

525. *Características de la condición resolutoria tácita.* Dentro de la clasificación de las condiciones, es:

1º Resolutoria, ya que tiene por objeto extinguir un derecho;  
2º Es tácita, puesto que el legislador la subentiende en todo contrato bilateral. No necesitan las partes estipularla, aunque pueden hacerlo, tomando entonces el nombre de pacto comisorio.

Por ello se ha resuelto que la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza del contrato bilateral, y las partes pueden acordar toda clase de estipulaciones al respecto,<sup>465</sup> en cuanto a su procedencia, renuncia, efectos, etcétera.

3º Es negativa, pues consiste en que no ocurra un hecho: que una de las partes no cumpla su obligación;

4º Es simplemente potestativa, pues depende de un hecho voluntario del deudor.

526. *Requisitos de la condición resolutoria tácita. Enunciación.* Para que opere la condición resolutoria tácita es necesario:

1º Que se trate de un contrato bilateral;  
2º Que haya incumplimiento imputable de una obligación;  
3º Que quien la pide, haya cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación, y  
4º Que sea declarada por sentencia judicial.  
Los examinaremos en los números siguientes.

527. I. *La condición resolutoria tácita sólo opera en los contratos bilaterales.* Que la condición resolutoria tácita tiene lugar únicamente en los contratos con prestaciones recíprocas es una característica de la institución, como que deriva de su propio fundamento en la interdependencia de las obligaciones recíprocas de las partes.

La ley lo dice expresamente, ya que el Art. 1.489 comienza diciendo: "en todo contrato bilateral"..., etc., disposición que no podría aplicarse por analogía por ser doblemente excepcional, en cuanto establece una modalidad, y más aún porque ella es tácita.

Dentro de los contratos bilaterales, en cambio, se aplica a todos ellos: arrendamiento,<sup>466</sup> compraventa, aun forzada,<sup>467</sup> permuta,<sup>468</sup> edición,<sup>469</sup> promesa,<sup>470</sup> etc.

No hay duda eso sí que principalmente tiene lugar en la compraventa, donde incluso se la reglamenta especialmente.

Los tribunales han declarado en forma casi unánime que la condición resolutoria tácita tiene lugar únicamente en los contratos con prestaciones recíprocas.<sup>471</sup>

Sobre este punto veremos sucesivamente:

1º La condición resolutoria tácita en los contratos unilaterales;  
2º La resolución en los contratos de tracto sucesivo, y  
3º La resolución en la partición.

528. A. *Situación de los contratos unilaterales.* Se ha discutido en Francia si podría extenderse la resolución por incumplimiento a los contratos unilaterales. Ya hemos dicho que en nuestra legislación ello no cabe, aunque lo haya sostenido don Luis Claro Solar.<sup>472</sup>

En general, la resolución no puede tener lugar en los contratos unilaterales, y normalmente se traduciría en una anticipación en el cumplimiento de la obligación, una especie de caducidad del plazo por el incumplimiento.

Y así, en el comodato si el comodatario infringe su obligación de emplear la cosa de acuerdo al contrato o su uso ordinario, el comodante puede exigir la restitución anticipada e inmediata de ella, aunque se haya estipulado plazo para la devolución (Art. 2.177); igualmente, si el acreedor prendario abusa de la cosa dada en prenda, el deudor puede pedir su inmediata restitución (Art. 2.396, inc. final). Se trata, pues, de obligaciones accesorias cuya infracción permite exigir el cumplimiento inmediato, mas no resolución.

Donde ella podría tener lugar, en la renta vitalicia, pues si no se pagara la renta cabría pedir la restitución del precio, la ley la rechaza expresamente (Art. 2.271) y debe estipularse para que tenga lugar.

Tampoco si el contrato unilateral llega a ser sinalagmático imperfecto, tendrá aplicación la resolución, porque en tal caso el acreedor debe indemnizaciones, y el deudor querrá retener la cosa que las ha producido y no devolverla como ocurriría con la resolución. Para el primer objeto la ley le otorga el derecho legal de retención (Nº 947).

Y hemos dejado para el último el mutuo, porque es en torno a él que más se ha discutido el problema, y se ha producido un fallo aislado, aceptando la resolución.<sup>473</sup> Efectivamente, debe reconocerse que en el mutuo se justifica si no la resolución, cuando menos una disposición que permita exigir el cumplimiento anticipado en caso de incumplimiento parcial, como si deja de pagarse una cuota o los intereses en la oportunidad convenida. En todo caso, en el estado actual de la legislación nuestra, no es procedente la resolución.

<sup>465</sup> RDJ, T. 53, sec. 1ª, pág. 165.

<sup>466</sup> Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 128, Nº 64.

<sup>467</sup> G.T. 1922, 2º sem., Nº 254, pág. 1084.

<sup>468</sup> G.T. 1871, Nº 48, pág. 15.

<sup>469</sup> RDJ, T. 37, sec. 1ª, pág. 479.

<sup>470</sup> Por vía de ejemplo, RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 689.

<sup>471</sup> Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 114, Nº 3 II. Aisladamente al mutuo, G.T. 1825, Nº 2.635, pág. 1.574.

