

Cel. : 99-817-7383

Web : WWW.ARBITRAL.CL

La Ejecución

Tópicos Procesales

Introducción.

Existe abundante doctrina y jurisprudencia respecto del juicio ejecutivo y respecto de cada una de las etapas que lo componen, de manera tal que escribir respecto de ellas, parece un ejercicio inoficioso, desde que poco podría aportarse en la construcción de nuevas posturas. Sin embargo, el derecho y la aplicación casuística de las normas sustantivas y procesales, son esencialmente cambiantes y pueden irse construyendo distintas aplicaciones a aquello que parece ya zanjado por cuanto la esencia del derecho es ser norma viva.

En particular, en este facsímil se abordarán algunos temas que pueden resultar de interés a la hora de enfrentar un juicio ejecutivo o bien de resolverlo y, sin que constituyan las únicas materias relevantes, se dedicaran algunas palabras a la institución del reconocimiento de deuda del artículo 435 del C Código de Procedimiento Civil, -en adelante C.P.C.-, al mandato que el deudor entrega al acreedor para suscribir pagarés en su nombre y representación y al examen del título. Futuros trabajos abordarán otros temas que puedan ser de interés.

No está demás reiterar que la presente monografía, solo pretende dar una visión didáctica de cómo este abogado ha entendido las instituciones

procesales que se abordan en esta edición y cómo pudo aplicarlas en los innumerables casos que, sobre estas materias, le tocó conocer y colaborar en resolver integrando sala en la Iltma Corte de Apelaciones de Santiago, en los cinco años que tuvo aquel privilegio. No pretende ser ni un manual, ni una guía, solo un reflejo de una de tantas posturas que sobre esta materia existen.

I.- Reconocimiento de deuda

1.- La facultad legal.

Un mecanismo para iniciar el juicio ejecutivo es por la vía de la preparación de la vía ejecutivo, mediante la facultad que otorga el artículo 435 del C.P.C, que permite construir un título ejecutivo a quien no lo tiene y, con ello, dar inicio a la acción que nace de dicho título, como una vía alternativa al juicio ordinario o sumario civil.

Aunque parezca obvio, resulta necesario entender la norma procesal en referencia, por cuanto el artículo señalado expresa en su inciso primero: *“Si, en caso de no tener el acreedor título ejecutivo, quiere preparar la ejecución por el reconocimiento de firma o por la confesión de la deuda, podrá pedir que se cite al deudor a la presencia judicial, a fin de que se practique la que corresponda de estas diligencias”*. El inciso segundo y final, señala *“Y, si el citado no comparece, o sólo da respuestas evasivas, se dará por reconocida la forma o por confesada la deuda”*.

De la norma transcrita, se observa que el camino para la construcción del título ejecutivo, presenta dos alternativas, el reconocimiento de firma puesta en un instrumento, el que sea o bien, la citación a confesar deuda”.

2.- Existencia de un título o documento.

Para dar inicio a cualquiera de las dos, debe siempre tenerse presente, el enunciado del artículo 435

del C.P.C, por cuanto establece como como primer requisito la inexistencia de un título ejecutivo. Ello es relevante, por cuanto el reconocimiento de firma supone necesariamente la existencia de un documento -el que sea-, que no reviste el carácter de ejecutivo y en él debe existir una firma de un sujeto pasivo o deudor y una obligación. En este mecanismo, basta para que dicho instrumento adquiriera el carácter de ejecutivo el reconocimiento expreso o la ausencia del citado, o la evasiva en reconocer la firma e incluso, la prueba pericial caligráfica.

2.1.- Reconocimiento de firma y título previo.

Si el mecanismo empleado es el reconocimiento de firma puesto en instrumento, aunque emana de la misma naturaleza de este procedimiento, en consecuencia, manifiestamente obvio, es requisito *sine qua non*, la existencia de un instrumento en que conste una obligación, que por diversas razones no tenga el carácter de ejecutivo y adquirirá tal carácter en los casos señalados.

