

LA REMISION DE DEUDAS EN EL DERECHO CIVIL

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO*

Titular en la Universidad Católica de Valparaíso
y en la Universidad de Chile

El *Código Civil* trata de la remisión en el título XVI del libro IV, es decir, en el grupo de títulos concernientes a los modos de extinguir las obligaciones; aquélla por lo demás viene expresamente considerada como tal modo en el número 4 del art. 1.567. La disciplina legal de esta figura es breve, pues el respectivo título contiene tan sólo tres artículos, en los cuales hallamos no más de seis reglas, aparte otras en artículos dispersos. Pero la configuración jurídica de este modo de extinguir, lo mismo que algunos aspectos de su régimen legal ofrecen problemas muy interesantes, que nos proponemos tratar en el presente artículo.

I. REMISION Y PACTO DE NO PEDIR

1. Dado un deudor civilmente obligado frente a un acreedor, puede éste renunciar, bien a la obligación misma, bien a la acción para reclamarla; implica la primera renunciar además a la acción, pero la sola renuncia a esta última no involucra lo propio respecto de la deuda, que en consecuencia subsiste y permanece. Una renuncia a la deuda (y a la acción por tanto) recibe el nombre de remisión o condonación, mientras que la sola renuncia a la acción se llama pacto de no pedir.

La remisión es modo de extinguir obligaciones, por lo cual produce efecto liberatorio para el deudor en el mismo tenor en que lo hubiera hecho el pago; de guisa que si aquél o su heredero pagan la deuda remitida, pagan lo indebido y pueden repetir. Pero también si el acreedor remitente la exige judicialmente, el tribunal deberá

* Dirección del autor: 9 Norte 967. Viña del Mar-35. Chile

absolver al demandado cuando éste alegue y prueba el acto remisorio con cualquier medio legamente autorizado, o cuando él aparezca como hecho en el proceso, incluso si no lo hubiera alegado formalmente como excepción, porque entonces lo cierto es que dicho demandado no era deudor. Como este modo de extinguir obligaciones constituye el tema del presente trabajo, no abundaremos más en él ahora, para referirnos sobretudo al pacto de no pedir en lo que sigue del capítulo.

2. Consiste dicho pacto en el convenio entre un acreedor y un deudor por el cual se compromete aquél a no exigir la prestación a que el segundo está obligado, de manera que ese pacto genera para el acreedor una obligación de no hacer. El negocio, sin embargo, no afecta a la existencia de la obligación misma, que subsiste; por lo cual, si el deudor la paga, no puede repetir lo pagado como indebido; pero el acreedor no puede cobrarla, y si lo hace, entonces puede verse enfrentado con una excepción fundada en el pacto. Esta excepción necesariamente tiene que ser alegada por el deudor demandado, a diferencia de cuanto ocurre con la remisión, de guisa de no ser suficiente su mera prueba sin previa alegación formal, en razón de que al demandar el acreedor, reclama algo que le es debido, sin que el pacto contradiga a este hecho. A lo que el pacto en realidad contradice es a la acción, y por ello debe aquél ser alegado en la oportunidad procesal correspondiente, bajo carga de tenerse por renunciado.

De esta manera, pues, la obligación cuya acción fue objeto de un pacto de no pedir adquiere un aspecto similar al de las obligaciones naturales, aun cuando no pueda incluirla en tal categoría, ya que, como se sabe, ésta es típica, independientemente de que resulte agotada o no en la enumeración del art. 1.470 CC.

3. ¿Cuál es la función jurídica cumplida por el pacto de no pedir? ¿Qué interés práctico puede haber en celebrarlo, que no deba ser satisfecho por la remisión?

La función común al pacto y a la remisión es liberar al deudor; pero mientras aquél sólo lo libera de la acción, la segunda hace lo propio respecto a la obligación misma; en consecuencia, es función específica de dicho pacto eliminar toda iniciativa del acreedor conducente a satisfacer su crédito, y radicarla exclusivamente en el deudor; la remisión, en cambio, elimina esa iniciativa por parte de

ambos. El pacto, pues, todavía mantiene obligado al deudor, pero al mismo tiempo deja bajo su potestad escoger el momento de pagar. Puede haber interés en ello: supóngase a un deudor actualmente insolvente, pero con el deseo de pagar, porque aspira a mantener o recuperar su crédito y su prestigio comercial; la remisión, en consecuencia, no es lo apropiado a esos intereses; pero como también quiere este deudor obtener libertad de acción y una cierta tranquilidad durante el tiempo que sea necesario hasta liquidar su patrimonio o rehacerlo, sin verse presionado por la eventualidad de la acción, entonces ofrece al acreedor pagarle cuando pueda, a cambio de la seguridad, por tiempo indefinido, de no verse demandado en cualquier momento; lo apropiado a esta segunda categoría de intereses es, pues, una renuncia a la acción, que deje subsistente la deuda. Naturalmente el funcionamiento concreto de la figura por lo normal hay que concebirla en una situación concursal, y como parte de una negociación más amplia, del mismo modo, por lo demás, a como suele ocurrir con la remisión propiamente tal.

4. El pacto de no pedir puede ser no obstante gratuito u oneroso; pero menester es que siempre sea perpetuo. Se opone el pacto perpetuo de no pedir, que es del cual hasta el momento hemos tratado, al pacto temporal de no pedir, con que el acreedor se obliga a no exigir el cumplimiento de la obligación antes de cierto momento; no difiere él del pacto común de plazo más que en la circunstancia de ser posterior al acto convencional que dio origen a la deuda, y de servir para imponer un término a las deudas no nacidas convencionalmente; es así un *pactum ex intervallo*, no *in continenti*. Su efecto, por cierto, no consiste en extinguir la acción, sino en suspender hasta día cierto su ejercicio.

5. Los efectos del pacto de no pedir son estrictamente personales. Existen ciertas hipótesis en que puede interesar tener presente y aplicar tal regla, es decir, negarle al pacto un efecto *erga omnes*; ello ocurre en todos los casos en que la cosa debida esté en posesión, y por lo tanto presuntivamente en dominio, del acreedor o de un tercero; también, por supuesto, cuando además lo está realmente, si bien, en cualquier caso, su tenencia corresponda al deudor. Considérese los siguientes ejemplos: Ticio, poseedor inscrito y dueño presunto o verdadero de una cosa raíz, la entrega en comodato a Cayo, y enseguida celebra con él un pacto por el cual renuncia a exigirle la devolución de dicha cosa; de acuerdo con lo que hasta el momento hemos explicado, Ticio no podrá entablar contra Cayo la acción del

comodato para recuperar la tenencia material del inmueble, aun cuando el comodatario podrá restituirlo en cualquier momento, pues lo celebrado fue un pacto de no pedir. Ahora bien, supóngase que Ticio después vende el bien, que por consiguiente queda inscrito a nombre del comprador: ¿podrá éste obtener de Cayo su restitución, alegando inoponibilidad del pacto si aquél lo invoca? Es claro que podrá: el pacto fue una convención celebrada entre el anterior poseedor presuntivamente dueño, o realmente tal, y el comodatario; aquel sólo tuvo por función enervar la acción del comodato, por lo que sólo podía afectar al comodante; pero como el tercer adquirente no fue comodante, es el actual dueño, y nada pactó o convino con el comodatario, éste se convirtió en precarista respecto de aquél, y nada puede alegar en su contra; por consiguiente, el tercer adquirente recuperará la cosa¹. La solución es la misma si suponemos que el comodante no era poseedor, sino mero tenedor, por ejemplo, un arrendatario, que prestó la cosa arrendada y luego celebró con el comodatario un pacto de no pedírsela; ese pacto afecta al arrendatario-comodante, pero no al poseedor-arrendador, quien podrá recuperarla con la acción de precario. Por lo demás, cuanto se ha dicho para el comodato es aplicable al pacto de no pedir las cosas entregadas en depósito, prenda y arrendamiento o en virtud de un mandato, y en general al de no pedir cosas que, pasadas a la tenencia del deudor, deben ser restituidas por éste al acreedor; entonces dicho pacto sólo puede tener eficacia entre los pactantes, pero no respecto de terceros poseedores que lo eran con anterioridad o que llegaron a serlo después.

De consecuencia que el pacto de no pedir en tales casos no constituye título traslativo de dominio ni justo título de posesión: el comodatario a quien su comodante, sea o no el poseedor y propietario presuntivo o verdadero, prometió por pacto no exigirle la devolución de la cosa, no adquiere el dominio de ella ni su posesión, es decir, permanece como mero tenedor (y como precarista respecto de los terceros adquirentes, y del poseedor si el comodante no lo era); tal es otro aspecto del carácter personal del pacto.

¹ Como es sabido, hoy la jurisprudencia judicial no admite la acción de precario en favor de aquel dueño cuyo antecesor entre vivos había celebrado un contrato en virtud del cual se otorgó a alguien la tenencia de la cosa enseguida enajenada a quien ahora intenta dicha acción; es decir, permite que el tenedor oponga al nuevo dueño el contrato celebrado con el anterior, como si lo hubiera celebrado con aquél. Para todo: vid. LÓPEZ, Jorge, *Los contratos. Parte general* (Edit. Jurídica

Con lo dicho se comprenderá que este pacto nunca puede ser lucrativo, aun cuando tenga en alguna ocasión carácter gratuito: el deudor no se enriquece porque sigue debiendo, ni el acreedor se empobrece pues conserva el crédito; en lo cual debemos ver su diferencia de fondo con la remisión, que puede ser lucrativa.

6. El pacto de no pedir es un negocio no descrito por la ley chilena; importa en consecuencia averiguar si es aceptable en los términos dentro de los cuales aquí lo hemos configurado.

Remóntase su fundamento a la cláusula *de pactis conventis* del edicto del pretor urbano, que Ulpiano nos la presenta así: "Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de cualesquiera de aquéllos"¹⁶⁶; los juristas romanos estudiaban esta cláusula sobre todo usando como caso-guía al *pactum de non petendo*. Ahora bien, este puede ser introducido en la versión actual de la cláusula que encontramos en el artículo 1545 CC. Por lo demás, la disciplina moderna de la remisión proviene de ese *pactum*²; y con todo preciso es mantenerlos separados.

de Chile, Santiago, 1986), p. 265 s. con lit. De acuerdo con esta doctrina, el comodatario de nuestro ejemplo podría oponer al tercer adquirente no sólo el comodato sino incluso el pacto de renuncia a la acción del mismo o de no pedir la cosa comodada. Pero esta doctrina es del todo criticable: no sólo destruye el efecto relativo de los contratos, no sólo contraviene el texto expreso del art. 2.195 inc. 2 CC., sino que también niega la configuración del precario ahí en donde precisamente se configura en forma más clara, como es en el caso de transferencia del dominio de una cosa tenida por un tercero en virtud de contrato. Esto sin hacer caudal de que, en algunos casos, esa doctrina conduce a pensar en que el dueño deba entablar la acción reivindicatoria en contra de quien no posee, en contravención al art. 886 CC., pues es claro que el actual tenedor no tiene la posesión de la cosa.

¹⁶⁶ Dig.2.14.7 (Ulp., 4 ed.): *Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis escita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*

² Lo que llamamos condonación podía en el derecho romano celebrarse de dos maneras: mediante *acceptilatio*, si la obligación remitenda provenía de una

El art. 1.399 CC. establece no haber donación "en dejar de interrumpir la prescripción". Supóngase, pues, que Ticio ha prestado una cantidad a Cayo, y que aquél dejó pasar el plazo de prescripción sin interrumpirla; si pretende, no obstante, cobrar la cantidad, se verá enfrentado con la excepción de prescripción; pero el deudor todavía podría pagarla, porque la obligación se transformó en natural en los términos del art. 1.470 N° 1 CC. Mas nada de esto constituye donación. Ahora bien: el mismo efecto se obtiene si el acreedor, en vez de dejar unilateralmente correr el tiempo de prescripción, celebra un acuerdo con su deudor de no reclamarle la cantidad, de guisa que si la demanda, el deudor podrá enervar la acción, pero que si el deudor la paga, no podrá enseguida repetirla. Si el efecto es el mismo no puede haber donación y entonces es imposible que haya remisión, porque el art. 1.397 CC. dice que "hace donación el que remite una deuda".

Naturalmente en nuestro caso el acreedor pudo haber tenido interés en remitir y por consiguiente querido hacerlo; pero no pudieron ser tales ni el interés ni la voluntad, si lo buscado era que cuando el deudor después pagare, pagare lo debido. Pues bien: el convenio de renunciar a la acción, no a la obligación, y destinado por ende a mantener vigente la posibilidad de pagarla el deudor, es plenamente lícito y cumple la misma función que dejar transcurrir la prescripción sin interrumpirla, y en él precisamente consiste el pacto de no pedir, de manera que éste se adapta perfectamente al sistema del código.

El cual código, por lo demás, no ha dejado de acoger la expresión "pacto de no pedir" misma en su art.1.465: *El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente*. Sin duda alguna nosotros pode-

stipulatio; o por *pactum*, en todos los demás casos, pero también en el de deuda estipulatoria. El primer modo era formal y extinguía *ipso iure* la obligación, de la misma manera en que lo hubiera hecho el pago; el segundo era meramente consensual y no producía el aludido efecto, aunque sí daba lugar a la *exceptio pacti*, que permitía enervar la acción correspondiente a la deuda; es decir, producía una suerte de extinción por derecho pretorio, que en definitiva excluía la acción aunque no la obligación civil misma. Nuestra actual remisión equivale a la antigua *acceptilatio* por sus efectos, si bien, como hemos señalado, su régimen sustancial proviene del *pactum* como consecuencia de la generalización del principio consensualista.

mos entender este pacto en un sentido amplio, de modo de comprender: la remisión o condonación de cualquier otra obligación derivada del negocio objeto de la cuenta, los llamados finiquitos, las renunciaciones, las liberaciones generales, etc., con que en la práctica suele liquidarse este tipo de operaciones; en sentido estricto, alude al pacto propiamente tal del que hasta aquí hemos discurrido.

Lo cual nos conduce a poner en relieve otra función de nuestro pacto frente a la remisión, al menos cuando ésta tiene carácter donatorio: evitar las formalidades a que la ley la sujeta, desde luego la insinuación, pero también la escritura pública y la inscripción si de bienes raíces se trata. Supóngase que un mandante otorga finiquito general y unilateral a un mandatario, remitiéndole cualquier otra obligación derivada del mandato a que se pone fin, y que con posterioridad descubre él una deuda de que no tuvo entonces conocimiento. Es claro que la voluntad y el interés de las partes fue liquidar todas ellas, incluso la recientemente descubierta; pero también es claro que, a tenor del art. 1.401 inc. 1 CC., la remisión de esta última no tendrá efecto si supera los \$0,02, y que el mandante podrá reclamarle alegando dicha norma, porque insinuación no hubo. Tampoco podrá alegarse haber habido transacción, a tenor del inc. 2 del art. 2.446 CC., porque derecho disputado no existió. Ahora bien, si en vez de remisión, lo celebrado fue un pacto de no pedir, que, como veremos, no queda sujeto a insinuación, aunque sea liberal, entonces aparece clara la superioridad práctica que aquél puede ofrecer enfrente de la remisión en ciertas circunstancias.

También el art. 2.468 N° 2 CC. alude al pacto de no pedir si bien bajo el nombre de "pacto de liberación" y con limitación al gratuito, dado el tema a propósito de cual lo menciona: *Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.* En este caso se distingue claramente la remisión (gratuita) del pacto de liberación (gratuito), y este último no podemos interpretarlo sino como pacto de no pedir en sentido propio, pues no se divisa qué tercer tipo de convenio que no constituyera un pacto de no pedir ni una remisión podría liberar al deudor.