<sup>472</sup> Ob. cit., T. 10ª, Nº 157, págs. 169 y sgtes.

<sup>473</sup> Véase nota 471.

140  
Per: 154

529. B. *La resolución en los contratos de tracto sucesivo.* La condición resolutoria tácita opera también en estos contratos, si ellos son bilaterales, como el arrendamiento, pero toma el nombre especial de terminación y no de resolución, porque produce efectos diferentes.

Lo que caracteriza a tales contratos es que las obligaciones de las partes se van cumpliendo y renovando periódicamente (Nº 81), y por ello la terminación opera sólo hacia el futuro. El contrato se extingue, deja de producir efectos, pero no se alteran los ya generados. Ellos quedan a firme. Lo que diferencia la terminación de la resolución es que ésta tiene efectos retroactivos, de que carece totalmente la primera. Y así, en un arrendamiento a dos años plazo, si el arrendatario paga la renta de los primeros 6 meses, pero deja entonces de cumplirlas, el contrato puede darse por terminado, pero el arrendador no deberá restituir las rentas percibidas, porque mal podría a su vez el arrendador devolver el uso y goce de la cosa arrendada.<sup>474</sup>

530. C. *La resolución no tiene lugar en la partición.* La partición, aun cuando se haga por la vía judicial, es un acto complejo, que participa de ciertos caracteres del contrato, y desde luego puede ser fuente de obligaciones para el adjudicatario, como por ejemplo en el caso de la adjudicación con alcances, esto es, si a un interesado se le dan bienes que exceden su cuota en la comunidad y queda debiendo el saldo.

Hay unanimidad en los autores<sup>475</sup> y jurisprudencia<sup>476</sup> para negar a los demás interesados la acción resolutoria, en caso de que el adjudicatario no pague los alcances.

Las razones son varias:

1º Porque si bien la partición participa de ciertos caracteres del contrato, no lo es, y menos uno bilateral, y sabemos que la condición resolutoria tácita sólo opera en éstos, no pudiendo ampliarse su aplicación por analogía, por las razones ya vistas;

2º Se opone igualmente el efecto declarativo de la partición, pues no obstante los alcances, se supone que el adjudicatario ha sucedido directamente al causante y no ha adquirido el derecho de sus comuneros (Art. 1.344).

3º El Art. 1.348 hizo aplicables a la partición las acciones de nulidad y rescisión, pero nada dijo de la resolución; cierto que el

<sup>474</sup> Por vía de ejemplo, RDJ, Ts. 22, sec. 1ª, pág. 547, y 29, sec. 1ª, pág. 262.

<sup>475</sup> Claro Solar, ob. cit., Tomo 10º. Nº 160, pág. 175. Manuel Somarriva, *Indivisión y Partición*, 2ª edición. Santiago, 1956. Editorial Jurídica, Tomo 2º, Nº 585, pág. 372. Marcos Silva Bascuñán: *La Partición de Bienes*, 3ª edición. Santiago, 1948, Nº 365, pág. 286.

<sup>476</sup> RDJ. Ts. 3, sec. 1ª, pág. 66 y 5, sec. 1ª, pág. 400; GT de 1915, sent. 468, pág. 1.223 y de 1922, sent. Nº 290, pág. 1.189. Declaró la resolución de una partición, RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 459, pero por falla en la interposición del recurso.

Art. 1.353 agrega que si no puede o no quiere intentarlas, el comunero conservará los otros recursos legales para ser indemnizado, pero la acción resolutoria no es indemnizatoria (Nº 814).

531. II. *Incumplimiento culpable de la obligación.* El hecho del cual depende la resolución es el incumplimiento de alguna obligación, por parte de uno de los contratantes; por ejemplo, el comprador no paga el precio de la compraventa, el vendedor no entrega la cosa vendida, el socio no entrega el aporte prometido, el promitente vendedor se niega a otorgar la escritura definitiva de compraventa prometida, etc.

Veremos en los números siguientes tanto el incumplimiento como la imputabilidad del mismo al deudor.

532. A. *El incumplimiento.* La condición resolutoria tácita pertenece al capítulo del incumplimiento (Nº 790).<sup>477</sup> Cuando estudiemos éste veremos que admite varias clasificaciones; aquí se está hablando del incumplimiento voluntario imputable. Por ello no procedería la resolución si se deja de cumplir por haberse extinguido la obligación por algún otro modo, como sería la novación,<sup>478</sup> nulidad, etc.

El incumplimiento también puede ser total o parcial, en dos sentidos: ya sea porque no se ha cumplido íntegramente una obligación, o porque siendo ellas varias, se han cumplido algunas y otras no. En ambos casos se ha discutido en doctrina la procedencia de la resolución.

En Francia se reconoce al juez facultad para negar la resolución aun si hay incumplimiento imputable, si en su concepto no ha tenido la suficiente gravedad; esta facultad la derivan de la que le concede al juez el mismo precepto del Art. 1.184 para otorgar un plazo de gracia al deudor para el cumplimiento. El Código italiano lo dice expresamente en su Art. 1.455.

En consecuencia, si el deudor ha cumplido parcialmente o el incumplimiento incide en una obligación secundaria, es posible que no se dé lugar a la resolución, sino únicamente al cumplimiento si es posible, o la indemnización de perjuicios.