2.2.- Citación a confesar deuda y título previo.

En la citación a confesar deuda, la norma del C.P.C, nada dice en cuanto a la existencia de algún instrumento o título que dé cuenta de la obligación que se cita a reconocer, de manera tal que podría argumentarse que la falta de documento, permitiría la construcción de un título ejecutivo con el mero reconocimiento de la deuda.

Es en esta parte donde necesariamente debe traerse a colación la norma del artículo 1.709 del Código

Civil, que exige formalidad documental para obligaciones que contienen la entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias [Aunque la norma termina ahí y no distingue entre Unidades tributarias anuales y mensuales, la práctica forense, ha entendido que son unidades tributarias mensuales].

2.2.1.- Citación a confesar obligación de dar.

Si la obligación que se quiere preparar por medio del reconocimiento de deuda, es de dar o entregar y aquella es igual o superior a las dos unidades tributarias mensuales, necesariamente la obligación principal, matriz, debe constar por escrito. Si falta una obligación documental matriz, inoficioso resultaría la gestión de citación a confesar deuda si la obligación de dar o entregar supera las dos unidades tributarias mensuales. Algunos ejemplos de esta segunda alternativa podrían ser:

Ejemplo 1: Cobro de comisiones para la venta. Un acreedor reclama a su deudor una suma dineraria determinada, superior a dos unidades tributarias mensuales como comisión de venta de diversos bienes cuyo valor de venta supera las dos unidades tributarias mensuales. En este caso, se distingue que la causa de la obligación es la comisión para la venta, el encargo comercial y el objeto es la venta de los bienes.

La obligación del deudor es el pago de la comisión pactada. La obligación del comisionista, la venta de los bienes.

Si el acreedor -el comisionista-, carece de título alguno que acredite la existencia de la comisión para la venta y señala que los bienes encargados vender, tenían un valor superior a las dos unidades tributarias mensuales y/o que su comisión era superior a aquella cantidad, no es posible obtener un resultado exitoso en la gestión de preparación de la vía ejecutiva, por cuanto el artículo 1.709 del Código Civil, exige que aquella obligación principal haya contado por escrito, sea por el valor de los bienes

encargados vender, sea por el valor de la comisión que recibiría el comisionista para la venta.

Existiendo un título puede citar a confesar la deuda, sea respecto de la obligación principal impaga, sea por obligaciones accesorias a ella, como intereses o reembolsos de gastos cuya causa se encuentre en la comisión.

Ejemplo 2: Deuda de deuda por consumo masivo: Un acreedor, un operador comercial del consumo masivo, cita a confesar deuda a un cliente, por pagos de consumos de bienes vendidos a plazo o crédito. Si la obligación cobrada es igual o superior a las dos unidades tributarias, necesariamente debe acompañar el título contractual que justifica la existencia de la obligación, desde que así lo dispone el artículo 1.709 del Código Civil, en que quede meridianamente clara la causa y objeto de las obligaciones recíprocamente contraídas, uno a vender a plazo a crédito y otro a pagar en un momento distinto del de la compra. El monto cobrado, no va a emanar del título contractual, pero si va a tener su justificación en aquel y por ello, habilita al acreedor a citar a confesar deuda. La falta del título matriz, lo inhabilita y el resultado será necesariamente contrario al interés del acreedor.

En consecuencia, si la obligación es de dar o entregar y el deudor es citado por una deuda igual o superior dos unidades tributarias mensuales, siempre debe acompañarse un título que justifique el nexo contractual entre las partes. En caso contrario, la vía es el cobro de pesos civil, en que se establezca como hecho a acreditar la existencia de la obligación, previo a determinar la deuda que se cobra. En la preparación de la vía ejecutiva por la vía de la citación a confesar deuda, aunque pareciera entenderse que es más bien genérico, ella exige la acreditación del vínculo contractual, mediante un título que justifique el cobro que se pretende.

2.2.2.- Citación a confesar obligación de hacer.

Si la obligación es de hacer y se quiere citar al deudor a reconocer la deuda, no es necesario que conste por escrito, independiente del valor de aquella.