7. Debe tenerse presente que el pacto de no pedir es completamente distinto del convenio posterior al negocio o hecho que dieron origen a una obligación, por el cual su acreedor autoriza al deudor

para pagarle "cuando quiera". Este convenio no envuelve una condición meramente potestativa, porque su beneficiario sólo tiene esta alternativa: o guardar silencio o fijar una fecha para el pago, pero no puede declarar no querer pagar. Esto último lo diferencia a su vez del pacto "si quieres pagarme", dentro del cual es posible tal declaración como tercera alternativa, que lo convierte en condición de la especie indicada. De manera que el convenio de pagar "cuando quieras" es válido, pero se torna en ineficaz con la muerte del beneficiario no precedida de la fijación de una fecha para el pago³, porque a partir de ese momento resulta imposible que el deudor haga cualquier declaración; esta ineficacia sobrevenida permite exigir desde entonces la obligación. En consecuencia el convenio "cuando quieras" implica un aplazamiento y no un condicionamiento, aunque la certidumbre de la llegada del plazo sea indeterminada.

El pacto de no pedir, como hemos visto, deja subsistente la obligación, pero la muda en inexigible, si bien el deudor puede pagarla en cualquier momento. Entonces podría pensarse en que su consecuencia es similar a la del antes mencionado convenio: en efecto, con el pacto igualmente el deudor quedaría autorizado a pagar "cuando quiera". De hecho es así, pero sólo de hecho y en el sentido atécnico de aquella expresión; porque en la cláusula "cuando quieras" la posterior manifestación de voluntad en orden a pagar forma parte estructural de la operación, puesto que fija el vencimiento del plazo: es el hecho futuro y cierto en que éste consiste; mientras que cuando hubo pacto de no pedir, la manifestación de voluntad en orden a pagar o el pago mismo implican una renuncia al pacto. En último término, la diferencia proviene de la diversa función cumplida por cada figura, pues en un caso el acreedor espera algún día recibir el pago, aunque sea a la muerte de su deudor, mientras que en el otro, el acreedor ha perdido la esperanza de recibirlo, aunque se reserve la posibilidad de que tenga él lugar.

³ Para la solución dada en el texto nos inspiramos en Dig.45.1.46.2(Paul.,12 Sab.): "Si yo hubiera estipulado para 'cuando quieras', dicen unos autores que la estipulación no tiene efecto, otros que no lo tiene si te mueres antes de declarar la fecha en que vas a pagar, lo cual es cierto. 3. Consta, en cambio que no tiene efecto la estipulación de 'dar si quisieras' (Si ita stipulatus fuero 'cum volueris', quidam inutilem esse stipulationem aiunt, alii ita , inutilem, si antequam constituas, morieris, quod verum est.3. Illam autem stipulationem 'si volueris dari' inutilem esse constat.

Por ello es que la muerte del deudor no convierte en ineficaz al pacto de no pedir, como ocurre con la cláusula "cuando quieras", y se trasmite a los herederos.

II. LUCRATIVIDAD, GRATUIDAD Y ONEROSIDAD EN LA REMISION

1. Un negocio es lucrativo, como se sabe, cuando implica una adquisición definitiva de propiedad; puede además ser gratuito, si el lucro se obtiene sin contraprestación; en el caso opuesto es oneroso⁴; pero también puede tener carácter no-lucrativo el negocio e igualmente ser gratuito u oneroso, como ocurre en el mutuo sin intereses o con ellos, respectivamente. Cualesquiera de tales categorías resultan aplicables a la remisión considerada como negocio en sí, por lo cual aparece que ésta puede ser lucrativa o no-lucrativa y en ambos casos, gratuita u onerosa. El negocio lucrativo y gratuito por excelencia es aquel que tiene como causa a la donación, y en consecuencia es remisión con aquellos atributos la que envuelve una donación; es a ella a la que se refiere el art. 1.653 al regular "*la remisión que procede de mera liberalidad*" que entonces queda sujeta "*a las reglas de la donación entre vivos*"; la expresión "*liberalidad*", pues, no significa meramente gratuidad sino lucro gratuito; de lo contrario la remisión gratuita de una obligación de prestar servicios inmateriales quedaría sujeta a las reglas sobre donación, aunque no hay en ello ningún lucro, lo que es absurdo y contraviene directamente al art. 1396.

Es a la luz del art. 1.653 que debe entenderse, a su vez, el art. 1.397 según el cual "*hace donación el que remite una deuda*"; tales términos tan absolutos permitirían considerar siempre donatoria toda remisión; pero en realidad, como lo aclara el art. 1.653, no necesariamente es así, por lo cual si la renuncia a una obligación tiene causa onerosa, aunque envuelva un lucro, o si no es lucrativa (sea gratuita u onerosa además), no implica donación ni consiguientemente se le aplican sus reglas. Por modo que el art. 1.653, regulando una sola especie de remisión de la cuádruple tipología que ella ofrece: la lucrativa gratuita o que procede de mera liberalidad, no ha repudiado las restantes categorías, ya que implícitamente reconoce su posi-

⁴Sobre la distinción lucrativo-oneroso-gratuito: vid. las importantes observaciones de D'Ors, Alvaro, *Gratuito-lucrativo*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 20 (1950), pp. 778 s.

bilidad de existencia con haber hablado de "*remisión que procede de mera liberalidad*"; forma de expresarse ésta que supone otras especies de remisiones, precisamente las no-liberales⁵.

2. El carácter lucrativo o no-lucrativo de una remisión viene dado por la naturaleza de la obligación condonada.

a) Si la obligación remitida es de no-hacer, o de hacer no consistente en entregar, entonces la condonación necesariamente es no-lucrativa: por definición no va envuelta en ella una adquisición definitiva de propiedad.

Pero estas remisiones no-lucrativas pueden ser tanto onerosas como gratuitas, según presenten o no contraprestación. En ninguno de ambos casos, sin embargo, resultan aplicables los artículos 1.397 y 1.653, pues no envuelven donaciones.

A un caso especial de obligaciones de hacer: a las de prestar servicios personales, se refiere el art. 1.396; según él "*los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan*". Preliminarmente debemos decir que la donación resulta excluida ahí por consistir en servicios personales la prestación, y no directamente por ser ellos gratuitos, porque la gratuidad es un requisito general del acto donatorio, sea cual sea su objeto; de ahí que la expresión "*gratuitos*" es supérflua, y de todos modos habría que entenderla. La norma, en consecuencia, resuelve el problema de si la prestación de servicios personales (gratuitos por cierto) constituye o no donación, y se pronuncia por la negativa⁶, porque no hay incremento de propiedad en el receptor del servicio, ni disminución de la suya en el dador. Ahora bien: si en vez de prestarse un servicio personal, el acreedor de uno de ellos libera a su deudor de la obligación de prestarlo (se entiende gratuitamente), tampoco puede considerarse en consecuencia que vaya envuelta en ello una remisión donatoria o lucrativa, por gratuita que sea.

⁵ También el art. 403 CC. habla de remisión gratuita, que si es hecha por el tutor sobre un derecho del pupilo, queda sometida a las reglas de la donación de cosas corporales pertenecientes al pupilo; evidentemente ese lenguaje supone el concepto de remisión onerosa.

⁶ De manera que cuando los servicios personales son onerosos, la donación queda excluida por una doble razón: por la onerosidad del negocio y por consistir en servicios personales su objeto.

b) Cuando la obligación remitida es de dar o de entregar una cosa, entonces la remisión es necesariamente lucrativa; pero igualmente puede ser onerosa o gratuita; sólo en este último caso va involucrada una donación, y resultan entonces aplicables los artículos 1.397 y 1.653.

3. Los casos de remisiones onerosas, sean o no lucrativas, constituyen negocios atípicos y se dan cuando una de las partes precisamente condona, pero en consideración a una contraprestación e incluso contracondonación de la otra, mas fuera de cualquier marco litigioso, porque de lo contrario sería transacción el negocio. Considérese el siguiente ejemplo: Ticio condona a Cayo, uno de los codeudores solidarios, su cuota en la obligación, y este último se obliga a prestar a Ticio un determinado servicio. Ciertamente alguien podría ver en esta figura a una novación por cambio de objeto. Es claro que nada obstaría a que las partes acudieran a este último tipo legal, si el fin práctico que perseguían era el novatorio; mas entonces, para que la primitiva obligación quedare extinguida, las partes deberían manifestar expresa o tácitamente querer novar, a tenor del artículo 1.634 inc. 1, o, en caso de silencio absoluto, organizar la segunda obligación de modo que se produzca una incompatibilidad objetiva entre ésta y la primitiva, que también genera novación de acuerdo con el inciso 2 de la antes citada norma. En el ejemplo precedentemente propuesto, en cambio, aún sin manifestación expresa o tácita de voluntad novatoria ni presencia de incompatibilidad, la primera obligación quedará extinguida por remisión. Como consecuencia de ello, los demás codeudores solidarios han de permanecer obligados con rebaja de la cuota del remitido, según el artículo 1518, a diferencia de lo que hubiera ocurrido en caso de haber habido novación, pues entonces, de acuerdo con el artículo 1.519, todos los deudores hubiesen quedado liberados. En el ejemplo que aquí se presenta el interés práctico del acreedor no fue el de producir novación, porque no pretendía liberar a todos los codeudores, sino tan sólo a uno de ellos, de quien esperaba una cierta contraprestación de carácter personalísimo: un servicio; para ello el camino correcto fue el de celebrar una remisión.

Se observará además que en ese caso la operación no tuvo la función satisfactoria propia de la novación en cuanto sustitutiva del pago, sino una función de cambio: la cantidad adeudada por el servicio esperado. Se tendrá finalmente presente que en dicha operación la iniciativa es tomada por el acreedor, por ser él quien

aspiraba a obtener algo de uno de sus deudores; a diferencia de lo que suele ocurrir en la novación en que la iniciativa es normalmente asumida por el deudor.

Hemos dicho que la contraprestación puede consistir en una contrarremisión; en tal caso la figura cumple función compensatoria, si la compensación legal no pudo tener lugar por ausencia de alguno de los requisitos previstos por el art. 1.656 CC., en especial, del de la fungibilidad entre las cosas recíprocamente debidas. Supóngase que dos personas se deben mutuamente una mesa de plata y otra de bronce ambas de igual valor; como la compensación queda entonces excluida, puedan ellas sin embargo obtener el resultado práctico de aquélla condonándose recíprocamente ambas deudas, en una operación a todas luces onerosa. Lo propio ocurre si pensamos en deudas mutuas de servicios en que también la compensación es impropia.

4. Debe distinguirse cuidadosamente, pues, la remisión onerosa de la liberación que forma parte estructural de algún oneroso negocio típico. Esto último ocurre o puede ocurrir en operaciones como la novación, la dación en pago o la transacción. Así en la delegación y en la expromisión perfectas o novación por cambio de deudor, el acreedor, de acuerdo con el artículo 1.635, debe expresar su voluntad de dar por libre al primitivo deudor: esto último no es una remisión. Del mismo modo la dación en pago contiene una liberación al deudor respecto de su primitiva deuda, seguida del convenio de una nueva obligación, de un segundo convenio de su pago inmediato y del pago mismo, todo causalmente ligado: pero tampoco debemos ver en la primera a una remisión. También la transacción puede consistir en una liberación al deudor a cambio de cierta contraprestación, todo con vista en poner término a un litigio pendiente o en precaver uno eventual: pero de ninguna manera debe pensarse en que la primera figura es una remisión. Cada uno de estos negocios posee un tipo sustancial autónomo y diferenciado, lo mismo que una función propia, y la liberación que esos tipos incluyen como parte suya no es un acto remisivo; considerarlo así equivaldría a sostener análogamente que la compraventa no es un negocio independiente, sino la combinación de dos donaciones recíprocas. La operación que precedentemente hemos ofrecido como ejemplo de remisión onerosa, en cambio, carece de una tipicidad legal propia y viene a ser la combinación de dos negocios diferenciados: la remisión y el compromiso de prestar un servicio. Cierta-

mente con el transcurso del tiempo estos dos negocios pueden llegar a ser considerados como dotados de una ligazón causal constante, de guisa de constituir una operación típica, en que cada cual perderá su función propia para adquirir en conjunto una nueva; y así, por ejemplo, deberá examinarse si esta convención es una manera de obtener servicios a cambio de un precio consistente en la liberación, o bien una manera de obtener esta última a cambio de un precio consistente en la prestación de un servicio; en el primer caso el contrato se aproximaría al tipo del arrendamiento de servicios y en el segundo, al tipo de la sustitución de pago (del cual la dación en pago es una especie). Tal es el modo normal de gestarse los negocios jurídicos en la historia del derecho, muchos de los cuales precisamente han surgido como combinación de dos o más operaciones típicas y autónomas, que en un momento determinado adquirieron una tipicidad y una funcionalidad distintas; en tanto ello no ocurra la negociación debe considerarse como mera combinación ocasional, unificada tan sólo por el interés práctico y concreto de las partes.

5. Conviene finalmente diferenciar la remisión onerosa de la remisión con causa onerosa; esta última es el reflejo de las donaciones del mismo nombre, tratadas por el artículo 1.404 CC. De acuerdo con él, pertenecen a dicha especie las donaciones otorgadas *"para que una persona abrace una carrera o estado"*, o a título de dote o por razón de matrimonio; equivalentemente puede celebrarse una remisión en los mismos términos, y entonces será *"con causa onerosa"*. Aunque el código tienda a contraponer donación gratuita a donación con causa onerosa⁷, y consiguientemente las remisiones de una y otra especie, en verdad las últimas siguen siendo gratuitas: abrazar una profesión o estado, el título dotal y la razón del matrimonio no son precios de la prestación en que la donación consiste, es decir, no son contraprestaciones, de modo que la llamada donación con causa onerosa sigue siendo gratuita; lo propio hay que decir de la remisión. Así, pues, la liberación de una deuda *"para que el deudor*

⁷ Artículos 1.404, 1.417 y 1.422. El art. 1.433 inc.2 contrapone, en cambio, la donación gratuita a la remuneratoria. Esta última también es gratuita, aunque la consideración del motivo (el servicio prestado) le otorga un régimen algo especial. También son gratuitas las donaciones con gravamen (art. 1.405), porque ese gravamen jamás puede consistir en una contraprestación al donante, que transformaría la esencia del negocio. Lo propio debe decirse de las remisiones remuneratorias y con gravámenes, que tampoco son en consecuencia onerosas.

abrace tal carrera" no es una remisión onerosa, sino gratuita, aunque el nombre que debemos darle por imposición legal sea el de "remisión con causa onerosa", a diferencia de una condonación a cambio de la prestación de tal servicio, que sería propiamente onerosa.

III. LA REMISION COMO JUSTO TÍTULO TRASLATIVO DEL DOMINIO

1. La remisión de una deuda consistente en restituir cosas que no pertenecían al deudor sino al acreedor, constituye título traslativo de dominio. Cuando aquella es gratuita, la naturaleza de tal título que debe asignársele encuentra una base textual en el artículo 703 inciso 3, que establece pertenecer la donación al género de los títulos traslativos, y ya sabemos que una remisión gratuita (y lucrativa como la que aquí tratamos) es una donación. Lo propio, sin embargo, debe decirse por lo tocante a la condonación onerosa, pues el carácter gratuito oneroso de un acto es indiferente para su naturaleza de dicho título.

Por otro lado, cuando el objeto de la deuda es cosa mueble, tiene lugar la *traditio brevi manu* a que se refiere el art. 684 N° 5 CC., ya que el deudor remitido era tenedor de la cosa que debía restituir a su dueño, quien le condonó dicha obligación; y si el bien es inmueble, entonces necesaria será la inscripción del título a tenor del art. 686 CC., la cual cumple función traditoria, aunque la previa tenencia del bien por parte del deudor haga inútil una nueva entrega material del mismo. Desde ya puede decirse entonces que la necesidad de inscripción hace forzoso el otorgamiento de escritura pública para la remisión, aunque de ello hablaremos más adelante, por concernir al tema de las formalidades del negocio.