En nuestra legislación se han planteado ambos problemas; y a falta de una disposición como la del francés, la opinión dominante es que el juez carece de facultades para calificar en el Código chileno la resolución y debe otorgarla si se cumplen los requisitos de ella.

<sup>477</sup> Véase nota 462.

<sup>478</sup> G.T. de 1875, Nº 2.037, pág. 921. En el mismo sentido si ha operado algún modo de extinguir la obligación: RDJ, TS. 4, sec. 1ª, pág. 14; 26, sec. 2ª, pág. 26 y 33, sec. 2ª, pág. 49.

Quienes así piensan se fundan, además, en la letra misma del Art. 1.489, que no hace distinción alguna y habla en general de no cumplirse la obligación, y tanto deja ella de cumplirse si la falta de pago es parcial como si es total. Así se ha resuelto reiteradamente.<sup>479</sup>

De ello fluyen dos consecuencias, una plenamente justificada y la otra ya no tanto y que no podemos compartir.

La primera, que si la obligación se ha cumplido en una parte y en el resto no, procede la resolución. Es el caso tan frecuente de las ventas a plazo, con pagos fraccionados, en que el deudor deja de cumplir alguna de ellas, habiendo pagado las demás. Tan procedente es la resolución que el Art. 1.875 declara que si la compraventa se resuelve por no pago del precio, el comprador, a su vez, tiene derecho para que se le restituya la parte del mismo que hubiere pagado (Nº 560).

En cambio, no estamos de acuerdo en que el incumplimiento de algunas obligaciones del mismo contrato, de carácter totalmente accesorio y secundario, no obstante haberse cumplido las principales, pueda dar lugar a la resolución.<sup>480</sup> En primer lugar, porque puede dejarse sin efecto un contrato por minucias, y en seguida porque no corresponde a la esencia de la institución, derivada de la infracción de las obligaciones recíprocas que constituyen la bilateralidad del contrato: el precio y la cosa en la venta, la renta y el goce en el arrendamiento, etc.

533. B. *La imputabilidad del incumplimiento.* Ya decíamos que no todo incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato; debe ser voluntario e imputable, esto es con culpa o dolo del deudor. Si es por caso fortuito o fuerza mayor no habrá lugar a la resolución, porque la obligación se habrá extinguido por otro modo de poner término a las obligaciones: la imposibilidad en el cumplimiento (Nº 1.187), que nuestro Código reglamenta bajo el nombre de pérdida de la cosa debida.

El Art. 1.489 no lo dice así expresamente, pero es obvio que el incumplimiento debe ser imputable al deudor, por la razón ya señalada, y porque, además, el precepto permite cobrar perjuicios, y el deudor sólo los debe cuando hay dolo o culpa de su parte (Nº 825).

<sup>479</sup> Por vía de ejemplo, RDJ, T. 18, sec. 1ª, pág. 355, 27, sec. 1ª, pág. 177 y 37, sec. 1ª, pág. 479. En el segundo caso una persona había adquirido en una casa comercial un automóvil de tal marca, año y modelo, y sólo le habían respetado la marca, pero el año y modelo eran diferentes. Con toda justicia se acogió la demanda de resolución. Alessandri, *De la compraventa*, etc., T. 2ª, Nº 1.662 y siguientes, págs. 543 y siguientes.

<sup>480</sup> Dio lugar a resolución por tal concepto, RDJ, T. 35, sec. 1ª, pág. 400. En contra: G.T. de 1920, 2ª sem., Nº 142, pág. 610.

Finalmente, en la resolución de la compraventa por el no pago del precio, el Art. 1.873 exige expresamente que el comprador esté en mora de pagarlo en el lugar y tiempo estipulado.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia,<sup>481</sup> que además, ha agregado que el deudor debe estar colocado en mora.<sup>482</sup>

534. III. *El acreedor debe haber cumplido su propia obligación o estar llano a cumplirla.* Tampoco lo dice expresamente el Art. 1.489, pero deriva de las disposiciones que rigen el incumplimiento. En efecto, veremos en su oportunidad el Art. 1.552, según el cual en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro no cumple o se allana a cumplir la suya en la forma y tiempos debidos.

Pues bien, si el acreedor incumpliente demanda la resolución, el deudor le opondrá a su requerimiento la excepción derivada de dicho precepto y que toma el nombre de excepción del contrato no cumplido. Cuando lo estudiemos, señalaremos sus características y requisitos (Nº 941 y siguientes).

Pero desde ya queremos destacar que la jurisprudencia ha reconocido ampliamente la procedencia de esta excepción a la resolución<sup>483</sup> y que existe una verdadera laguna en nuestra legislación, como en muchas otras en este sentido.

En efecto, la excepción del contrato no cumplido tiene un efecto meramente paralizador de la demanda contraria, pero no la fuerza sino indirectamente a cumplir. Normalmente el acreedor se allanará a hacerlo, para poder pedir la resolución o el cumplimiento, pero bien puede ocurrir que ninguna de las partes quiera cumplir, en cuyo caso si no lo hacen de común acuerdo no hay solución legal para poner término al contrato, que quedará en el aire hasta que alguna de las partes se decida a cumplir o se venzan los plazos de prescripción.