2.2.3.- Incertidumbre en la naturaleza de la obligación que se cita confesar.

Sobre este punto, demás está precisar que algunas obligaciones, aunque parezcan de hacer, son de dar, distinguiendo entre unas y otras, la forma de cumplimiento.

En la obligación de hacer siempre ha de primar el esfuerzo físico o intelectual, como la creación de una obra artística, literaria, un servicio profesional -un informe, una consultoría-, suscribir un instrumento, entre otras, y la de dar, necesariamente se traduce en la de entrega un bien.

2.2.4.- Citación a confesar obligaciones mixtas.

Si la obligación pareciera ser mixta, prima y determina su naturaleza lo que sea más relevante, así si es una consultoría, se distingue entre la consultoría y el informe de ella. Si lo pendiente es el proceso o las etapas de consultorías, la obligación es de hacer, si lo pendiente es el informe, la obligación es de dar. Si la obligación es de elaboración de una obra artística, y lo pendiente es el proceso mismo, la obligación es de hacer y, si lo pendiente es la entrega de la obra, es de dar.

Esta distinción es relevante por cuanto si la citación es respecto de aquella parte que la obligación es de hacer, no requiere de un título previo, si lo pendiente es la de dar y, el objeto o la prestación tiene un valor de

más de dos unidades tributarias, necesariamente debe contar con un título previo.

3.- Preparación de la vía con documentos que dan cuenta de obligaciones aparentemente prescritas.

A partir de las explicaciones anteriores, si la obligación de dar es de dos o más unidades tributarias y existe un antecedente escrito de la misma, en que conste la firma y concurriendo los requisitos que permiten al juez tenerla por reconocida y, a partir de ello, dictar la sentencia que es el título ejecutivo, no existe justificación alguna para rechazar la acción intentada.

El requisito que el legislador señala es que el acreedor no contenga un título ejecutivo y por ello la necesidad de prepararlo, por ello, negar la preparación de la vía ejecutiva, por cuanto el principio de prueba de la obligación de dar, consta en algún instrumento aparentemente prescrito, vencido o caduco, importa ir más allá de lo querido por el legislador, que es otorgar una herramienta procesal para preparar un título ejecutivo a quien actualmente no lo tiene y lo que se crea es uno nuevo, que es la sentencia declarativa de la obligación ejecutiva.

Notificada que sea la ejecución posterior, el ejecutado podrá oponer todas las excepciones que el artículo 464 del C.P.C prevé a la ejecución, a excepción de aquellas que tiendan a discutir lo mismo que fue motivo de la preparación de la vía ejecutiva, sea la firma o la existencia de la obligación causal, por cuanto a dicho respecto ya hay decisión jurisdiccional y, naturalmente rige el principio *non bis in ídem*, en estas materias.

II.- Examen del título

1.- Obligación del juez.

La primera parte del inciso primero del artículo 441 del C.P.C., dispone que *“el tribunal examinará el título y despachará o denegará la ejecución sin audiencia ni notificación del demandado, aun cuando se haya éste apersonado”*, entregando al sentenciador la primera facultad revisora de la ejecución que se le ha planteado conocer y resolver.

2.- ¿Qué debe revisar el juez?

El verbo rector empleado por el legislador “examinar”, no es casual, por cuanto de acuerdo al Diccionario de la real Academia Española, dicha conducta es *“reconocer la calidad de algo, viendo si contiene algún defecto o error”*.

La revisión, es en consecuencia meramente formal, pudiendo partir por elementos básicos, en que aparezca en primer lugar un deudor identificado, pero la esencia de aquella obligación es revisar el título ejecutivo. Así, lo primero que debe analizar es que de él emane una obligación, que dicha obligación sea líquida o fácilmente liquidable mediante simple procedimientos aritméticos y que sea actualmente exigible. Nada más.

3.- Cumplimiento de la exigencia legal.