Considérese los siguientes ejemplos: Ticio ha entregado en comodato una mesa de plata a Cayo, y con posterioridad le condona gratuitamente la obligación de restituirle el objeto comodado; eso es lo mismo que donarlo, y como la donación es título traslativo del dominio, he allí que la remisión actuará como tal; puesto, además, que el comodatario detenta la cosa, no es necesaria una nueva entrega a modo de tradición y tiene lugar la especie de ésta denominada *brevi manu*. La situación no cambia en absoluto al suponer que la remisión fue onerosa, como si el comodante liberara al comodatario a cambio de un determinado servicio; igualmente, pues, esa remisión actúa como justo título y tiene lugar la *traditio brevi manu*.

2. Hemos dicho que el carácter de título traslativo sólo es posible atribuirlo a la remisión de obligaciones de restituir cosas que no pertenecen en propiedad al deudor, como ocurre en el comodato, el depósito, la prenda o el arrendamiento; en caso contrario, es evidente que la remisión nada añade a la ya existente situación dominical del obligado. Imaginemos algunas hipótesis: Ticio da 1.000 en mutuo a Cayo y luego le remite la deuda; o Ticio paga indebidamente una mesa de plata a Cayo, y después lo libera de la obligación de restituirla: en ambos casos el deudor Ticio, con anterioridad a la remisión, se había hecho dueño del objeto debido, por lo cual la tradición ni ningún otro modo de adquirir la propiedad pudieron ya tener lugar, y consecuentemente tampoco ningún título traslativo. En dichas hipótesis, pues, la condonación se limita a su función liberatoria. Pero aún así mantiene su carácter lucrativo, porque, debiendo el deudor la cosa de que era dueño, la remisión transformó en definitivo su dominio, y es cabalmente en esto en lo que la lucratividad consiste.

3. Debemos finalmente poner en examen el caso especial de una remisión de la obligación de entregar o inscribir el vendedor la cosa que vendió. Apenas es necesario recordar que mientras no practique aquél la tradición, continúa siendo dueño de la cosa (supuesto que lo sea en efecto); si el comprador le remite la obligación de hacerla, entonces aparentemente el negocio cumpliría una mera función liberatoria, pero no justificadora de una nueva adquisición; y sin embargo aquél resulta equivalente a que el vendedor entregara la cosa al comprador o la inscribiera en su favor, y que acto seguido este último se la donara y volviera a entregar: entonces el primer vendedor y actual donatario adquiriría una nueva propiedad, precisamente a título de donación. Resulta evidente ser ésta la explicación correcta de tal remisión: aunque no hubo traslado físico de la cosa de manos del vendedor al comprador y de éste al donatario, su anterior vendedor, sí hubo un cambio de título en la propiedad del vendedor, del que como tal originalmente tenía el vendedor, a la remisión; cuando esta última tuvo lugar, cesó de ser dueño de acuerdo con el título que fuera, y comenzó a serlo a título de remisión. Por otro lado, la doble tradición que de hecho quedó excluida por innecesaria, la podemos denominar *traditio brevissima manu*. Cuando la cosa vendida objeto de la remisión es inmueble, en cambio, necesaria resultará la inscripción del título de la remisión, aunque a nombre del mismo vendedor que ya tenía otro título inscrito, el cual resulta sustituido por el nuevo.

IV. LA REMISION COMO JUSTO TÍTULO DE POSESION

El carácter de justo título traslativo del dominio que puede tener la remisión, se comunica a la misma a modo de justo título posesorio. En los casos en que la adquisición del dominio coincida con la de la posesión, lo dicho en el capítulo precedente vale sin más también para la remisión cual justo título posesorio, como ocurre si el dueño comodante remite la obligación de restituir la cosa comodada al tenedor comodatario; en tal caso la remisión sirve de título traslativo de dominio para la *traditio brevi manu*, y de justo título de posesión una vez producida aquélla.

Naturalmente, como siempre, interesan los casos en que el justo título ve separadas sus funciones de justificar la adquisición del dominio, por un lado, y la posesión por otro.

1. Si la remisión que en virtud de la tradición debió haber convertido en propietario al deudor remitido no pudo cumplir esta función por haber existido un defecto en la traslación, especialmente por haber faltado el dominio en el remitente, entonces la remisión deja de actuar como justo título traslativo del dominio y pasa a cumplir la función de justo título posesorio que habilita para prescribir. Exáminese el siguiente ejemplo: El arrendatario de un bien mueble lo entrega en comodato a un tercero y en seguida le remite su obligación de restituirlo; es claro que el comodatario no adquiere el dominio de la cosa por cuanto el donante -remitente- tradente, es decir, el comodante, no era a su tiempo dueño de aquélla, aunque el comodato es válido, porque no es requisito del negocio que el comodante sea dueño de la cosa sobre que recae; pero lo importante es que la remisión sirve al originalmente comodatario de justo título para empezar a poseer y, en consecuencia, para prescribir, supuesta la buena fe y los demás requisitos propios de la prescripción adquisitiva. Por cierto la prescripción de que debe aquél valerse es la extraordinaria, por cuanto la remisión vulneró el artículo 1652, que exige habilidad para disponer de la cosa que es objeto de ella en el remitente o condonante, y por definición un no-dueño carece de dicha habilidad; en consecuencia esa remisión es un título no-justo, de aquellos descritos por el artículo 704 N° 3, que impide la prescripción ordinaria. No es necesario insistir en que entretanto el verdadero dueño puede reivindicar contra el actual poseedor a título de remisión.

2. Distinta de la anterior figura es la condonación que el comodante no-dueño hace de la obligación de restituir la cosa comodada al comodatario en cuanto tal y con pleno conocimiento por parte de ambos de no pertenecer la cosa al comodante. En tal caso la condonación varía sustancialmente de naturaleza: deja de ser tal y se convierte en un pacto de no pedir, cuya eficacia no es dominical ni posesoria, sino meramente personal: el comodatario puede enervar la acción del comodante con que éste intente recuperar la cosa, pero nada puede oponer al dueño respecto del cual es un mero precarista, contra quien el dueño en consecuencia no necesita interponer la reivindicatoria, sino precisamente la acción de precario. Como el tenedor ha reconocido su calidad de comodatario, por otro lado tampoco puede prescribir, ni siquiera extraordinariamente.

3. Con independencia de que la remisión junto con actuar como título posesorio funcione como título adquisitivo del dominio, puede agregarse a otro título que el remitido tenga para poseer la cosa que fue objeto de la deuda condonada; ello en virtud del artículo 701 que, como es sabido, admite la posesión de una cosa por varios títulos. Supóngase que Ticio ha pagado indebidamente una mesa de plata a Cayo; entonces éste último posee la cosa por causa de pago y en virtud de la tradición; si posteriormente Ticio le remite gratuitamente la obligación de restituir lo indebidamente pagado, Cayo poseerá la mesa también por causa de donación-remisión; es decir, a dos títulos: el anteriormente nombrado y el pago. Pero sólo este último pudo actuar como título adquisitivo del dominio, sin que la remisión haya agregado nada nuevo a la situación dominical precedente, pues, como en su momento vimos, sólo se puede ser dueño a un solo título.

4. ¿Qué interés puede ofrecer aquí la pluralidad de títulos posesorios? Examinémoslo a través del mismo caso anterior con una variante empero: que el pago indebido de la mesa de plata ajena no lo haya hecho el supuesto deudor Ticio, sino un tercero que aparentó ser su mandatario; el título posesorio, que en este caso es el pago, no será sin embargo justo en virtud de lo dispuesto por el artículo 704 N° 2, y por consiguiente el *accipiens* únicamente podrá prescribir extraordinariamente, aun supuesta su buena fe. Si con posterioridad, Ticio, en conocimiento de la irregularidad, para favorecer al *accipiens* le remite gratuitamente la obligación de restituir lo indebidamente pagado, eso le crea un nuevo título posesorio: la donación-remisión; siendo éste enteramente justo, le habilitará para empezar a prescribir ordinariamente.

V. REMISION EXPRESA Y TÁCITA

1. La remisión o condonación de deudas es un acto jurídico; en consecuencia debe concurrir a él una determinada voluntad como en todo acto jurídico, en este caso, la de remitir o condonar. El código, de acuerdo con las reglas generales por lo demás, admite que la manifestación de esta voluntad sea tanto expresa como tácita, aun cuando no se refiera directamente a la primera y trate tan sólo de la última en el artículo 1.654. De acuerdo con esas mismas reglas generales, empero, debe decirse que la remisión expresa es aquella cuya voluntad se manifiesta a través de palabras escritas u orales o de gestos o signos con significado asertivo o negativo dado por los usos y convenciones sociales, o por las leyes, ciencias, técnicas o artes⁸. No insistiremos más sobre el asunto.

Por lo que respecta, en cambio, a la remisión tácita, su voluntad debe manifestarse a través de gestiones unívocamente concluyentes, como ocurre, por lo demás, en toda manifestación de voluntad de ese tipo, lo cual significa que la sola gestión sin más, debe permitir la inferencia de haber una voluntad en determinado sentido, o sea, en sentido remisorio.

2. El código en el ya citado artículo 1.654 identifica tres gestiones de este género: la entrega del título de la obligación al deudor por el acreedor, la destrucción de dicho título por el mismo acreedor, y finalmente su cancelación también por este último.

a) En lo concerniente a la entrega, si nosotros consideramos que el objeto de tal gestión es una cosa corporal, pues de un documento (título) se trata, dicha entrega queda sometida a las reglas apropiadas a su naturaleza que establece el artículo 684⁹, es decir: permi-

⁸ Para los conceptos de manifestación expresa y tácita de voluntad en el sentido indicado en el texto: vid. GUZMÁN, Alejandro, *Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de derecho patrimonial privado*, en prensa como parte de las actas del I Congreso Chileno de Derecho Civil celebrado en setiembre de 1989 en Jahuel.

⁹ Aunque las reglas del art. 684 sobre entrega el código las establece en relación con la tradición, poseen ellas un carácter general y valen para cualquier entrega, aunque no sea traditoria.

tiendo el acreedor la aprehensión material del documento presente al deudor; mostrándosele para que lo coja; entregándole las llaves del recipiente en que se encuentre; y encargándose el acreedor de poner el título a disposición del deudor en el lugar convenido; teniendo sin embargo en cada caso presente que las respectivas actuaciones no pueden ir acompañadas de ninguna manifestación o declaración verbal ni de signos o gestos que signifiquen remisión, pues en tal caso la gestión de entrega dejaría ser tácita y pasaría a ser expresa. También conviene insistir en que la entrega tampoco puede ir acompañada de la manifestación expresa o tácita de una voluntad distinta a la remisoria, pues entonces el acto cesaría de significar condonación para ser el que la voluntad manifestara, como si el acreedor entrega el título en depósito al deudor. Por su naturaleza no parecen posibles la forma de tradición denominada *brevi manu* ni el *constitutum possessorium* a que se refiere el número 5 del artículo 684: ambos necesariamente implican una manifestación de voluntad expresa que excluirían el carácter tácito de la remisión.

b) Por lo que respecta a la destrucción, queda incluida aquí la destrucción total o el aniquilamiento del documento obligatorio: por ejemplo si se lo quema; pero también su destrucción parcial, como si se lo rompe en cuatro trozos o más, aun cuando, en este último caso, pueda, por así decirlo, restaurarse mediante pegamentos apropiados y otros métodos, lo cual implica una revocación de la gestión.

c) La cancelación, última de las gestiones consideradas como constitutivas de tácita remisión, ofrece problemas especiales que conviene tratar por separado.

3. Es curioso que no poseamos, en mi conocimiento, un concepto claro de la figura envuelta por este término de uso tan común, por lo demás.

a) El primer problema, por lo tanto, consiste en resolver qué se entiende por cancelar. Esta palabra, en su sentido original, significa "cubrir con una reja", "enrejar"¹⁰; en sentido figurado: trazar líneas sobre un escrito a modo de reja; y de ahí análogamente rayar, tachar o tarjar, aunque no sea en forma de reja; también sus equivalentes,

¹⁰ En latín "reja" se dice *cancra*, de donde el diminutivo *cancelli* ("rejita o rejilla") que da a su vez el verbo *cancello-cancellare*=enrejar, origen de *cancellatio*=cancelación. Cfr. las palabras castellanas "cancel", "cancela" y "cancilla" que en general se relacionan con verja, celosía, reja.

es decir, borrar o raspar, e incluso manchar con sustancias no transparentes y más o menos indelebiles. Estas operaciones físicas son, pues, constitutivas de una cancelación que por ese motivo llamaremos material. Como a través de ellas lo buscado es privar de eficacia al escrito que se cancela, es también cancelación -que entonces llamaremos formal- el escribimiento en un texto de la palabra "cancelado" bajo firma o no; o de cualquier otra que denote la idea de dejar sin efecto, como "extinguido", "liberado", "ineficaz", etc., porque en todos estos casos se trata precisamente de dejar sin efecto el contenido del escrito; cuando éste es obligatorio, aquello que se trata de dejar sin efecto es precisamente la obligación¹¹.

Ahora bien, por su naturaleza la cancelación material debe realizarse sobre el escrito que se cancela; no así la cancelación formal, que tanto puede practicarse sobre él como por separado, aunque en este último caso deba constar en la cancelación misma su conexión con el texto cancelado, como si aparte el acreedor escribiera: "cancelo la deuda que consta en escritura de tal fecha". De esta manera, no es esencial sino meramente accidental la incorporación de una cancelación formal en el escrito cancelado.

b) ¿A qué tipo de cancelación se ha referido el código en su artículo 1654? No hay razón para restringirlo a algunas de ellas; por consiguiente debemos entender que quedan incluidas en esa disposición tanto la cancelación material cuanto la formal incorporada en el escrito cancelado, por modo que es suficiente que el acreedor tarje, raye, tache, borre, raspe o manche el título de la obligación, para que se entienda tácitamente remitida la deuda por cancelación material de su título; y con mayor razón si sobre el mismo escribe la palabra "cancelado" o sus equivalentes, bajo firma o sin ésta, pero de su propio puño y letra, o sólo bajo firma sin haberla manuscrito, todo lo cual constituye cancelación formal incorporada. Mas también es eficaz una cancelación formal no incorporada sino por separado, porque el art. 1.654 sólo exige cancelar "el título", no cancelar "en el título"; en el entendido que aquella manera de expresarse equivale a la segunda, tratándose de la cancelación material, pero en razón de su naturaleza, pues es imposible rayar "un título" sin hacerlo "en el título".

¹¹ Hay que tener en cuenta esta sutileza: si nosotros definimos la cancelación como el acto de privar de efectos a otro acto, entonces la cancelación formal es cancelación expresa, mientras que la material lo es tácita; pero ambas, a su vez, son remisión tácita.

Tampoco a la cancelación, cualquiera sea su tipo, puede anexarse declaraciones en orden a manifestar que de lo que se trata es remitir, como sería si el acreedor escribiera sobre el título: "cancelado por remisión", porque ello convertiría en expresa la condonación. Así, pues, estas gestiones de entregar, destruir o cancelar consideradas como se ha explicado, por sí solas significan remisión tácita, en el entendido que a ellas no se agregue la declaración de una voluntad, bien de remitir, que la muda en expresa, bien de no remitir, que implica una protesta, bien de tratarse de otro acto, como un depósito, que lo convierte en éste.

VI. CONCEPTO DE "TITULO" DE LA OBLIGACION TACITAMENTE REMITIDA

1. Cuando el código habla en el artículo 1.654 de entregar, destruir o cancelar el título de la obligación, se refiere evidentemente al documento en que ésta consta.

Pero el documento en que una obligación consta puede ser de dos tipos, a saber: prueba de una anterior deuda nacida real o consensualmente, caso en el cual es meramente declarativo; o forma solemne de una obligación nacida literalmente en virtud del documento mismo, caso en el cual es éste constitutivo. Así, pues, cuando el 1.654 alude al título de la obligación, cabe preguntarse si incluye a ambas especies de documentos; o tan sólo al constitutivo de una obligación *litteris*. Supóngase que Ticio presta a Cayo 1.000 y que éste le firma un instrumento privado reconociendo la deuda y comprometiéndose a pagarla en tal plazo, sin los requisitos del pagaré; si Ticio entrega este documento a Cayo, ¿diremos que queda remitida la deuda, aunque es claro que aquél no la constituyó, porque la obligación no nació *litteris* sino *re*? Si en vez de haberse tratado de un mero instrumento privado el documento, hubiera sido un pagaré o una letra de cambio, no cabe duda que en tal caso la remisión hubiese sido eficaz, porque entonces la deuda, aunque también nació *re*, es cierto que además nació *litteris*.