Ante nuestros tribunales se han presentado dos casos en que el promitente vendedor pedía la resolución de una promesa de venta porque el promitente comprador no había cumplido su obligación, y éste se defendió alegando que el primero tampoco había cumplido la suya. La Corte Suprema, reconociendo la existencia de la laguna jurídica, optó por dar lugar a la extinción del contrato, ya que ninguno de los contratantes quería seguir ligado por el vínculo jurídico, pero no a la indemnización de perjuicios que requiere mora, y en este caso no podía existir para ninguna de las partes, de acuerdo al citado Art. 1.552.<sup>484</sup>

<sup>481</sup> RDJ, T. 33, sec. 1ª, pág. 486.

<sup>482</sup> Repertorio, T. 4ª, 2ª ed., pág. 115, Nº 6.

<sup>483</sup> Repertorio, Tomo 4ª, 2ª ed., pág. 115, Nº 7.

<sup>484</sup> RDJ, Ts. 28, sec. 1ª, pág. 689 y 57, sec. 1ª, pág. 274.

535. IV. *La condición resolutoria tácita requiere sentencia judicial.* Vimos en su oportunidad que la condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho, por el solo hecho de producirse el evento previsto para la resolución (Nº 520).

En cambio, la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho, sino que requiere sentencia judicial. El Código francés lo dijo expresamente, y el nuestro no, pero igualmente la jurisprudencia y doctrina son unánimes al respecto.<sup>485</sup>

Lo prueba la letra del precepto que comienza diciendo en su inc. 2º: "pero en tal caso", expresión que no tiene otro sentido que contraponer los efectos de la condición resolutoria tácita a la ordinaria. Es como decir: pero entonces la extinción no se produce de pleno derecho, sino que el acreedor puede pedirla u optar por el cumplimiento. Y al decir que el acreedor puede pedirla, está demostrando que no ha operado aún, pues de no ser así no habría necesidad de solicitarla.

Se ha dicho también que prueba lo mismo el hecho de que el acreedor pueda pedir el cumplimiento, y que si le es posible hacerlo es porque el contrato no está resuelto, porque si así fuera la obligación estaría ya extinguida. Se dice que mal puede exigirse el cumplimiento de una obligación que ya terminó. Pero la verdad es que el argumento no es convincente, porque el Art. 1.487 establece para toda condición resolutoria, incluidas, naturalmente, tanto la ordinaria como la tácita, la posibilidad para el acreedor de renunciar la resolución; en consecuencia, aun cuando ella operara de pleno derecho, al acreedor le bastaría con manifestar su renuncia, para poder exigir el cumplimiento.

Ello no quita que por las razones claras del texto apuntadas, la condición resolutoria tácita requiera sentencia judicial, lo que se ha pretendido justificar doctrinariamente argumentando que si no quedaría al arbitrio del deudor negligente romper el vínculo contractual, bastándole para ello con dejar de cumplir su obligación. Ya hemos visto que el argumento es muy débil, porque el acreedor puede renunciar a la resolución y pedir el cumplimiento, y porque, además, el deudor queda sujeto a la indemnización de perjuicios.

La verdad es que la solución es altamente inconveniente, sobre todo en los tiempos que corren, porque da al deudor la posibilidad de postergar el pago durante toda la secuela del juicio ordinario,

<sup>485</sup> Por vía ejemplar, RDJ, Ts. 48, sec. 1ª, pág. 574; 60, sec. 1ª, pág. 58; 61, sec. 1ª, pág. 58 y 65, sec. 1ª, pág. 314. Fallos del mes, Nº 119, pág. 217, sentencia Nº 5. Se ha sostenido aisladamente -Alessandri cita a don Ruperto Bahamondes en tal sentido en ob. cit., pág. 161- que la resolución se produce al solicitarse y la sentencia se limita a constatarla, lo que tendría como consecuencia que el pago posterior no la inhibe. Véase también al mismo Alessandri, *De la Compraventa*, etc., T. 2º, Nº 1.682, págs. 590 y siguientes.

como es el de resolución, y cumplir la obligación posteriormente, si es de dinero, con moneda desvalorizada.

La única justificación real es el derecho optativo del acreedor, pues es preciso que éste se pronuncie por cuál de los caminos va a tomar: si el de la resolución o del cumplimiento, decisión que importa no sólo al deudor, sino a terceros. Las legislaciones más modernas, como la alemana, suiza, polaca, austriaca, italiana, etc., han solucionado el punto, estableciendo un requerimiento al deudor para que cumpla o quede constituido en mora, ocurrido lo cual el acreedor pronuncia su opción, o queda resuelto ipso facto el contrato. Pero posteriormente ya no se puede cumplir la obligación en el curso del juicio (Arts. 1.453, inc. final, y 1.454 del Código italiano).