La labor del juez, se entiende satisfecha y cumplida cuando de aquella revisión de posibles defectos en la ejecución, aparece que se está ejecutando

una obligación líquida y actualmente exigible y, a partir de ello, debe dar lugar a la ejecución. Ante la falta de uno de aquellos requisitos, no debe darle curso.

4.- Facultades no contempladas en la ley.

Con la finalidad de revisar el título y posibles faltas o falencias en el mismo o la no concurrencia de los elementos ya señalados, que habilitarían al sentenciador a denegar la ejecución, el sentenciador podría atribuirse facultades que van más allá de lo previsto por la norma y entrar a revisar el fondo, con lo que podría desechar la ejecución por motivos que corresponde únicamente al ejecutado oponer como excepciones a la ejecución.

Así, el límite entre la facultad de examinar el título y las falencias de fondo del mismo, lo constituye el tenor del artículo 441 en contraste con el artículo 464, ambos del C.P.C, desde que la revisión formal de la obligación, su liquidez y su exigibilidad, no pueden importar el ejercicio jurisdiccional de aquellas excepciones que el legislador otorga al ejecutado.

En consecuencia, el sentenciador está impedido de denegar la ejecución cualquiera de los fundamentos que constituyen las excepciones que el artículo 464 del C.P.C. otorga al ejecutado y, solo a él.

5.- Examen formal y de fondo: casos límites.

Cuando el límite entre el examen y la excepción son sutiles, el juez siempre ha de estar por el lado o aspecto formal y no de fondo, por cuanto si deniega por alguno de esos fundamentos, se está pronunciando de

oficio respecto de excepciones que aún no han sido opuestas y que no es resorte del sentenciador entablar.

6.- Requisitos incompletos o poco claros.

Cuando aparezca del examen que alguno de los requisitos matrices del artículo 441 del C.P.C. que ellos no son lo suficientemente claros, como la existencia de la obligación, su liquidez y su exigibilidad actual, puede el juez solicitar al ejecutante que aclare, explique o justifique la concurrencia de dichos requisitos, pero con la limitación que aquella explicación no puede importar que el sentenciador se transforme en un revisor contable, ni en un perito que deba realizar, explicar o entender complejas operaciones matemáticas o financieras para determinar el monto de la obligación, ni complejos interpretaciones contractuales para determinar la exigibilidad de la misma, por cuanto ello es resorte del deudor.

7.- Objetivo del legislador.

Lo que el legislador pretende con esta revisión, es evitar la tramitación ejecutiva cuyo sustento no es un título ejecutivo, líquido y actualmente exigible, lo demás es únicamente resorte del deudor. Es decir, evitar tramitaciones inocuas, otra revisión excede el ámbito de competencia específicamente otorgada por el inciso primero del artículo 441 del C.P.C.

III.- Mandato

1. Ejecución por mandatario.

Normalmente la ejecución de obligaciones dinerarias emanadas de créditos de consumo o de mutuos de dinero, entregados por instituciones bancarias, financieras y de comercio o consumo masivo, es iniciada usando como sustento de la misma un pagaré suscrito por un representante del ejecutante, como mandatario del deudor.

De ahí que cobre relevancia la validez y eficacia del mandato para suscribir pagarés y para ejecutar al deudor en virtud de aquel.

2.- El Mandato para suscribir pagarés.

El contrato de mandato, es por esencia, un contrato de confianza, en que una parte confía a otra la realización de uno o más negocios, cuyos efectos se radicarán en el mandante. El mandatario, actúa en nombre y en representación de otro, pero en este caso, el mandato tiene por objeto, el cobro de obligaciones dinerarias que el deudor, mandante, debe a su acreedor, mandatario.

3.- Mandato especial

Este tipo de mandatos es un mandato especial, que debe contar por escrito y se por el deudor al acreedor, tiene como objeto facilitar el cobro de las cantidades vencidas que llegare a adeudar y, por ello, faculta al mandatario a suscribir pagarés en su nombre y

llenar las cantidades que correspondan, teniendo como beneficiario al acreedor.