No parece haber razón jurídica alguna para pensar en que no hay remisión si las gestiones tácitas se ejecutan en el documento meramente declarativo o probatorio de la obligación, y no en uno constitutivo de ella. Si el acreedor devuelve al deudor el documento meramente probatorio de su deuda no con otra causa sino con la de remitir, ¿por qué negaremos eficacia a la gestión? Así las cosas, la

palabra "título" debemos, pues, interpretarla en su sentido amplio, no cual fundamento, origen o fuente de la obligación, como sería si se tratase de un documento constitutivo, sino cual simple sinónimo de instrumento.

2. El segundo problema consiste en determinar si la palabra "título" se refiere al original o incluye también a las copias. ¿Las gestiones tacitamente remisorias deben practicarse en el original, en cualquier copia, o en el original y en todas las copias? Para resolver adecuadamente el asunto debemos distinguir las gestiones tácitas consistentes en la entrega, la destrucción y la cancelación material, por un lado, de aquellas que estriban en la cancelación formal incorporada en el documento básico o separada de él, por otro. En lo que atañe a las primeras, a su vez, necesario es tener presente que la remisión tácita no consiste en una gestión mecánica, sino en un acto jurídico; aunque en todos dichos casos el acto se exteriorice físicamente, por así decirlo, sigue en pie que ello debe envolver la manifestación de una voluntad típica. Pero lo propio de los actos tácitos es manifestar unívocamente esa voluntad, en este caso, la de remitir. Ahora bien, si el acreedor entrega, destruye o cancela materialmente un ejemplar del documento, sea original o copia, y conserva íntegros y sin cancelar los demás, hay que decir que esas gestiones no fueron unívocas sino equívocas y que, en consecuencia, no pudieron ser constitutivas de manifestación tácita. El hecho de conservar el acreedor un ejemplar o varios, pues, desvirtúa el carácter de la entrega, destrucción o cancelación material de aquél en que el acreedor practicó dichas gestiones, y le hace perder su función manifestadora unívoca de voluntad. Si, por el contrario, las gestiones son practicadas sobre todos los ejemplares existentes, entonces vuelven aquellas a adquirir sentido unívoco y configuran la remisión tácita. En consecuencia, la palabra título significa "todos los títulos" si de entregar, destruir o cancelar materialmente se trata.

Distinto es el caso de la cancelación formal: cuando se la practica separadamente, por definición no se la practica en ningún título; pero el acto separado jurídicamente cubre a todos, porque hace referencia a la obligación misma, y manifiesta unívocamente la voluntad remisoria, de modo que el consiguiente efecto se produce. Por la misma razón de ser unívoca la voluntad, la cancelación formal incorporada en un solo ejemplar, original o copia, del instrumento sin haberse hecho lo propio en los demás, también vale como tácita remisión.

En síntesis, pues, cuando de un título hay varios ejemplares, la remisión tácita por entrega, destrucción o cancelación material debe practicarse en todos; por cancelación formal incorporada es suficiente que se practique en cualquiera; y por cancelación formal separada, no puede practicarse en ninguno, porque se otorga en otro documento.

3. Todavía podemos proponernos el caso de los documentos que se confeccionan en original para cada parte, independientemente de que cada una además reciba varias copias; ello suele ocurrir en los actos sinalagmáticos, pero nada obsta a que también ocurra respecto de los unilaterales. Supóngase una compraventa consensual con pago del precio y entrega de la cosa aplazados; y reducida la compraventa a escritura privada en dos ejemplares, uno para cada parte recíprocamente acreedora: si el vendedor entrega su propio original al comprador, o lo destruye o cancela materialmente, ¿hay remisión tácita de la deuda del precio, en circunstancias de que aún queda subsistente el otro ejemplar en poder del deudor y sin cancelar? Puesto que hubo univocidad en la gestión, no vemos inconveniente para aceptar la remisión. En realidad resulta indiferente que tanto el deudor como el acreedor tengan *ab origine* una copia cada uno, o varias, con tal que la gestión tácita de remitir la ejecute el acreedor respecto de todas las que él tenga¹². Por lo concerniente a la cancelación formal incorporada en el documento básico o separada, en cambio, la cuestión no se presenta, por las mismas razones que dimos en el número anterior: esas gestiones sin más valen como remisión tácita.

4. Por último es conveniente examinar el caso de aquellos instrumentos cuyo original o matriz queda incorporado en un registro público, como ocurre con las escrituras públicas. Desde luego es

¹² Entregando, destruyendo o cancelando materialmente el acreedor su propio ejemplar, aun cuando se conserve íntegro y sin cancelar el perteneciente al deudor, manifiesta aquél una voluntad unívoca en orden a privarse del medio probatorio de su crédito, porque el aún subsistente en poder del deudor no se encuentra bajo su disponibilidad; y aunque el acreedor arrepentido quisiera intentar la acción del cobro mediante la medida prejudicial de exhibición, siempre el deudor podrá oponer la excepción basada en la remisión ya cumplida en su momento.

inconcebible la entrega del original al deudor, o su destrucción o cancelación material, porque el registro en que está aquél incorporado no es disponible por el acreedor. ¿Podemos, sin embargo, pensar en que, pudiendo este último practicar dichas gestiones en alguna copia autorizada, valdría ello como tácita remisión? Si tenemos presente que hoy han sido abolidas las copias privilegiadas o primeras copias de escrituras públicas, entonces el caso queda reconducido a la hipótesis de pluralidad de copias, en sólo una de las cuales se ejecuta la gestión y que antes tratamos en el número 2, ya que del original es posible obtener tantas copias cuantas se quiera, todas fungibles entre sí; siendo por ello imposible practicar dichas gestiones en todas las copias, pues siempre podrá obtenerse otras, debemos concluir que entonces la remisión tácita por entrega, destrucción o cancelación material en este caso no es procedente¹³. Sólo en la hipótesis de haber un número limitado de copias con carácter privilegiado y siempre que las gestiones se practiquen en todas, serían válidas como remisión las respectivas gestiones.

También aquí hay que dar una diferente respuesta para las hipótesis de cancelación formal incorporada o separada; ésta última se basta a sí misma y la primera es suficiente que se practique en cualquier ejemplar.

VII. UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD DE LA REMISION

Debemos ahora investigar si resulta suficiente una manifestación del acreedor en orden a renunciar la obligación para que se produzca el efecto liberatorio, de modo que el deudor o sus herederos dispongan de la correspondiente excepción; o si, por el contrario, necesaria será la aceptación del deudor para perfeccionar el acto.

¹³ El art. 3 inc. 2 del tít. XV: *De la remisión*, perteneciente al libro *De los contratos y obligaciones convencionales* del anteproyecto o primer proyecto de código (en GUZMÁN, Alejandro, *Primer Proyecto de Código Civil de Chile*, Ed. Jurídica de Chile 1978, p.197), se lee: *Si además del título voluntariamente entregado, existe una escritura pública, la entrega del título no probará la remisión de la deuda si no se hubiere cancelado la escritura*. La disposición permaneció como inc. 4 del art. 2 del tít. XV del libro homónimo en el llamado *Proyecto de 1841-1845* y como inc. 2 del art. 166 b) en el llamado *Proyecto de 1846-1847*, pero fue suprimida en el Proyecto de 1853. Es claro que esta supresión no provino de haber sido vista como incorrecta la norma proyectada, sino de su evidencia.

1. Cuando la remisión es *donationis causa* (lucrativa y gratuita o, como dice el artículo 1.654, cuando procede de mera liberalidad la respuesta en el sentido de la bilateralidad es indiscutible, porque entonces cabe aplicar el artículo 1.386 de acuerdo con el cual la donación debe ser aceptada por el donatario; como el artículo 1.634 declara a la remisión liberal "en todo sujeta a las reglas de la donación", de ello hay que concluir en la necesidad de una aceptación por parte del deudor remitido. Esta regla es natural por lo demás, y nada se ve que mueva a sostener que una persona deba recibir un beneficio sin su voluntad o contra ella. Por lo demás, es asaz evidente la tesis contraria: un deudor puede tener algún interés en pagar la deuda o en verla extinguida por otro modo distinto; interés que puede ser puramente moral negativo de no aparecer como perdonado en el pago de sus obligaciones el deudor, o positivo de poder posteriormente solicitar un nuevo préstamo por ejemplo, al acreedor condonante, sin sufrir la inhibición causada por la remisión. No debe olvidarse, además, que en algunos casos el donatario queda obligado a dar alimentos al donante, es decir, también el remitido al remitente, y aunque esta obligación es legal y no convencional, por lo mismo resulta inadmisible sostener que el deudor pueda verse cargado con ella en virtud de un acto unilateral del acreedor, consistente en generar la situación a partir de la cual la ley impone aquella obligación. Hasta podría finalmente alegarse el peligro de abusos que suscitaría una remisión unilateral, haciendo aparecer a alguien envuelto en una negociación ilícita; por ejemplo en un soborno bajo la forma de remisión, de la que el destinatario ni siquiera tendría noticias.

Todos estos argumentos, salvo el derivado de la obligación de dar alimentos, valen también para la remisión no-lucrativa gratuita. Mas lo propio debe decirse de la condonación onerosa, sea o no lucrativa, por la naturaleza misma de la operación, ya que si el deudor condonado se obliga a su vez a una contraprestación o contracondonación, ese hecho implica necesariamente la aceptación del acto remisorio en su favor, que aparece como causa de su propia promesa.

2. Del carácter bilateral de la remisión se obtienen las siguientes conclusiones:

a) El acto todavía unilateral de remisión por parte del acreedor, es decir, aún no aceptado por el deudor, constituye una especie de oferta de remisión;

b) Por lo tanto, mientras no sea aceptado por el deudor, puede el acreedor retirarla o revocarla también en forma unilateral;

c) Es retiro o revocación tácitos de la remisión el hecho de demandar al acreedor la obligación al deudor antes de haberla éste aceptado, de modo que no puede entonces interponer la excepción de remisión;

d) Es rechazo o repudio tácito de la oferta el hecho de pagar el deudor la obligación, de guisa que entonces no paga lo indebido y no puede después repetir el pago, alegando haber habido remisión y en consecuencia *solutio indebiti*. Esto incluso si el deudor ha pagado sin conocer la existencia del momento unilateral de la remisión u oferta de tal, porque con aceptar el acreedor el pago, a su vez, tácitamente revoca dicha oferta; y

e) Finalmente, y aparte la revocación y el rechazo tácitos, las demás formas de revocación o rechazo lo mismo que de aceptación por el deudor son cuestiones de hecho sujetas a las reglas ordinarias sobre peso y medios de prueba.

3. El carácter bilateral de la remisión vale indiscutiblemente para la expresa; pero conviene replantear el tema de un modo especial para la tácita: ¿es ella también bilateral? Cuando el modo adoptado para efectuarla es la entrega del título, la bilateralidad de la gestión va involucrada en ella misma, pues una entrega necesariamente tiene tal carácter, y entonces el acto se perfecciona cuando el deudor recibe el título. Pero esta bilateralidad no es intrínseca en las gestiones de destruir o cancelar, en que el deudor no necesariamente participa: en sí mismas tales gestiones son más bien actos unilaterales del acreedor. Sin embargo, no hay razón suficiente para sostener que tales formas de remitir tácitamente se agoten en su unilateralidad, y vuelven entonces a cobrar fuerza los argumentos precedentemente expuestos en pro del carácter bilateral que debe tener la remisión, independientemente de su manera de manifestarse. En consecuencia, el sólo hecho de que el acreedor destruya o cancele el título no importa remisión tácita, sino oferta de ella, si es que coetáneamente o con posterioridad el deudor no toma conocimiento de la gestión y no manifiesta también tácitamente su consentimiento. Esto último es muy importante, porque si el deudor manifiesta expresamente alguna voluntad de aceptación, entonces el negocio en su conjunto dejará de ser tácito y se convertirá en expreso, aun cuando preciso es reconocer que la oferta de remisión por parte del acreedor consistente en destruir o cancelar continuaría siendo tácita, en el entendido de que tampoco éste haya manifestado expresamente alguna voluntad.

Supongamos algunos casos: el acreedor, en presencia del deudor, destruye el título de la obligación; si el deudor dice al acreedor: "Agradezco la condonación" entonces la remisión será expresa, aunque haya comenzado por un acto tácito del acreedor; si, en cambio, el deudor se limita a callar sin protestar contra el acto del acreedor ni confirmarlo, entonces la remisión habrá sido en su totalidad tácita. Es claro que si el deudor declara no aceptar que el acreedor le condone la deuda, entonces remisión no habrá habido, precisamente por no haberse formado el consentimiento ¹⁴.

VIII. LA VOLUNTAD REMISORIA

Precedentemente hemos hablado de las maneras de manifestarse la voluntad remisoria, que dan lugar a la división del negocio en expreso y tácito. En ambos casos, por supuesto, la voluntad es la misma y es únicamente su manifestación la que varía. Sin embargo, el código, al describir la manifestación tácita como entrega, destrucción o cancelación del título por el acreedor, exige que cada una de estas gestiones sean hechas voluntariamente y con ánimo de extinguir la deuda, como dando a entender que se trataría de requisitos especiales de la remisión tácita, sobre todo con respecto al mencionado ánimo, pues constituiría el criterio para identificar como condonatoria la correspondiente gestión. El asunto merece un examen detenido.

1. La exigencia de que la entrega, destrucción o cancelación sean voluntarias significa en definitiva que dichas gestiones hayan sido realizadas por una persona al menos absolutamente capaz, y sin la

¹⁴ Examinemos las hipótesis de: (i) destrucción o cancelación material unilaterales del instrumento por el acreedor: aunque técnicamente entonces no hay remisión, de hecho el acreedor no podrá cobrar su crédito al no disponer de prueba. Mas si éste, arrepentido, reclama con la esperanza de que el deudor confiese la deuda en la absolución de posiciones y así sucede, eso demuestra que el deudor no había aceptado la oferta de remisión en que la destrucción unilateral consistió; si niega, ello implica una aceptación extemporánea, porque el acreedor, al demandar, revocó su oferta; pero la obligación se transforma en natural, lo que demuestra que tampoco hubo remisión porque no quedó extinguida; (ii) cancelación formal unilateral sin que se logre probar el consentimiento del deudor, como si el acreedor cobra un crédito cuyo instrumento contiene una nota de cancelación que no indica su causa: esa nota vale como recibo de pago: vid. infra XIV,3.

incidencia de error, fuerza o dolo en su voluntad. Puede imaginarse fácilmente unas hipótesis en que eso no se cumple: el acreedor impúber entrega al deudor el título de la deuda; o el plenamente capaz hace lo propio creyendo que el título corresponde a otra obligación que deseaba remitir; o lo quema, pensando en que se trataba del título de una deuda ya extinguida por pago; o bien es coaccionado a entregar el título al deudor o a destruirlo; o le es arrancada la cancelación mediante maquinaciones dolosas. En todos estos casos y en otros semejantes hubo incapacidad absoluta en el acreedor o vicios en la voluntad de su respectiva gestión de entregar, destruir o cancelar; y entonces resulta que, de acuerdo con las reglas generales, ellas no valen como remisión tácita y que es posible solicitar la nulidad del acto jurídico del mismo modo en que ello sería posible si la incapacidad o el vicio hubieran incidido en una remisión expresa.

En consecuencia, cuando la primera parte del artículo 1.654 pide que la entrega, destrucción o cancelación del título correspondan a una gestión voluntaria del acreedor para que pueda entenderse haber habido tácita remisión, no pide nada especial ni diferente a lo que ya por derecho común hubiera sido exigible, de modo que aun cuando no se hubiera escrito "voluntariamente" en dicha norma, por igual la voluntariedad hubiese sido un requisito a que el intérprete llegaría al aplicar ese derecho.