En nuestra legislación, en cambio, el acreedor tiene que demandar la resolución por medio de la acción resolutoria (Nº 545), y como ella no se produce mientras no es declarada, el deudor puede, según decíamos, pagar la obligación impidiendo la resolución hasta el momento en que se dicte la sentencia respectiva. Así lo han estimado en forma unánime la doctrina y jurisprudencia.<sup>486</sup>

De acuerdo al Art. 310 del C.P.C., la excepción perentoria de pago de la deuda que se funde en antecedente escrito puede oponerse hasta la citación para sentencia en primera instancia y hasta antes de la vista de la causa en segunda. Hasta ese momento el deudor puede pagar.<sup>487</sup>

Si el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor deberá hacerlo por consignación (Nº 628).<sup>488</sup> Junto con el pago de la deuda misma, debe hacerlo de sus intereses, si los hay, y de las costas judiciales, porque son gastos del pago.<sup>489</sup>

536. *Paralelo entre la condición resolutoria ordinaria y la tácita.* Se asimilan por sus características y efectos, que son en general los mismos, difieren únicamente:

1º En la ordinaria, el hecho futuro e incierto del cual depende la resolución puede ser cualquiera, menos el incumplimiento de una obligación de un contrato bilateral, que es precisamente el evento de que ella depende en la resolutoria tácita;

<sup>486</sup> Véase Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 120, Nº 125. Por excepción en contra G.T. 1915, 1ª sem., Nº 349, pág. 868 y 1917, 2ª sem. Nº 306, pág. 983.

<sup>487</sup> Igual nota anterior, y RDJ, Ts. 48, sec. 1ª, pág. 547, y 65, sec. 1ª, pág. 314. Un fallo publicado en la RDJ, T. 60, sec. 2ª, pág. 106, sostiene que en tal caso el deudor no opone excepción de pago, y no se aplica el precepto citado, porque con ello cumple el objeto mismo del juicio, y por tanto pueden pagar en cualquier momento, lo que es un evidente error.

<sup>488</sup> RDJ, T. 46, sec. 2ª, pág. 3. Considerada que no es pago por consignación, RDJ, T. 61, sec. 1ª, pág. 58.

<sup>489</sup> RDJ, T. 60, sec. 2ª, pág. 106. Véase Nº 619.

2º Esta se subentiende en todo contrato bilateral; la ordinaria se aplica a cualquier negocio jurídico, pero siempre que se la estipule;

3º La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho, y la tácita en virtud de sentencia judicial;

4º En la primera, sólo hay resolución, nunca por sí sola da derecho al cumplimiento ni a la indemnización de perjuicios; en la tácita, hay incumplimiento, derecho optativo del acreedor al cumplimiento o la resolución y en ambos casos, indemnización de perjuicios;

5º En ésta, el deudor puede atajarla pagando; la ordinaria no puede ser enervada porque se produce de pleno derecho; y

6º La condición resolutoria tácita debe demandarla el acreedor, mientras que la ordinaria puede hacerla efectiva a quien interese la resolución.

#### Párrafo 3º

#### *El pacto comisorio*

537. *Concepto y reglamentación.* El Código se refiere al pacto comisorio en el párrafo 10 del Título 23 del Libro 4º, que es el título de la compraventa. Quiso prevenir con ello algunos inconvenientes de interpretación que se presentaban en Francia por no haberse reglamentado esta estipulación, pero desgraciadamente, lejos de conseguir su objetivo, creó complicaciones mayores, que afortunadamente hoy día deben considerarse superadas.

El Art. 1.877 dispone: "por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta.

"Entiéndase siempre esta estipulación en el contrato de venta; y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse".

El inc. 2º es redundante para evitar malentendidos, porque temió el legislador que se pensara que por reglamentarse el pacto comisorio, no operaba en la compraventa la cláusula resolutoria tácita; sin embargo de haberlo dicho en el Art. 1.826, inc. 2º, para la obligación del vendedor de entregar la cosa, y en el Art. 1.873, para la del comprador de pagar el precio.

En seguida, el mismo inc. 2º repite al 1º y han permitido entender que el pacto comisorio sólo tiene lugar en la compraventa y para la obligación de pagar el precio. Sin embargo, como lo diremos en el número siguiente, el pago comisorio es de aplicación general a todos los contratos. En consecuencia, el pacto comisorio no es sino la misma condición resolutoria tácita del Art. 1.489, pero expresada por las partes en el contrato.

538. *El pacto comisorio es de aplicación general.* Como lo decíamos, la manera de reglamentar el legislador la institución podría llevar a pensar que sólo procede en la compraventa y respecto de la obligación del comprador de pagar el precio.

Pero ello evidentemente no es así, y la condición resolutoria tácita puede estipularse en cualquier contrato, respecto de cualquiera de las obligaciones de las partes, y desde luego en la misma compraventa, para la del vendedor de entregar la cosa vendida.<sup>490</sup> Las principales razones para así concluirlo son varias:

1º Es sólo una razón histórica la que llevó al legislador a tratar el pacto comisorio en la compraventa y referido a la obligación de pagar el precio, como un recuerdo de la ley comisoría romana limitada a ella (Nº 522);

2º Pero lo más importante es que esta estipulación, aunque el legislador no la hubiere contemplado expresamente, es perfectamente lícita, porque estamos en el terreno de la libertad contractual. El Art. 1.459 es meramente supletorio de la voluntad de las partes; de común que era la condición resolutoria tácita pasó a subentenderse, pero no se divisa qué inconveniente puede haber para que las partes estipulen aquello que sin el pacto de todos modos va a existir por disposición de ley, y

3º Las partes pueden estipular cualquier hecho posible y lícito como condición resolutoria, aun el más caprichoso, ¿por qué no podrían convenir que lo fuera el incumplimiento de una obligación?