4.- Pagaré suscrito en virtud del mandato.

El pagaré, se constituye en el reconocimiento de una obligación pagadera a un acreedor y en cuanto documento representativo de una obligación dineraria, necesariamente debe contener todos los requisitos que la Ley N°18.092 establece para ser tenido como pagaré, entre ellos, ser suscrito, tener una cantidad de dinero, indicar si es a la vista o a plazo, endosable o no.

En consecuencia, lo otorgado es un mandato especial, de aquellos que hace referencia el artículo 2.130 del Código Civil, en este caso, la facultad de suscribir pagarés con la finalidad ya señalada.

Los actos asociados a este tipo de mandato especial, escapan del tenor literal del artículo 2.132 del Código Civil, relativos a la administración general del mandato y se encuadran más en la figura del artículo 2.134 del Código de Bello, por cuanto la ejecución del encargo, comprende no solo la substancia, sino que también los medios por los cuales se obtuviere el objeto del mandato.

Así, el pagaré suscrito por el mandatario en representación del mandante, será tal, en la medida que lleve la leyenda de ser “pagaré”, de haberse pagado el impuesto respectivo y que la firma del suscriptor se autorice ante notario. Sin la concurrencia de estos elementos propios del pagaré, el acreedor no puede cobrar por la vía ejecutiva y el objeto del mandato especial carece de sentido alguno.

5.- Sustancia del mandato o medio: Autorización de firma ante notario y/o liberación de obligación de protesto.

Para facilitar el cobro de dineros adeudados, no basta solo con la suscripción del pagaré, sino que éste tenga, además, el mérito ejecutivo que es una forma legal de hacer más eficiente el cobro de cantidades de dinero, lo que se traduce en la sustanciación del procedimiento ejecutivo de obligación de dar que requiere de un título ejecutivo.

Al autorizar que se suscriba por el mandatario un pagaré, sin limitación alguna y sin referencia a facultades anexas o conexas a éste, al tenor de las reglas de interpretación de los contratos de los artículos 1.560 y siguientes del Código Civil, necesariamente debe entenderse, al tenor del objeto del mandato especial, el mandatario, puede hacer aquello que la ley establece para que un pagaré tenga mérito ejecutivo, como que la firma se autorice ante notario o se pague el impuesto de timbre y estampidas asociado.

La liberación de obligación de protesto, queda también comprendida dentro del objeto y sustancia del mandato que se ha otorgado, desde que se dirige al mismo fin.

6.- Suscripción reiterada de pagarés que emanan de una misma obligación.

Puede ocurrir que un acreedor, suscriba un pagaré en representación de su deudor, inicie la ejecución, ésta demore, no logre notificar y ante el trascurso del tiempo, retire la demanda. Luego, en un momento posterior, suscriba un nuevo pagaré, por la misma obligación que

intentó cobrar ejecutivamente, inicie una nueva ejecución, esta vez exitosa.

Esto constituye un uso excesivo de la facultad que el deudor otorgo al acreedor, para suscribir pagarés, al ser un mandato in tuito persona, de confianza y en beneficio único del acreedor, el ejercicio de esta facultad y el objeto del mandato, se cumplen con el primer pagaré que suscribió por la obligación vencida, de manera tal que ante el fracaso de una ejecución por el mero transcurso del tiempo, intentar hacer renacer una obligación ejecutiva, nueva, con un nuevo pagaré, importa una atribución que el mandante no dio y que el mandatario, como facultado a ejercerla, ya extinguió.

Así, el ejercicio múltiple de la facultad de suscribir pagarés, solo es posible en que lo cobrado sean obligaciones y/o cuotas diversas, la misma obligación y las mismas cuotas, no pueden de manera alguna ser re suscritas en segundos y terceros pagarés, por cuanto aquello ya significa que el acreedor, como mandatario, actúa en directo perjuicio de su mandante, lo que está prohibido, se atribuye facultades inexistentes y hace renacer facultades ejercidas y por tanto fenecidas.

-0-0-0-0-0-0-