2. El requisito de que la entrega, destrucción o cancelación sean hechas con ánimo de extinguir la deuda, por su lado, es común a las remisiones expresa y tácita: corresponde aquél a la voluntad típica de ese acto jurídico, sin la cual no puede haber, no ya remisión tácita, sino ninguna remisión: lo mismo que para la compraventa, sea que venga celebrada en forma expresa, sea que de un modo tácito, resulta exigible la voluntad de comprar y vender, pues de lo contrario no hay compraventa sino otro acto, o ninguno, así también ocurre, pues, en la remisión. Ahora bien, si el código ha mencionado de manera explícita un ánimo de condonar a propósito de la tácita remisión fue porque precisamente se trata de esta modalidad condonatoria, en que por definición la voluntad típica no aparece manifestada con palabras, signos o gestos de significado asertivo o negativo convencionales, sino a través de gestiones como son entregar, destruir o cancelar sobre cuya base es inferida la existencia de la voluntad del acto remisivo, que la ley denomina ánimo de condonar, remitir o liberar; que sea necesario inferirlo, ello hace

ocupar a dicho ánimo un cierto lugar en la definición de la figura, mas no por tratarse de remisión, sino por ser tácito el acto.

Ahora bien, para deducir esa voluntad típica es suficiente el hecho de existir la correspondiente gestión no acompañada de la manifestación expresa o tácita de una voluntad, bien distinta, caso en el cual la gestión se transforma en un negocio o en parte de un negocio diferente, bien contraria, hipótesis en que la gestión pierde eficacia remisoria por haber habido protesta. Puede así concebirse varios supuestos: el acreedor entrega el título al deudor para que lo custodie, o sea, en depósito, dejando a un lado que ello sería como dejar las ovejas bajo la vigilancia del lobo; también puede entregarlo como recibo tácito de pago, caso en el cual la mera entrega subsecuente al pago, aún sin declaración expresa, vale como tal; ¿sería imposible que se lo entregara en prenda?; también podría pensarse en que la destrucción o cancelación, no ya la entrega, fueran gestiones de otra significación jurídica que la remisión: el acreedor pudo destruir o cancelar el título para ocultar deudas, y así obtener nuevos créditos, caso en el cual habría que ver una simulación, en que lo simulado sería la remisión tácita y lo disimulado la subsistencia actual y real de la obligación. También pudo el acreedor entregar el título protestando de hacerlo para facilitar al deudor la verificación de la autenticidad de su firma sobre que éste había movido dudas.

Todos estos ejemplos son suficientes para mostrar que las gestiones de entrega, cancelación o destrucción pueden ser negocios o partes de un negocio distintos de la tácita remisión, o que pueden perder su sentido remisorio por medio de la protesta. Mas, para que ello ocurra, necesario es que el diferente significado jurídico de tales gestiones aparezca, lo cual significa manifestación expresa o tácita de voluntad anexas a la respectiva gestión, que desvirtúan, por así decir, el significado natural y primario que es el condonatorio: de no existir tales manifestaciones anexas, la gestión conserva ese significado original, por sí misma y sin más.

Si es, pues, así: si las meras gestiones de entregar, destruir o cancelar un título obligatorio sin el anexo de una manifestación expresa o tácita de voluntad diversa, por sí mismas permiten inferir una voluntad condonatoria, y si esta voluntad es la misma de toda remisión, entonces resulta claro que en la primera parte del artículo 1654 está de más la frase "*con ánimo de extinguir la deuda*", porque ese ánimo, que no es otro que la voluntad típica del acto, queda de

manifiesto por la sola existencia de la gestión unida a la circunstancia (que no es necesario probar) de no haber otra manifestación desvirtuadora.

3. En consecuencia, el artículo 1.654 en su primera parte perfectamente pudo haber sido redactado del modo que sigue: "Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela", y hubiera dicho lo mismo que bajo su actual forma¹⁵. Por derecho común se tendría que haber

¹⁵ En los proyectos Bello demostró una más cabal comprensión de la esencia de este modo tácito de remitir: en el *Primer Proyecto* (loc.cit.supra n.13) se decía: *Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación*: como se apreciará no hay alusión aquí al ánimo de remitir, aunque se exige voluntariedad. Resulta obvio que para Bello entonces la entrega sin más era manifestación unívoca de la voluntad de remitir; como lo demuestra esto que escribió acto seguido: *El acreedor no es admitido a probar que la entrega voluntaria del título no fue hecha con ánimo de remitir la deuda*; en efecto, si el acreedor entrega sin más el título (se supone que voluntariamente), no puede alegar que su ánimo no fue remitir, porque ello implicaría ofrecer demostrar un estado psicológico interno, que por lo demás resulta imposible indagar. Esa norma no impedía probar que la entrega fue hecha a un título distinto de la remisión, a título de depósito por ejemplo, pues entonces la entrega no fue "sin más": probando el acreedor que depositó, no prueba que hizo una entrega sin ánimo de remitir, sólo prueba haber precisamente depositado. Por consiguiente, la aludida norma contiene una idea jurídica verdadera, independientemente de que aquélla no se haya convertido en ley. El texto fue mantenido en los proyectos de 1841-1845 y de 1846-1847; sólo en el de 1853 apareció la redacción que hoy vemos en el código; pero bajo la apariencia contraria, ella dice lo mismo que sus antecedentes: que el acreedor sea admitido a probar que la entrega (destrucción o cancelación) fue hecha sin ánimo de remitir la deuda, como expresa el art.1.654, viene a significar que es admitido a probar, no que la entrega sin más la hizo con una intención no manifestada o interna distinta, cosa que sigue siendo imposible, sino que lo obrado por él fue un negocio diferente o que hubo protesta, etc. La actual redacción se basa en Partidas 5.14.11: *Esso mismo sería si un ome diesse a otro la carta que avía sobre él, del debdo que le debiesse, o la romplesse a sabiendas, con entención de quitarle el debdo; que también sería quito [sc.libertado], porende, como si lo oviesse pagado. Pero si aquel que avía de aver el debdo, pudiere provar con omes buenos, que dió la carta en fieltad [sc.deposito] al debdor, e non con voluntad de quitarle el debdo; o que gela furtaron [sc. se la hurtaron] o forzaron, o que gela rompieron contra su voluntad; entonces en salvo le fincaría [sc.quedaría], su derecho contra aquel que devía la debda*. En este texto figuran, como podrá apreciarse, los elementos voluntariedad e intención de remitir; y figuran porque él no describe un tipo sino un caso, para el cual ciertamente la inclusión de todos los elementos de hecho resultan esenciales; el error de Bello consistió en elevar a categoría típica dichos elementos de hecho, como si formaran parte del concepto específico de remisión tácita.

entendido que la entrega, destrucción o cancelación tienen que ser voluntarias, esto es, hechas por un absolutamente capaz y sin error, fuerza ni dolo, como requisitos de validez de todo acto jurídico, y por tanto también de la remisión tácita, lo mismo que de la remisión expresa por lo demás; y por derecho común se habría tenido que entender que para la existencia de la tácita remisión debe haber voluntad remisoria, lo mismo que para la de la expresa; sólo que en el caso de la primera esta voluntad aparece con el sólo hecho de haber existido cualesquiera de aquellas gestiones sin adiciones, o sea, en estado puro, primario y unívoco que es lo característico de todo acto tácito.

En lo que sigue de nuestro análisis, como consecuencia de lo anteriormente establecido, prescindiremos del requisito de la voluntariedad y del ánimo de remitir, condonar o extinguir la deuda, en el entendido, hay que repetirlo, de que esas gestiones por supuesto que tienen que ser voluntarias y de que, además, por sí solas manifiestan dicho ánimo o voluntad típica

IX. PERFECCIONAMIENTO DE LA REMISION

La ley no ha suministrado normas generales sobre el modo de perfeccionarse la remisión. Sin embargo, ello no autoriza para deducir sin más que este negocio bilateral tenga carácter consensual. Debemos distinguir varias hipótesis: por un lado, las de remisión tácita frente a la expresa; por otro, las de remisión gratuita frente a la onerosa; finalmente, las de remisión lucrativa frente a la no-lucrativa; por cierto, pueden ellas combinarse.

1. Remisión expresa lucrativa y gratuita. El régimen de esta materia viene dado por el artículo 1.653: las remisiones que proceden de mera liberalidad "*en todo*" están sujetas a las reglas de la donación entre vivos; de un modo particular, necesitan insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesitaría. Si nosotros combinamos las disposiciones de los artículos 1.401 y 1.400, concernientes a las donaciones, y las aplicamos a las remisiones lucrativas y gratuitas, o sea, donatorias, con carácter expreso, entonces llegaremos a las siguientes conclusiones: la condonación de una deuda de dinero o que recaea sobre bienes muebles con valor de hasta \$ 0,02 es enteramente consensual. Si la deuda remitida tiene por objeto dinero o un bien mueble de valor superior a \$ 0,02, entonces requiere insinuación; y si recaea sobre un bien raíz de cualquier valor necesita

escritura pública e inscripción, amén de insinuación cuando aquél vale más de \$ 0,02. El inciso 2 del Art. 1.400 CC., por lo demás, dice expresamente que la remisión de deudas de esa especie de bienes requiere la escritura y la inscripción.

2. Remisión expresa lucrativa y onerosa. Las reglas anteriores no valen para la remisión expresa lucrativa y onerosa, acerca de la cual el código, por lo demás, no entrega ninguna regla especial; debemos en consecuencia intentar obtener las que se deducen de las normas generales. De acuerdo con ellas, habría que decir que el principio es la consensualidad; al que hace excepción el negocio remisivo lucrativo y oneroso expreso de la deuda cuyo objeto es un bien raíz, pues en tal caso menester es la escritura pública y su inscripción, única manera de hacer eficazmente la tradición, de constituir la posesión y de adquirir el dominio en su caso, de acuerdo con el artículo 686 inc. 1 CC. De este modo, el art. 1.400 inc. 2 CC., pese a estar localizado en tema de donaciones, hay que interpretarlo en el sentido de cubrir también a una remisión no donatoria, como aquella del tipo que ahora tratamos.

3. Remisión expresa no-lucrativa gratuita u onerosa. En estas hipótesis de remisión, en cambio, no hay excepciones a la consensualidad, de modo que, por ejemplo, si el acreedor de un servicio personal lo condona expresamente, bien a título gratuito, bien a título oneroso, nada más es necesario que el consentimiento. Si el precio de la condonación es la dación de un bien raíz, por cierto que entonces el negocio deberá constar por escritura pública para los efectos de inscribirlo como título; pero ya se ve que esta necesidad es extrínseca a la remisión misma .

4. Remisión tácita lucrativa y gratuita. Por definición la condonación tácita no es consensual sino real: en sentido propio, cuando se hace bajo la forma de entregar el título de la obligación al acreedor al deudor; en sentido análogo, cuando consiste en la destrucción o en la cancelación material. Tanto si se trata de la entrega, pues, como de la destrucción o de la cancelación material podemos decir que la condonación se perfecciona *re*. Si la remisión, en cambio, tiene lugar mediante la cancelación formal entonces consiste en la solemnidad de escribir la palabra "cancelado" u otra equivalente en el título de la obligación o por separado; en tal hipótesis la condonación se perfecciona *litteris*. En todos los casos, sin embargo, debemos tener presente lo indicado antes acerca del carácter bilateral que posee

incluso la remisión tácita, a saber, que además exige el consentimiento también tácito del deudor, aunque este consentimiento no se vierta necesariamente en ningún acto real o formal.

Lo anterior tiene plena eficacia sin más cuando la remisión recae sobre una deuda cuyo objeto es dinero o cosa mueble con valor de hasta \$ 0,02.

Mas la situación cambia de aspecto si consideramos el caso de una deuda de cosa inmueble de hasta \$ 0,02, porque entonces son necesarias la escritura pública y la inscripción; y también la insinuación, si supera esa cifra; o de una deuda de dinero o cosa mueble que así mismo la superen, pues también exige la ley insinuación, aunque sólo ella.

a) En tales circunstancias cabe preguntarse si la remisión donatoria por entrega del título, o por su destrucción o cancelación es compatible con las formalidades de la escritura pública (y de su inscripción) que la ley exige en los casos vistos para ese tipo de condonación.

Parece evidente que no hay compatibilidad de la escritura pública con todos los casos de remisión tácita, excepto con el de la cancelación formal por acto separado cumplido precisamente a través de dicha clase de escritura, en que el acreedor diere por cancelada la deuda sin aludir a otro modo de extinguir. Mas no se ve cómo podría continuar siendo tácita la remisión, ni desde luego ser válida, si el acreedor se limita a entregar el título de la obligación al deudor, o a destruirlo o cancelarlo materialmente, o formalmente, pero en el mismo título, sin otorgar escritura pública. Esta incompatibilidad determina, pues, que sea jurídicamente imposible la remisión lucrativa y gratuita del tipo tácito respecto de obligaciones cuyo objeto es un bien raíz, con la excepción antes indicada.

b) Distinto es el resultado cuando consideramos el trámite de la insinuación; visto lo anterior, ello sólo ofrece interés respecto de aquellas remisiones en que la insinuación es el único trámite, sin que éste se agregue a la escritura pública, como sucede en el caso de los bienes raíces con valor igual o superior a \$ 0.02, hipótesis que ya ha quedado examinada en función de este último requisito, de manera que la insinuación agregada nada añade de especial a la solución del problema. Nos limitamos, por ende, a aquellas remisiones de una obligación que tiene por objeto un bien mueble con valor superior a \$ 0.02.

Cierto es que la insinuación, en sí misma considerada, es un trámite por definición y naturaleza expreso: basta pensar en los requisitos que el artículo 889 CPC. exige a la solicitud de autorización judicial en que la insinuación consiste, para darse cuenta que es imposible concebir que en ésta no se trate expresamente del asunto. Podría, en consecuencia, pensarse en que la insinuación es incompatible con la remisión tácita. Con todo hay que tener presente dos consideraciones. La primera es que, como lo ha declarado la jurisprudencia, la insinuación puede tener lugar con posterioridad a la donación, vale decir, en nuestro caso, a la remisión. Por lo tanto sería concebible una remisión tácita lucrativa y gratuita de la que ahora hablamos, perfeccionada por la entrega, destrucción o cancelación del título aceptadas tácitamente por el deudor, respecto de la cual con posterioridad se solicite la insinuación. ¿Este trámite priva a la operación ya realizada de su carácter tácito? Creemos que no: jurídicamente el negocio está perfeccionado; la insinuación es un trámite de control administrativo entregado al conocimiento de los jueces que, estrictamente hablando, no forma parte del negocio mismo, máxime si se realiza con posterioridad, pues en tal caso el juez lo que hace es controlar un acto ya realizado en el pasado. La segunda consideración que debemos tener presente es que, de acuerdo con el artículo 1.401 inc. 2, la insinuación puede ser solicitada también por el donatario, es decir, por el deudor remitido; si éste, previamente a la solicitud, ha aceptado (de manera tácita) la remisión, ella quedó perfecta y entonces también vale lo dicho precedentemente de que la insinuación es sólo un trámite destinado a controlar un acto ya realizado.

Idéntica es la conclusión si el deudor previamente no ha manifestado tácitamente su consentimiento, no obstante lo cual solicita la insinuación. En tal caso esta solicitud vale como aceptación también tácita de la remisión, siempre y cuando en la solicitud no exprese directamente dicha aceptación: el mero hecho de impetrar la insinuación manifiesta la voluntad de aceptarla.

La insinuación, en consecuencia, por su naturaleza no es incompatible con la remisión tácita como acabamos de demostrar. Claro ello, ahora podemos dar un paso más adelante, y pensar en que si la insinuación es solicitada precedentemente a la remisión, como mera autorización de hacerla, la cual es posteriormente celebrada entregando el acreedor el título al deudor, o destruyéndolo o cancelándolo, el trámite previo no impedirá que la remisión tenga carácter tácito.