Nada de raro tiene, pues, que los autores y jurisprudencia se inclinen en este sentido,<sup>491</sup> y que la cláusula sea muy frecuente en los arrendamientos y promesas de contrato.

Hasta aquí la impresión legislativa no ha producido mayores tropiezos, pero sí comienzan a aparecer cuando se trata de dilucidar por qué normas se rige el pacto comisorio en otros contratos, si por las mismas dadas por el legislador en los Arts. 1.878 y siguientes, o por las generales de la condición resolutoria tácita y de la ordinaria, problema a que nos abocaremos una vez enunciada la clasificación del pacto comisorio, que es esencial para su solución.

539. *Pacto comisorio simple y calificado.* Es ésta una distinción que ha hecho la doctrina; el primero se limita a reproducir el Art. 1.489,

<sup>490</sup> Creemos que tampoco hay inconveniente para estipular la resolución por incumplimiento en los contratos unilaterales, con el efecto propio de anticipar el cumplimiento (Nº 528). La mejor prueba la da el Art. 2.271 que lo acepta en la renta vitalicia.

<sup>491</sup> Por vía de ejemplo, RDJ, T. 11, sec. 1ª, pág. 481, y fallos de la nota 496.

y estipular, en consecuencia, que el contrato se resolverá en el caso de que alguna de las partes no cumpla lo pactado.

El pacto comisorio calificado o con cláusula de resolución ipso facto se caracteriza por esto último, es decir, porque las partes han buscado alterar los efectos normales de la resolución, conviniendo que el contrato se resuelva de pleno derecho de inmediato por el solo incumplimiento.

La diferencia, pues, estriba en que el pacto comisorio simple no altera las reglas ya estudiadas de la condición resolutoria tácita, mientras que el calificado sí. Veremos la influencia que ello tiene en los números siguientes.

540. I. *El pacto comisorio simple.* Como decíamos, el pacto comisorio simple no difiere mayormente de la condición resolutoria tácita, y en consecuencia, como ésta, requiere de sentencia judicial que declare la resolución, y el deudor puede pagar en el curso del juicio.

El legislador dio normas para la compraventa por no pago del precio en el Art. 1.878: "por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el Art. 1.873", y éste a su vez, dispone: "si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios".

No hay duda que este pacto comisorio requiere sentencia judicial, porque la ley da derecho al acreedor a exigir la resolución, con lo cual queda dicho que ella aún no se ha producido.

Por otro lado, nada hay en la estipulación de las partes que indique el deseo de alterar las reglas legales normales, que son para el incumplimiento, las de la condición resolutoria tácita del Art. 1.489; si el pacto comisorio no es sino ésta estipulada, no se ve por qué razón va a producir otros efectos si los contratantes nada han dicho en tal sentido.

El punto es más discutible en los demás contratos en cuanto a las normas que se aplican, pero no en lo que respecta a la forma en que opera, pues siempre requiere sentencia judicial, cualquiera que sea la solución que se dé al primer punto.

En efecto, para algunos, habiendo el legislador reglamentado el pacto comisorio en la compraventa para el caso de no pagarse el precio, las mismas normas deben aplicarse a las demás obligaciones de este contrato y en los otros en que se estipule, por la analogía que existe.

Desde luego, con esta posición no hay duda que el pacto operará previa sentencia judicial, pero ello tiene, además, importancia en otro aspecto: se le aplicaría el plazo especial de prescripción de 4 años

del Art. 1.880, y no el de la condición resolutoria tácita, que es el general de 5 años (Nº 551)<sup>491 bis</sup>.

Otros, en cambio, sostienen, y es a nuestro juicio la interpretación correcta, que el pacto comisorio en los demás contratos y en la misma compraventa para otras obligaciones que no sean la de pagar el precio no fluye de la reglamentación legal, sino que se sustenta exclusivamente en la libertad de convenciones, por lo cual no hay razón para aplicarle dichos preceptos en forma analógica, dado que son excepcionales. En consecuencia, si las partes nada han dicho sobre la forma en que operará, rigen las normas supletorias dadas por el legislador para la misma situación, y que son las de la condición resolutoria tácita. Nada hay efectivamente en la convención que pretenda derogarla. En consecuencia, existe el ya estudiado derecho de opción del acreedor, la resolución se produce con la sentencia judicial, pero no se aplica el plazo de prescripción especial del Art. 1.880.

En conclusión, el pacto comisorio simple no es sino la condición resolutoria tácita estipulada y produce los mismos efectos de ésta, sea en la compraventa o en cualquier otro contrato, con la sola salvedad que en la primera, en caso de no pago del precio, está sujeta a prescripción especial.

541. II. *El pacto comisorio calificado.* Dispone el Art. 1.879: "si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda".

Lo que caracteriza el pacto comisorio calificado es esta estipulación de resolución ipso facto, en que ya las partes pretenden alterar los efectos normales de ella. Naturalmente que no es necesario utilizar esta frase o expresión, sino cualquiera equivalente: sin necesidad de juicio, de pleno derecho, inmediatamente, etcétera.<sup>492</sup>

Vuelve a aparecer aquí si que con más intensidad la discusión respecto a cómo opera en este caso el pacto comisorio, y la jurisprudencia<sup>493</sup> y doctrina, tienden a uniformarse en orden a distinguir entre la compraventa por no pago del precio, y toda otra estipulación de resolución ipso facto.

542. A. *El pacto comisorio calificado en la compraventa y por no pago del precio.* Este pacto se rige por el Art. 1.879 antes transcrito;

<sup>491 bis</sup> Alessandri, *De la compraventa*, etc., ob.cit., T. 2º, Nº 1.702, págs. 652 y sigtes.

<sup>492</sup> Por vía de ejemplo, RDJ, T. 17, sec. 1ª, pág. 117, T. 46, sec. 1ª, pág. 599; T. 65 sec. 2ª, pág. 22.

<sup>493</sup> Véase la jurisprudencia del Art. 1.879 en Repertorio, T. 6º, págs. 255 y siguientes.

como puede apreciarse, el precepto es limitativo. Altera la estipulación de las partes, porque lo que ellas han dicho es que el contrato se resolverá ipso facto, por el solo incumplimiento, y aun en tal caso la ley le da la posibilidad al comprador de hacerlo subsistir pagando el precio en el brevísimo plazo que otorga.

Pero se ha discutido cuándo se produce la resolución, si al dictarse la sentencia judicial o al transcurrir dicho término de 24 horas. No se controvierte mayormente si se requiere juicio; ello es evidente por las siguientes razones:

1º Porque el Art. 1.878, en relación con el Art. 1.873, según hemos dicho, permite al vendedor en el pacto comisorio optar entre pedir la resolución y el pago del precio, y tan pacto comisorio es el simple como el calificado del Art. 1.879, ya que este precepto está en el Párrafo intitulado: "del pacto comisorio".

Pues bien, si el acreedor debe pedir la resolución es porque ella no se ha realizado de pleno derecho;

2º Además, el Art. 1.879 permite al deudor hacer "subsistir" el contrato, sin embargo de la estipulación; ello revela que ésta no produce su efecto normal de dar por terminado de pleno derecho el contrato, y, por otra parte, sólo puede hacerse "subsistir" algo que no esté extinguido, y

3º Finalmente, el plazo que la ley otorga al deudor para hacer subsistir el contrato se cuenta desde la notificación judicial de la demanda, lo que prueba que es necesario un juicio.

Sin embargo, como decíamos, para algunos la resolución se produce al dictarse la sentencia que acoge la demanda, mientras que para otros una vez que transcurren las 24 horas sin que el deudor cumpla su obligación.<sup>494</sup> En todo caso, lo que es evidente es que el comprador no puede pagar si han transcurrido más de 24 horas desde la notificación de la demanda.

Este plazo es fatal, ya que se utiliza la expresión "en" (Nº 459), y es muy curioso porque es de horas. Debe tenerse cuidado, porque no es un día, sino 24 horas, y así, por ejemplo si la demanda se notifica a las 10 de la mañana, puede pagarse hasta las 10 de la mañana del día siguiente; en cambio, si el plazo fuera de 1 día, podría pagarse hasta la medianoche del día siguiente al de la notificación. Dentro de este plazo debe pagarse el precio, o la parte exigible del mismo con sus accesorios, y si el acreedor lo resiste, deberá recurrirse al procedimiento de la consignación.

En conclusión, no hay más diferencia, según la opinión más generalizada, entre la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio simple, por un lado, y el calificado en la compraventa por no

<sup>494</sup> Barros Errázuriz, ob. cit., T. 3º, pág. 165, y Fueyo, ob. cit., T. 1º, Nº 111, pág. 135. En contra Alessandri, *De la compraventa y la promesa de venta*, T. 2º, pág. 663, Nº 1.784 y siguientes.

pago del precio que el plazo que tiene el deudor para pagar, que es de 24 horas para este último y de todo el juicio en los dos primeros. Tanto el pacto comisorio simple como el calificado en la compraventa por no pago del precio prescriben de acuerdo al plazo especial del Art. 1.880. No así la condición resolutoria tácita que lo hace de acuerdo a las reglas generales (Nº 551).

543. B. *El pacto comisorio calificado en los demás casos.* Es un problema que ha dado mucho quehacer, pero que hoy en día debe considerarse ya superado, siendo las siguientes las conclusiones:

1º Puede estipularse la resolución ipso facto en cualquier contrato,<sup>495</sup> y aun en la misma compraventa en otras obligaciones que no sean del pago del precio, y para ello puede utilizarse cualquier expresión. Basta con que quede claramente establecido que no es necesaria la intervención judicial;

2º Ello deriva de la voluntad de las partes y no de la norma del Art. 1.879, que es limitativa, y, en consecuencia, se aplica únicamente para el caso previsto, y

3º La estipulación de las partes debe respetarse, y, en consecuencia, la resolución se produce de pleno derecho, tal como ellas lo han querido y por el solo hecho del incumplimiento; la sentencia judicial se limitará a constatar la resolución ya producida.