5. Remisión tácita lucrativa y onerosa. Las descripciones dadas con anterioridad acerca del carácter real o literal de la remisión tácita lucrativa y gratuita son también aplicables cuando aquélla tiene causa onerosa. Por las mismas razones señaladas en su momento, no rigen para ésta, en cambio, las reglas sobre insinuación, que sólo tienen lugar en las donaciones y remisiones lucrativas gratuitas. La exigencia de escritura pública e inscripción para una remisión tácita lucrativa y onerosa, si la obligación sobre que recae es un bien raíz, viene de la interpretación amplia al artículo 1.400 inc. 2 en relación con el 686 inc. 1 CC. De este modo, la remisión de obligaciones sobre bienes muebles, cualesquiera que sea su valor, pueden celebrarse mediante la simple entrega del título o su destrucción o cancelación sin insinuación; mientras que la condonación de un bien raíz, cualquiera que sea también su valor, exige escritura pública e inscripción, aunque no insinuación, y en consecuencia a su propósito no es posible la remisión tácita por las mismas razones indicadas para las gratuitas de esta clase. Es una simple cuestión de hecho el que la onerosidad del negocio introduzca dificultades al carácter tácito de su perfeccionamiento, pues aquélla normalmente exigirá manifestación expresa de voluntades; teóricamente, en consecuencia, sigue en pie la posibilidad de que así se perfeccione.

6. Remisión tácita no-lucrativa gratuita u onerosa. En este tipo de condonación resultan inhibidas las reglas sobre insinuación, escritura pública e inscripción y cobra toda su fuerza la naturaleza real o literal de la manifestación tácita de voluntad; es decir, aparece como suficiente para perfeccionar la operación que el acreedor entregue el título al deudor, o lo destruya o cancele, sin más¹⁶.

¹⁶ Cuando una remisión queda sometida a las reglas de la donación, y aquélla se adapta a los tipos especiales de ésta, entonces debe tenerse presente las formalidades exigidas además por la ley: si la remisión es a plazo o bajo condición, debe otorgarse por escritura pública o privada en que consten la condición o el plazo (art.1.403); si la remisión es con causa onerosa, debe suscribirse escritura pública en que figure dicha causa (art.1.404); una remisión a título universal (bajo la cual debemos entender aquella recayente sobre la totalidad de las deudas o sobre una cuota de ellas) exige inventario solemne (art.1.407); la remisión remuneratoria para ser tal deberá constar en escritura pública (art.1.433). En cada caso debe ponderarse la compatibilidad de estas formalidades con el modo tácito de remitir.

X. PERFECCIONAMIENTO DEL PACTO DE NO PEDIR Y CONVERSION DE UNA REMISION EN DICHO PACTO

1. El pacto de no pedir es consensual, aun cuando se lo celebre a título gratuito, e incluso si recae sobre bienes raíces, salvo que sea oneroso y el precio de la renuncia a la acción consista en un bien de esta última especie, pero ello no por razones intrínsecas, sino como única manera de inscribir la transferencia de aquel bien; en tal caso, la formalidad de la escritura viene exigida por el objeto de la contraprestación.

Aparte ese caso, pues, de ningún modo resulta aplicable el artículo 1.653 CC., y quedan entonces excluidas la insinuación, la escritura pública y la inscripción, aunque, no ya la contraprestación, sino la obligación a cuya acción se renuncia recaiga sobre un bien raíz, o sobre un bien mueble de valor superior a \$ 0,02. La razón es clara: no sólo conceptualmente un pacto de no pedir es algo muy distinto a la remisión, sino que no tiene aquél jamás naturaleza lucrativa ni traslativa del dominio o constitutiva de una posesión, de manera que las reglas generales que exigen escritura, inscripción e insinuación para actos de aquellas especies no le son aplicables, y antes bien vale a su respecto la regla general de la consensualidad, que sólo texto expreso podría derogar.

2. El problema más interesante que se ofrece a consideración dado tal carácter del pacto, es el de la posible conversión en él, de una remisión sujeta a formalidades de las que en el caso concreto hubo defecto sin embargo. Examínese el siguiente ejemplo: El dueño y poseedor de un bien raíz inscrito lo entrega en comodato y después remite consensualmente y a título gratuito la obligación de restituirlo; como ya sabemos, esta remisión exige insinuación (supuesto que el bien comodado valga más de \$ 0,02), escritura pública e inscripción; en consecuencia, la antedicha condonación puramente consensual no puede valer como tal; y entonces se pregunta si puede valer como pacto de no pedir, es decir, si se convierte en tal, de manera que el comodatario pueda enervar la acción del comodato, si el comodante se arrepiente y exige la restitución, aun cuando resulte claro que el comodatario no adquiere el dominio ni la posesión, y que no podría oponerse a la restitución solicitada por un tercer adquirente, del cual pasó a ser un precarista.

No parece haber inconveniente para aceptar la conversión,

sobre todo pensando en que ambas partes pudieran celebrar directamente un verdadero pacto de no pedir en modo consensual, que hubiera producido exactamente los mismos efectos antes descritos.

Lo propio ocurre si el acreedor condona la obligación de restituirle una cosa ajena, aun cuando se celebre la operación con todas las formalidades exigibles para la remisión de una deuda restitutoria de cosa propia del acreedor. Supóngase que el arrendatario de un bien raíz lo entrega en comodato, con pleno conocimiento por parte del comodatario de ser mero tenedor su comodante; y que éste enseguida le condona gratuitamente la obligación de restituir el bien, mediante escritura pública e incluso con insinuación; es claro que ese título no podrá ser inscrito por falta de conexión subjetiva con el título a nombre del anterior dueño; pero aún dejando a un lado ese factor, resulta también evidente que la remisión no valdrá como tal sino como pacto de no pedir, que permitirá al comodatario enervar la eventual acción futura de su comodante, aunque no la de precario perteneciente al dueño. La razón de ésta: si el comodatario dio a conocer a su comodante el hecho de no ser el dueño de la cosa y luego le remite la obligación de restituirlo, es imposible que haya querido un negocio ineficaz, por modo que lo obrado debe interpretarse como un pacto, que es plenamente eficaz.

XI. PRUEBA DE LA REMISION TACITA

1. El modo tácito de remitir una obligación, como tipo particular del más amplio denominado remisión, queda sujeto a las reglas generales sobre peso de la prueba aplicables a todos los modos de extinguir; estas reglas generales están contenidas en el artículo 1.698 CC.; de acuerdo con el cual corresponde probar la extinción de una obligación al que la alega, es decir, normalmente al deudor, y sólo en forma excepcional al acreedor, cuando éste tuviere algún interés en alegar la extinción respecto de un crédito suyo; discurriremos sobre la hipótesis normal.

El objeto de la prueba es una de las gestiones en que, de acuerdo con la ley, la remisión tácita consiste, a saber: la entrega del título de la obligación por el acreedor al deudor, o su destrucción o cancelación por aquél; en estos últimos casos, el deudor debe probar además su aceptación tácita de dichas gestiones; pero debe tenerse presente que, a falta de otra manifestación tácita anterior, el mero hecho de alegar la destrucción o cancelación no puede interpretarse como

aceptación tácita de las mismas y perfeccionamiento de la remisión en ese momento, porque la demanda del acreedor, a su vez, había implicado revocación de la condonación que él había comenzado mediante las gestiones unilaterales de ruptura o cancelación.

2. El artículo 1.654 aparentemente establece ciertas reglas probatorias especiales en materia de remisión tácita, que en síntesis vienen a ser las siguientes: (i) el acreedor puede probar, bien que la gestión de que se trata no fue voluntaria, bien que no fue hecha con ánimo de extinguir la deuda; (ii) de no mediar estas pruebas, se entiende que hubo ánimo de condonar la deuda. Naturalmente estas reglas hay que conectarlas con las que había establecido la primera parte del Art. 1.654, según el cual la remisión tácita implica que el acreedor entregue voluntariamente al deudor el título de la obligación o lo destruya o cancele también voluntariamente, y en todos los casos con ánimo de extinguir la deuda. Si la voluntariedad y el ánimo de extinguir la deuda, de acuerdo con la descripción del artículo 1.654, vienen a ser requisitos de la remisión tácita, parece congruente que la disposición indique normas sobre el peso de la prueba de tales requisitos. Estas normas consisten efectivamente en cargar con dicha prueba al acreedor, en contra del cual el deudor había alegado la remisión tácita, pudiendo aquél, como se vio precedentemente, demostrar que la entrega, destrucción o cancelación del título ora no fue voluntaria, ora no fue hecha con ánimo de remitir la deuda, de tal manera que a falta de esta prueba se entiende que hubo ánimo de condonar la obligación ¹⁷.

Aparentemente la segunda parte del artículo 1.654 establece, pues, una presunción simplemente legal: del hecho conocido de la entrega, destrucción o cancelación, la ley, en efecto, presumiría la voluntariedad y el ánimo de condonar, sin perjuicio de la posibilidad de probar lo contrario, es decir: la no voluntariedad (que al mismo tiempo excluye el ánimo), o la inexistencia de ese ánimo (aunque la gestión haya sido voluntaria). Por cierto la carga de esta última prueba corresponde al acreedor.

¹⁷ El art. 1.654 dice "a falta de esta prueba", con aparente referencia a la sola ausencia de prueba de que la gestión no fue hecha con ánimo de condonar, para entender que entonces hubo tal ánimo, dejando por tanto en suspenso una decisión acerca de la prueba contraria a la voluntariedad; pero es evidente que, según el sentido de la norma, la voluntariedad también se entiende salvo prueba en contrario.

Para examinar la consistencia de esta hipotética presunción debemos recordar brevemente la naturaleza de los actos tácitos y estudiarla frente a la de los presumidos.

3. Se entiende por manifestación tácita de voluntad, como ya vimos, aquella que aparece por medio de gestiones unívocamente concluyentes, y que por tanto no admiten más interpretación que la de ser portadoras de una voluntad en determinado sentido. La conexión entre la gestión básica y la voluntad es necesaria, pero proviene de la naturaleza de la gestión misma, que estriba en su univocidad; de este modo, cuando la ley define un acto tácito, lo que hace es únicamente describir algo que el juez y el intérprete de todos modos podrían obtener aun sin existir la ley; ésta tiene entonces carácter declarativo y no constitutivo; lo cual significa que la manifestación tácita de voluntad puede ser tanto típica como atípica. En las presunciones, en cambio, la intervención de la ley es constitutiva, y consiste en establecer una conexión entre el hecho básico conocido y el desconocido que presume, conexión que de otro modo no podría ser establecida; ello porque aun cuando esa conexión sea normal, no es necesaria; lo cual a su vez proviene de que el hecho básico debe ser equívoco o ambiguo: de ahí que resulte interpretable en varios sentidos, uno de los cuales la ley ordena tener por conectado, sin perjuicio de la prueba contraria, cuando la presunción es simplemente legal. En otras palabras, no puede haber presunciones atípicas.

Las gestiones de entregar, destruir o cancelar son manifestación tácita de voluntad condonatoria, porque de la sola gestión, por sí misma, en estado puro y primario, no es posible deducir otra voluntad si no es la de perdonar la deuda; es decir, se trata de gestiones unívocas. En consecuencia sería erróneo afirmar que juega ahí una presunción, como si se dijera que la ley presume la voluntad remisiva, cual hecho desconocido, a partir del hecho conocido de la gestión. Esa voluntad no es presumida por la ley, pues aun sin ley el juez y el intérprete la podrían deducir de un modo necesario a partir de la gestión¹⁸.

¹⁸ El origen de la remisión tácita nos demuestra esta construcción: se encuentra aquél en un parecer de Paulo que nos conserva Dig.2.14.2: discutiendo el jurista acerca de las maneras en que puede entenderse formada una convención, cita a

De esta manera puede entreverse el error ínsito en la segunda parte del art. 1.654, consistente en aparecer presumiendo el ánimo de condonar, ya que éste, aun sin tal disposición, de todos modos se tendría que deducir. Pero esa presunción no sólo es errónea; además es inútil.

4. Ya hemos establecido que por derecho común las gestiones de entregar, destruir o cancelar tienen que ser voluntarias, y que el ánimo de condonar nada más es que la voluntad típica, que también por derecho común debe concurrir en la remisión tácita, sólo que, de acuerdo con lo recientemente expresado, siempre concurre si hubo la gestión sin más (supuesto que haya sido voluntaria). Podemos entonces preguntarnos, independientemente de lo previsto por la segunda parte del art. 1.654, a quién corresponda el peso de probar que las gestiones no fueron voluntarias, o que tuvieron un significa-

Labeón, quien había afirmado que tanto se conviene mediante la entrega de una cosa (*re*), como por carta (*per epistulam*), lo mismo que por medio de un mensajero (*per nuntium*) entre ausentes, a lo que Paulo añade que también se puede convenir consensualmente de un modo tácito (*tacito consensu convenire*), como "si yo devolviera a mi deudor el documento (*cautio*) en que consta la obligación", pues entonces "parece que entre ambos se ha convenido no pedir dicha obligación"; con ello alude a que de tal modo quedó entonces perfeccionado un pacto de no pedir la deuda. Para Paulo, pues, la entrega sin más forma el consentimiento, o, por mejor decir, lo manifiesta, sin necesidad de recurrir a ninguna presunción. En esta misma línea de pensamiento se sitúa un texto del jurista tardío Modestino, que ahora figura en Dig. 22.3.24: se afirma ahí que si el documento de la obligación (*chirographum*) fuere cancelado, parece que el deudor se libera de aquélla. Sin embargo, este último texto fue objeto de glosas en la época postclásica, y lo que originalmente era la interpretación del sentido jurídico de una gestión (cancelar el documento), se transformó en una presunción. El texto tal cual lo leemos hoy reza así: "Si el documento de la obligación fuera cancelado, [aunque] el deudor parece quedar liberado [por presunción], [será correctamente demandado respecto de aquella cantidad que el acreedor, mediante prueba manifiesta, demostrase que aún le debe]": lo que en la transcripción aparece entre corchetes no fue original de Modestino, quien de la cancelación decía lo mismo que Paulo respecto de la entrega; los postclásicos añadieron "por presunción", mostrando así una radical incompreensión del verdadero concepto clásico de acto tácito; también añadieron las demás partes del texto entre corchetes, que Modestino no pudo escribir, porque la liberación del deudor es incompatible con que el acreedor pueda después cobrarle un resto de deuda; en un régimen de presunción, en cambio, sí, porque se trata precisamente de probar en contra de ella. Esta idea postclásica dio origen a abundantes discusiones en el derecho común y un lejano eco de estas discusiones todavía lo encontramos en el art. 1.654.

do distinto al de una remisión tácita, o que no significaron remisión. Supóngase que el deudor prueba el hecho de haberle sido entregado el título por el acreedor, ante lo cual éste alega haber hecho la entrega coaccionado por el deudor; o como momento perfeccionador del contrato de depósito; o con protesta de no significar remisión, ya que se trataba de facilitar el examen del título al deudor, puesto que dudaba éste de la autenticidad de la firma. Es claro que el peso de probar cualesquiera de estos extremos corresponde al acreedor; mas, ¿por derecho común o en virtud de un traslado legal de dicha carga, que de otro modo le hubiera correspondido al deudor? No parece posible pensar en mover disputas sobre el tema: esa carga pertenece al acreedor en virtud de las reglas generales, según las cuales la prueba de un vicio de voluntad corresponde a quien está interesado en su existencia y lo alega; y la prueba de que un acto (una gestión en este caso) no tiene el significado jurídico que aparente y normalmente tiene, también pertenece al interesado en demostrarlo. No hay en efecto manera de sostener que, probada la entrega y alegado por el acreedor un depósito, fuera al deudor a quien tocaría probar que no hubo depósito sino remisión, cuando en su favor está, no una presunción, sino una deducción natural de que la mera entrega importa voluntad remisiva, de modo que para desvirtuar eso resulta necesario acreditar que no hubo mera entrega sino algo más, lo cual, como interesa al acreedor, debe ser de su cargo.

De consecuencia que el artículo 1.654 nada especial ni nuevo dice cuando autoriza al acreedor a probar que las gestiones de entrega, cancelación o destrucción no fueron voluntarias, por haber sido afectadas por incapacidad absoluta, error, fuerza o dolo; o que las ejecutó sin ánimo de remitir, porque tuvieron un significado diferente o porque hubo protesta; aun sin la norma, el acreedor se entendería por derecho común autorizado a semejante prueba. Y tampoco algo nuevo o especial señala cuando ordena entender haber habido ánimo de condonar a falta de dichas pruebas, porque también por derecho común se entendería que sin tal prueba, las gestiones en exámenes implican necesariamente una voluntad remisiva.

De todo lo cual se deduce que la segunda parte del artículo 1654, que comienza con la frase "*El acreedor es admitido a probar que la entrega*", etc., es absolutamente superflua, y que aun sin su existencia el intérprete y el juez podrían llegar a la conclusión que allí se expresa.

En resumen, pues, alegada que sea la remisión tácita por el deudor, a éste corresponde probar únicamente que el acreedor le entregó el título de la obligación, o que lo destruyó o canceló, todo con su anuencia tácita. Probadas estas gestiones, el juez necesariamente debe deducir que hubo remisión tácita. El acreedor en su defensa puede alegar que esas gestiones no fueron voluntarias, porque estuvieron afectadas por incapacidad absoluta del gestor, o porque incidió en ellas el error, la fuerza o el dolo; o puede también alegar que no significaron remisión, bien porque fueron constitutivas de un negocio o parte de un negocio diferente, bien porque se vieron acompañadas de una protesta que desvirtuó su sentido primario y original. Para nada de esto se requiere de una presunción, ya que es consecuencia directa de las reglas generales.

XII. EL SUPUESTO CARACTER EXCEPCIONAL DEL ARTICULO 1.654

Suele decirse que el art. 1.654 establece una doble excepción; por un lado, a la regla del artículo 1.698 según la cual incumbe probar la extinción de una obligación a quien la alega; y por otro, al principio del artículo 1.393 de que la donación no se presume¹⁹. Comoquiera que, según el art. 1.654, el deudor quedaría exonerado de probar la voluntariedad y el animo de condonar por parte del acreedor, que serían los elementos fundamentales de la remisión como modo de extinguir, he ahí pues la primera excepción, al art. 1.698; y puesto que la remisión en el fondo es una manera de donar de acuerdo con el artículo 1.653, y la remisión viene presumida por el art. 1.654, he allí la segunda excepción, esta vez al art. 1.393, supuesto, por cierto, que la condonación sea lucrativa y gratuita.

Sin embargo no es así. El deudor, al oponer la excepción de remisión (tácita), debe probar cualesquiera de estos hechos: la entrega, la destrucción o la cancelación del instrumento obligacional por parte del acreedor; ya hemos dicho que por esos solos hechos queda constituido el modo tácito de remitir, sin que intervenga ahí ninguna presunción, porque no es que de tales gestiones se presuma una voluntad de donar, sino que ellas simplemente la manifiestan. Por lo mismo no hay donación presumida.

¹⁹ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel, *Curso de derecho civil* (ed. Vodanovic, Nascimento, Santiago 1941), vol.III: *De las obligaciones*, p.428.

Similar razonamiento vale para negar la existencia de una excepción al art. 1698: el deudor debe probar las gestiones básicas que constituyen la remisión: entregar, destruir o cancelar; de ellas nada se presume pues sólo manifiestan la voluntad condonatoria; en consecuencia, no hay ninguna descarga en el peso de probar la extinción, y el asunto sigue regido por la regla general contenida en dicho artículo.

XIII. PRESUNCIONES EN LA REMISION TACITA

1. Acabamos de ver que quien alega la remisión tácita de una obligación debe probar que fue precisamente el acreedor quien entregó el título al deudor, o quien lo destruyó o canceló; adicionalmente debe probar también la aceptación tácita del deudor para perfeccionar el negocio remisivo.

a) Sin embargo, la prueba de estos hechos, aun cuando no esté sometida a reglas especiales, e incluso quede autorizado su desahogo mediante testigos, puede resultar muy difícil: el acto mismo de la entrega pudo no dejar rastros; el acto de destrucción pudo haber sido un hecho privado; y lo mismo haber sido la cancelación meramente material por tarjamiento o tachadura; tan sólo la cancelación formal, si es que se logra probar que las palabras con que se hizo fueron escritas por el acreedor o bajo su firma, es decir, acudiendo eventualmente a la prueba de peritos, reviste menor dificultad. De esta manera, pues, la remisión tácita, salvo en el último caso, puede perder toda importancia práctica en razón de las dificultades que ofrece su verificación.

b) Hay con todo unos hechos cuya prueba resulta facilísima: la actual tenencia del título por parte del deudor, su actual estado de destrucción y el hecho de estar cancelado materialmente, hechos éstos que se acreditan con la simple exhibición del título (o la imposibilidad de exhibirlos, si se alega la destrucción total o el anquilamiento). Pero es claro que no hay conexión causal necesaria entre tales hechos y un correspondiente acto del acreedor: de que el deudor tenga en su poder el título no se desprende necesariamente que fue el acreedor quien se lo entregó: el deudor pudo hurtarlo, o perderlo el acreedor y encontrarlo aquél. De que el título esté roto o cancelado materialmente tampoco se puede concluir en forma necesaria que fue el acreedor quien lo rompió o canceló de esa manera: la ruptura pudo ser accidental o causado por un arrebató de ira del acreedor. Y tanto aquélla como la cancelación material pudieron ser obra de un tercero y hasta del propio deudor. En principio, pues, si

el título aparece en poder del deudor, o si está roto o cancelado materialmente, de todos modos aquél debería probar el acto causante por parte del acreedor, para enseguida alegar remisión tácita; pero ya hemos observado cuán difícil puede ser esta prueba.

c) Es sin embargo en tales hipótesis que una presunción podría ayudar al deudor. Porque si bien no hay conexión causal necesaria entre los actuales estados del título y un acto del acreedor, sí la hay de carácter normal: si el deudor tiene en su poder el título, ello ordinariamente se deberá a que el acreedor se lo entregó y excepcionalmente a otras circunstancias; si aparece roto o cancelado materialmente y en poder del acreedor, lo normal será que se deba a un acto suyo, y sólo extraordinariamente a otras circunstancias. En otras palabras, aunque los actuales estados del título sean equívocos en cuanto a su causa, es posible pensar en que una de éstas: un acto del acreedor, es la más ordinaria o normal; con lo cual estamos en el campo propio de las presunciones, en el campo de las conexiones no-necesarias, aunque sí normales, entre dos hechos, uno de los cuales es fácilmente cognoscible, y desconocido y de difícil prueba el otro. De este modo, presumir la entrega, destrucción o cancelación material por el acreedor a partir del hecho de estar el título en poder del deudor, o de aparecer éste cancelado materialmente o destruido, sería una operación jurídica perfectamente aceptable y además útil. De acuerdo con ello, probados que fueran cualesquiera de esos estados del título, el deudor quedaría exonerado de probar el hecho causante del acreedor, que se presumiría, correspondiendo a éste la prueba contraria, a saber: que el correspondiente actual estado no se debió a un acto suyo.

Sobre esta materia, sin embargo, el código no dice palabra alguna, lo cual no impide examinar los problemas que ofrecen las situaciones descritas.

2. Preliminarmente debemos excluir de entre esos problemas el caso de la cancelación formal del título, es decir, manuscrita por el acreedor y seguida o no de su firma, o bien firmada por aquél después de haberla escrito con su propio puño y letra o no; se entiende que todo ello en el título mismo de la obligación.

a) En tal caso cabe aplicar el artículo 1.075 cuyo inciso 1 establece: *La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo o favorable al deudor*, y cuyo inciso 2 dispone: *Lo mismo se extenderá a la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso*

del duplicado de una escritura, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor. Así, pues, si en el título de la obligación figura una cancelación formal de la deuda escrita por el acreedor, bajo firma suya o no, o bien firmada por éste, sea que la haya manuscrito o no él mismo, no cabe hablar aquí de presunción, sino aplicar las reglas generales sobre prueba por instrumentos privados, de modo que, reconocida la nota o mandada tener por reconocida, hará plena fe en todo lo favorable al deudor, es decir, probará el acto de cancelación por parte del acreedor.

b) Las dos disposiciones citadas empero contienen unas cláusulas que a la luz de sus antecedentes carecen de sentido: el inciso primero, en efecto, exige que la escritura en la cual figura la nota haya estado siempre en poder del acreedor, y el inciso segundo discurre sobre la base de que lo que se encuentra en poder del deudor sea la copia de la escritura obligacional. Estas cláusulas decimos que carecen de sentido porque la tenencia por parte del acreedor respecto del instrumento en que la nota fue manuscrita o firmada por él, y que aquello tenido por el deudor sea una copia, resultan irrelevantes. No se ve, en efecto, qué razón existe para negar fuerza probatoria al original de una escritura cancelada por manuscrito del acreedor o bajo firma de él, si se encuentra en poder del deudor, en circunstancias que el inc. 2 del art. 1.705 da valor a la misma cancelación, si ella aparece, no ya en el original, sino en una copia que también se encuentra en poder del deudor.

c) La causa de esta anomalía la encontramos al examinar la historia de la norma, tomando como punto de partida a Pothier²⁰: plantéase este jurista el problema del valor probatorio que debe darse a las notas no firmadas puestas a continuación, al margen o al dorso de un escrito firmado, cuando aquéllas tienden a la liberación del deudor; y distingue entonces el caso de que el documento básico esté y no haya cesado jamás de estar en la posesión del acreedor, de aquel otro en que esté en manos del deudor. Para el primer caso, Pothier ofrece el ejemplo de una promesa firmada por el deudor, y que se halla en posesión del acreedor, pero que contiene seguidamente o al dorso un recibo de dinero entregado a cuenta: este recibo, aunque no esté firmado ni datado, hace plena prueba del pago, y no solamente si fue escrito con puño y letra del acreedor, sino con el de cualquier persona, incluso del deudor, porque, dice Pothier, es más

²⁰ POTHIER, R. J. *Traité des obligations*, parr. 760, en *Oeuvres de Pothier* (ed. Bugnet, Paris 1861), vol. X, p. 411 s.

que probable que el acreedor no hubiera permitido escribir el recibo sobre el documento que estaba en su poder, si los pagos no fueron efectivamente hechos. Se observará, en consecuencia, que la circunstancia de estar el instrumento en poder del acreedor y de no haber jamás cesado de estarlo, resulta esencial para la regla, y transforma en indiferente la circunstancia concerniente a la persona que escribió el recibo, lo mismo que el hecho de que no esté firmado por el acreedor. Para el segundo caso, es decir, para el de documentos con notas que se encuentran en poder del deudor, nuestro jurista adopta como ejemplo un contrato de compraventa en duplicado, a continuación, al dorso o al margen de uno de los cuales que tiene el comprador, deudor del precio, se encuentre un recibo no firmado. Evidentemente el ejemplo de un contrato bilateral, respecto del cual es más natural pensar en que haya copias, y en que una de ellas se encuentre en poder del deudor, no cumple en la explicación ninguna función esencial y sólo facilita la comprensión de por qué el deudor puede llegar a tener el documento; lo importante del asunto es que, según Pothier, si la nota fue escrita por el acreedor, entonces hace plena fe, mas no si provino de otra mano.

d) El art. 1332 CCFr., directamente inspirado en Pothier, mantuvo sus soluciones, pero varió algunos de sus supuestos. El inc. 1 de ese artículo exigió que la nota final, marginal o dorsal fuera escrita por el acreedor, es decir, se mostró más restrictivo que Pothier, quien aceptaba que la nota pudiese provenir de cualquier mano; pero mantuvo el código el supuesto de ese jurista de que el documento estuviera y no hubiera jamás cesado de estar en la posesión del acreedor.

Ahora bien, como vimos, para Pothier este supuesto sólo se justificaba en razón de ser indiferente la autoría de la nota, porque la permanente posesión del documento garantiza que, fuera quien fuera el autor de la nota, el acreedor no hubiera permitido una nota de falso contenido; pero es evidente que una vez establecida la exigencia de que la nota provenga del puño y letra del acreedor, como hizo el código francés, fuera la tenencia del documento la que se tornara en indiferente, porque la veracidad de la nota entonces queda garantizada precisamente por la certeza de su autoría.

El inciso 2 del art. 1.332 CCFr. volvió a cometer un error de comprensión hacia su fuente: estableció que hace fe la nota puesta por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de la copia de un título, siempre que la copia esté en manos del deudor; el error

consistió en elevar a categoría esencial lo que en Pothier no había sido más que un ejemplo destinado a facilitar la verdadera hipótesis dogmática: que el documento con nota se encuentra en manos del deudor; para esa hipótesis, en efecto, resulta indiferente que se trate de original o copia; mas, para ilustrarla, como vimos, Pothier había recurrido al ejemplo de un contrato sinalagmático, en el cual muy natural y comprensible resulta que sea el deudor quien tenga el documento, desde el momento en que también es acreedor, por ser sinalagmático el negocio; natural y comprensible, pero no esencial; y sin embargo el código francés se refirió a "copias" en manos del deudor, cuando la misma regla es válida para los originales.

e) El art. 1.705 CC. no fue redactado directamente sobre la base de Pothier sino del art. 1.332 CCFr., de modo que mantuvo sus errores e incomprensiones, a saber: la exigencia en el inc. 1 de que el documento haya estado siempre en poder del acreedor, no obstante que la nota haya sido escrita o firmada por él; y la exigencia en el inc. 2 de que el documento que se encuentre en poder del deudor sea un duplicado de la escritura, aun cuando no hay razón para negar que la regla ahí ofrecida valga incluso si del original se trata.

De acuerdo con todo lo anterior, ambas exigencias carecen de sentido y nada de ilícito habría en prescindir de ellas; mas, si se quiere respetar la letra de la ley, para cubrir los casos no previstos por el art. 1.705, que son: escrituras que no siempre han estado en poder del acreedor, no obstante haber éste escrito o firmado una nota; y originales en poder del deudor con notas también provenientes del acreedor; para esos casos, con toda tranquilidad puede admitirse una presunción grave, precisa y concordante que permite al juez otorgar fe a la nota en razón de haber sido el acreedor su autor; siempre a salvo, por supuesto, el inciso 3 que establece la indivisibilidad probatoria entre documento básico y notas.

3. La segunda hipótesis que debemos excluir es la de una cancelación formal por separado; también ella se rige por las reglas generales sobre prueba mediante instrumentos sin necesidad de recurrir a ninguna presunción especial. Conviene recordar que si la deuda remitida consta en escritura pública, la remisión tácita por cancelación formal separada puede hacerse por escritura privada (si aquélla no está sujeta a la formalidad de la pública), y entonces se aplica el art. 1.707 inc.1 CC., o por escritura pública, y entonces tiene lugar el inciso segundo de dicho artículo.

4. Así, pues, excluido de nuestro examen el caso de una cancelación formal del título, nosotros debemos considerar dos grandes hipótesis: que aquel se encuentre en poder del acreedor, o bien en el del deudor; en cualesquiera de ambas, a su vez, podemos distinguir los siguientes casos: título íntegro y no cancelado, íntegro y cancelado materialmente, roto y no cancelado, y roto y cancelado materialmente; en la hipótesis de tenencia del título por el deudor va implícita la tercera forma de remitir tácitamente que es la entrega.

a) Cuando el documento se encuentra en poder del acreedor, aunque esté roto o cancelado materialmente, si ha servido de fundamento a la demanda del acreedor, entonces el deudor no puede valerse de tales circunstancias para alegar remisión, porque la demanda implícitamente ha revocado la condonación principiada por aquellos actos materiales, pero no perfeccionada por el consentimiento del deudor; a menos naturalmente que el deudor logre probar que con anterioridad a la demanda él prestó su anuencia a estas remisiones tácitas principiadas del modo dicho por el acreedor. La hipótesis, en consecuencia, discurre sobre la base de que el instrumento roto o cancelado materialmente aparezca en poder del acreedor, pero que no sea invocado por éste para cobrar la deuda, como sucedería si el juicio se inicia por una medida prejudicial probatoria por parte del deudor consistente en la exhibición del documento que se encuentra en poder del acreedor. En tal caso, si el instrumento aparece roto o cancelado materialmente, o ambas cosas a la vez, todavía corresponde al deudor la carga de probar que la ruptura o la cancelación material fue obra del acreedor, sin que pueda presumirse legalmente, porque ley no existe al respecto, que del hecho de estar roto o cancelado materialmente el título en poder del acreedor, deba deducirse que la ruptura o la cancelación la hizo éste. Ni tales circunstancias tampoco pueden servir de base a una presunción del juez esta vez, en el sentido de que los respectivos actos causantes fueron del acreedor, porque así quedaría vulnerado el artículo 1.393 CC. que prohíbe presumir una donación, si es que, naturalmente, lo alegado es la remisión tácita gratuita y lucrativa, porque siendo onerosa o no lucrativa, es decir, no consistiendo en una donación, las mencionadas circunstancias sí que podrían formar una presunción judicial en razón de gravedad, precisión y concordancia, aún cuando el acreedor, a su vez, puede ofrecer pruebas dirigidas a demostrar que la ruptura o cancelación material fueron obras de un tercero o provinieron de un caso fortuito.

b) Si el documento aparece en poder del deudor, entonces no puede éste alegar en su favor la circunstancia de que el instrumento

además se encuentra cancelado o roto, porque es obvio que ambos hechos pudo haberlos producido él: aquéllos en consecuencia, no son base de ninguna presunción judicial. Conviene, por lo tanto, investigar si el mero hecho de la tenencia del instrumento, independientemente de estar además roto o cancelado en modo material, puede servir de base a una presunción en favor del deudor, de haber sido el acreedor quien se lo entregó. Es evidente que una presunción judicial también contradiría al ya mencionado artículo 1.393, según el cual la donación entre vivos no se presume, y presumir la entrega del título a partir de su tenencia por el deudor implicaría directamente presumir una donación. Este principio no vale si la remisión fue onerosa, caso en el cual la tenencia del título por parte del deudor sí que podría dar lugar a una presunción judicial, supuesta la prueba de los demás elementos del negocio complejo, y de otras circunstancias, todas graves, precisas y concordantes.

5. En síntesis pues las reglas en esta materia son las siguientes :

a) Si el instrumento aparece cancelado formalmente, es decir, manuscrita la cancelación bajo firma o no del acreedor, o bien firmada aquélla por éste, sea que la haya manuscrito o no, independientemente de que el instrumento esté en poder del deudor o del acreedor, y de que se trate de original o copia, la nota de cancelación es prueba directa de que fue el acreedor quien la hizo, lo cual constituye remisión tácita;

b) Si el instrumento aparece roto o cancelado materialmente en poder del acreedor y se alega liberación de la deuda por remisión, entonces aquellas circunstancias no pueden servir de base a una presunción, porque la demanda del acreedor implica revocación de la oferta remisoria; y porque, si no hubo tal revocación, presumir la tácita condonación contradiría el art. 1.393 del Código Civil; sólo si se alega remisión onerosa podrían aquellas circunstancias servir de base a una presunción judicial.

c) Si el instrumento aparece en poder del deudor, las circunstancias de que esté roto o cancelado materialmente no pueden ser invocadas para ningún efecto por el deudor, porque ambas operaciones las pudo practicar él.

d) Si el instrumento aparece en poder del deudor, independientemente de su cancelación material o de su ruptura que, como ya vimos, carecen de eficacia, y se invoca la liberación por remisión, entonces tampoco la tenencia del documento por parte del deudor puede servir de base a ninguna presunción de que él le fue entregado por el acreedor, porque ello también contravendría con el artículo

1.393 CC., salvo que la remisión alegada fuese onerosa, caso en el cual sí que la tenencia podría valer como base de una presunción de aquella especie.

6. El inciso 2 del artículo 1.654 establece que *“la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma la remisión de la deuda”*. La hipótesis propuesta por el código consiste en que el pignoratario renuncie a su derecho real, bien expresamente, bien tácitamente, y en especial, mediante la devolución de la cosa pignorada al pignorante; y en que él acreedor hipotecario haga lo propio por el medio adecuado, que es normalmente la cancelación formal y separada, con su derecho real de hipoteca. De modo que no es feliz la manera de expresarse el código al hablar de *“remisión de la prenda o de la hipoteca”*, porque remisión de deudas ahí no hay. En efecto, quien entregó la prenda nada debe en cuanto pignorante, aunque pueda deber si además es el sujeto pasivo de la obligación garantizada con la prenda; algo similar ocurre en la hipoteca. Por el contrario, el deudor es el pignoratario o quien recibió la hipoteca, si cesa la causa de retener, es decir, si la obligación garantizada se extingue, pues en tal caso deben el pignorante restituir la prenda y el acreedor hipotecario cancelar la hipoteca.

a) El art. 1.654 inc.2 dice, pues, que si el pignoratario o el acreedor hipotecario renuncian a la garantía de la prenda o de la hipoteca, ello no basta para presumir que han remitido la deuda principal, que aún pueden reclamar²¹. La expresión *“no basta”* podría hacer pensar en que la renuncia unida a otros antecedentes, sí bastaría para presumir la condonación de la deuda principal, de modo que el asunto consista en una cuestión de insuficiencia de la base. Desde luego hay que decir que, en cualquier caso, la presunción sería nada más que judicial y nunca legal: el código no contiene

²¹ Es evidente que la palabra *“remisión”* del art. 1.654 inc.2 significa devolución o restitución (reenvío) de la cosa pignorada y, en sentido figurado, cancelación de la hipoteca, que es como el pignoratario o el acreedor hipotecario renuncian a la garantía. La circunstancia de que al hacerlo se priven eventualmente de cobrar la deuda garantizada no basta para decir que esa renuncia implica su condonación en sentido técnico, porque lo cierto es aún subsiste el llamado derecho de prenda general. Hablan de remitir en el mismo sentido que el art. 1.654 inc.2 los artículos 1.526 N° 1 y 2.405. El art. 1.397 dice que *“no hace donación a un tercero el que... remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor”*, de lo cual se deduce que sí la hace en caso de no estarlo. En efecto, renunciar a la prenda o a la hipoteca (remitirla) cuando el deudor ha caído en insolvencia, implica un lucro para el

ninguna presunción de esta última especie en materia de remisión, como ya se ha demostrado; por lo demás, una presunción legal nunca puede ser establecida sobre bases insuficientes que después puedan completarse. De modo, pues, que sólo podemos pensar en presunciones judiciales; pero aún así con la limitación del art. 1.393 que prohíbe al juez presumir donaciones y, en consecuencia, remisiones lucrativas y gratuitas. Dentro de estos márgenes, debe reconocerse que el texto legal permite presumir remisiones no-liberales sobre la base de la renuncia del pignoratario o del acreedor hipotecario a las respectivas garantías, con la ayuda de otros antecedentes que en conjunto tengan los caracteres de gravedad, precisión y concordancia.

b) De hecho, sin embargo, esa manera de expresarse el código es sólo un resabio de sus modelos. El art. 1.286 del código francés dispone que "*la remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette*"; Bello tradujo "*ne suffit point*" por "*no basta*". Ahora bien, esa disposición —basada por lo demás en Pothier²²— se justifica en el código francés, porque él sí que admite la idea de presunción legal en materia de remisión, de modo que el art. 1.286 viene a constituir un caso de no presunción de aquella especie. En el código chileno el correspondiente art. 1.286 francés, o sea, el inc. 2 del art. 1.654, en cambio, nada nuevo ni útil agrega.

XIV. LAS GESTIONES DE ENTREGAR, DESTRUIR O CANCELAR EL TITULO DE LA OBLIGACION COMO PRUEBA DE SU EXTINCION EN VIRTUD DE UN MODO DISTINTO A LA REMISION

1. Hasta el momento hemos examinado las gestiones de entregar, destruir o cancelar el título como constitutivas de la remisión tácita y, en consecuencia, como modo de extinguir una obligación. Pero el acreedor también puede hacer lo propio, no para remitir la deuda a través de dichas gestiones, mas como manera de manifestar que la

pignorante o quien otorgó la hipoteca, puesto que, de no mediar la renuncia, hubieran perdido la propiedad de la cosa (o tenido que pagar la deuda garantizada, aunque no tenfan técnicamente obligación de hacerlo): hay en consecuencia donación; pero se trata de una donación indirecta, no de una remisión donatoria de deudas.

²² POTHIER (n.20), párr.610 (ed. Bugnet, p. 325): Pothier habla de *restitution*.

obligación ha sido previamente extinguida en virtud de su pago, novación, compensación, imposibilidad de cumplirse y aun de su remisión expresa anterior; es usual, en efecto, sobre todo cuando la deuda ha sido pagada, que el acreedor devuelva el título al deudor, e incluso que al mismo tiempo lo cancele formalmente, o que en sustitución de ambas cosas simplemente lo destruya: en otro contexto, a esto alude el inc. 2 del art. 2.295. Desde el punto de vista del derecho sustancial, no cabe duda que estas gestiones no importan remisión y que la deuda ha quedado extinguida por el pago, o por el modo de extinguir que efectivamente operó, mas no por remisión tácita.

Cuando, aparte de la entrega, destrucción o cancelación, el deudor no dispone de otra prueba para demostrar el verdadero modo de extinguir que operó, sólo en muy contadas ocasiones verificar que el acreedor le entregó el título o lo destruyó o canceló puede servirle para alegar la remisión en subsidio; es decir, en aquellos casos en que la remisión tácita es jurídicamente válida sin más requisitos que las meras antedichas gestiones; ello ocurre respecto de deudas de bienes muebles con valor de hasta \$ 0,02, por cuanto, alegada que sea la remisión en los demás casos, aunque el acreedor no pueda a su vez contraalegar la nulidad proveniente de no haberse cumplido con los requisitos exigidos por la ley para la validez de la remisión: escritura (e inscripción) e insinuación, dado lo dispuesto por el artículo 1.683, en tanto supo o debió conocer el vicio, el juez sí que podrá declarar de oficio la nulidad.

2. El derecho común aceptaba, sin embargo, que la tenencia del título por parte del deudor hiciera presumir que el acreedor se lo había entregado, y que esta entrega fue a título de pago, dejando naturalmente a salvo la posibilidad de que el acreedor demostrara que el título llegó a manos del deudor sin su voluntad o contra ella; y excluyendo además la presunción si el deudor era persona doméstica del acreedor, es decir, alguien que viviera en su misma casa, porque en tal caso hay muchas posibilidades de que el deudor hubiera podido sustraer el título. Pero se negaba ese derecho a admitir en el mismo caso una presunción de entrega a causa de remisión, porque ello implicaría presumir una donación²³. Pothier,

²³ Por todos: BARTOLO DE SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem commentarium*, ad *lex Labeo, De pactis*, lib. II, núm. 4 (en *Omnis quae extant opera, Venetiis* 1603, vol. I, p. 97). Véase también la glosa de Gregorio López a Partidas 3.19.11, gl. *Otrozí decimos*, en *Los códigos españoles* (Madrid 1848), vol. III, p. 266 s.

en contra de la opinión común, aceptaba que la tenencia del título por parte del deudor hiciera presumir o el pago o la remisión²⁴, y el Código Civil francés en el art. 1.283, mal interpretando esta doctrina, estableció que: "La remisión voluntaria de la primera copia del título (*grosse*) hace presumir la remisión de la deuda o el pago, sin perjuicio de la prueba contraria". En efecto: la entrega del título (que el código francés llama "remisión"), como tantas veces hemos visto, no puede significar sino que condonación y no es necesario recurrir a ninguna presunción; de lo que se trata de saber, en cambio, es si la tenencia del título por parte del deudor puede o no hacer presumir la entrega, por un lado, y, por otro, la causa de ella. El código chileno nada estableció al respecto, de tal manera que no es posible aceptar que la tenencia del título haga presumir la entrega a causa de pago, y en principio todavía el deudor que alega este último, no obstante tener el título en su poder, debe allegar otras pruebas para comprobar que efectivamente la deuda fue pagada. Sin embargo, es evidente que dicha tenencia puede servir de base a una presunción judicial de entrega, la cual debe, una vez presumida, ser interpretada que fue a causa de pago; ello porque es imposible interpretarla como remisoria, ya que ello implicaría contravenir al art. 1.383, al presumirse con aquello una donación. En todo caso debe tenerse presente que si la cosa pagada vale más de dos unidades tributarias, el acto de pago, por su naturaleza consistente en la entrega de una cosa, deberá constar por escrito y en consecuencia, de faltar éste, no podrá probarse por testigos; tal es la razón por la cual la presunción asume una importancia excepcional.

3. Mayores dificultades ofrece la hipótesis de haber el acreedor cancelado formalmente el título, en su cuerpo o por separado, pero sin dejar constancia de la causa de la cancelación, como si aquél se limita a manuscibir, bajo firma o no, o a firmar una nota o un instrumento separado no manuscrito por él, únicamente con la fórmula "cancelada", o "deuda cancelada", o algo equivalente, pero no "deuda cancelada por pago" o "deuda pagada" (o con alusión al otro modo de extinguir que operó). El caso se rige desde luego por el art. 1.705, si la cancelación fue incorporada en el documento básico, o por las reglas generales, si fue por separado; pero en ambas

²⁴ POTHIER (n.20), párr.609.

hipótesis subsiste el problema de cómo interpretar la cancelación, a falta de toda otra prueba complementaria que demuestre su verdadero sentido.

a) En principio, de acuerdo con lo tantas veces dicho aquí, de que la cancelación formal sin más debe interpretarse como remisión tácita, supuesta la prueba de la aceptación del deudor, entonces tal es el partido que el juez debe adoptar, sin que esto implique vulnerar el art.1.383, porque no se trata de una presunción sino de la mera interpretación de una gestión unívoca. Sin embargo, esta solución es ineficaz para el deudor, si al mismo tiempo no comprueba haberse dado cumplimiento a las formalidades de una remisión donatoria cuando la ley las exige, que, como sabemos, son la escritura pública (y la inscripción) y la insinuación; sin ellas la remisión es absolutamente nula. Por lo tanto, no siempre conviene al deudor alegar una remisión tácita basada en la cancelación formal sin expresión de causa, sino cuando, desde el punto de vista de las formalidades, ella se baste a sí misma.

b) Permanece, no obstante, el hecho indubitado de que hubo cancelación, o sea, liberación al deudor, y si a ello quiere conservársele su sentido, entonces parece que debemos aceptar que el deudor puede alegar la extinción por pago y exhibir la cancelación como prueba, con la ventaja adicional de que en tal caso no necesita demostrar su anuencia al acto de cancelación, porque éste es unilateral. Podemos fundar esta solución en el art. 1.467 inc. 1^o CC., que si bien está referido literalmente a la causa de una obligación, resulta ampliable analógicamente a la causa de un acto: trátase en este caso de la causa de una cancelación: el pago, que consecuentemente con lo dicho, no necesita ser expresada, correspondiendo entonces al acreedor probar que no existió.

Conviene tener presente, en todo caso, que tal es directamente la solución que ofrece el art. 119 inc. 2 C. de C.: "*el recibo prueba la liberación de la deuda*", en el entendido que una cancelación formal sin expresión de causa, otorgada cuando la deuda ha sido pagada, viene a ser un recibo tácito del pago, porque, a diferencia de cuanto ocurre en materia civil, en la comercial nunca dicha cancelación puede interpretarse como donatoria.

Recibido: 25.6.90

Aprobado: 10.7.90