Así lo han declarado todos los últimos fallos de nuestros tribunales, relativos a los contratos de promesa y de arrendamiento, en que son frecuentes las estipulaciones de este tipo;<sup>496</sup>

4º El acreedor puede, de acuerdo a la regla general del Art. 1.487, renunciar a la resolución ya producida, porque está establecida en su exclusivo beneficio, y, en consecuencia, pedir el cumplimiento.

Ha habido opiniones contrarias a lo aquí expuesto, y que pretendían que si era lícito estipular pacto comisorio con cláusula de ipso facto en otros contratos, debía aplicársele por analogía el Art. 1.879, y en consecuencia resolver que el deudor puede enervar la resolución pagando dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda. Por tanto, requeriría también de un juicio para obtener la resolución.

No estamos en absoluto de acuerdo con semejante opinión,<sup>497</sup> y

<sup>495</sup> También en uno unilateral. Véase Nota 490.

<sup>496</sup> RDJ, Ts. 24, sec. 1ª, pág. 716; 37, sec. 1ª, pág. 404; 41, sec. 1ª, pág. 481; 46, sec. 1ª, pág. 109, con un interesante comentario de Víctor Santa Cruz; 51, sec. 2ª, pág. 81; 52, sec. 1ª, pág. 134; 54, sec. 1ª, pág. 57 y 65, sec. 2ª, pág. 22, con un acabado estudio doctrinario.

En contra, G.T. de 1889, T. 1º, Nº 1.415, pág. 964.

<sup>497</sup> Por no aplicarse las reglas de la compraventa, este pacto comisorio prescribe de acuerdo a las reglas generales y no al Art. 1.880 (Nº 551).

Véase sobre esta opinión, Claro Solar, ob. cit., T. 10º, Nº 184, págs. 209 y sigtes.

creemos que la expuesta al comienzo de este número es la correcta, principalmente por las siguientes razones:

1º Que eso es lo que las partes han estipulado: que el contrato se resuelva de pleno derecho, que no haya intervención judicial, que la resolución se produzca sin necesidad de requerimiento ni juicio alguno, ipso facto, inmediatamente por el solo incumplimiento, etc., y no se divisa qué razón puede haber para prescindir de la convención de los interesados.

De acuerdo al Art. 1.545, semejante estipulación es una ley para las partes, y no puede ser invalidada sino por causal legal o ser contraria a las buenas costumbres o el orden público. No se ve en qué sentido ella podría vulnerarlos, cuando las partes pueden convenir cualquier condición resolutoria, y ella resolverá ipso facto, de pleno derecho, el contrato (Nº 520), ¿por qué no podría hacerlo el incumplimiento?

2º El legislador subentiende la condición resolutoria tácita en todo contrato bilateral; es ella un elemento de la naturaleza del contrato, y las partes pueden libremente alterarla, ya sea derogándola para el que celebran, ya sea sometiéndola a otros requisitos, y también sus efectos, y entre ellos el momento y forma en que opera;

3º El legislador reglamentó el pacto comisorio en la compraventa y sólo para la obligación del pago del precio. No hay razón alguna para extender su aplicación, lo que desde luego no puede hacerse por analogía por su carácter prohibitivo. En efecto, en el fondo inhibe a las partes en dicho caso para prescindir de los tribunales. Además, que en la compraventa el legislador tiene razones muy especiales para impedir que ella quede sin efecto, por las complicaciones que puede importar para la circulación de los bienes, y por ello da toda clase de oportunidades al deudor para pagar, llegando incluso a vulnerar la estipulación de las partes. Pero tales razones no militan, por ejemplo, en el arrendamiento o promesa de contrato, que no son títulos translaticios de dominio;

4º A falta de reglamentación especial, la regla general en caso de incumplimiento es la condición resolutoria tácita, y por eso en el simple considerábamos que ella se aplica; pero en el calificado, en cambio, las partes han manifestado claramente su voluntad de que ella no rija, y en consecuencia no cabe sino aplicar la regla más general, la que es propia de todas las condiciones, que operan de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial;

5º Finalmente, se ha sostenido que de aceptarse esta teoría estaríamos ante una condición meramente potestativa dependiente de la sola voluntad del deudor, ya que a éste le bastaría no cumplir su obligación a su solo capricho para dejar sin efecto el vínculo. Bastaría, por ejemplo, al arrendatario con dejar de pagar la renta.

Pero este argumento ya lo hemos descartado, porque creemos que no resiste mayor análisis, ya que olvida la norma del Art. 1.478

común para toda condición resolutoria (Nº 549), en cuya virtud el acreedor puede renunciar a la resolución ya producida, y podría, en consecuencia, siempre usar el derecho de opción con una variante: o da por resuelto el contrato de pleno derecho, sin que el deudor pueda enervarla pagando,<sup>498</sup> o renuncia a la resolución y pide el cumplimiento del contrato. Y en ambos casos le queda a salvo la acción de indemnización de perjuicios.

Para terminar, digamos que el Código Italiano ha resuelto todo el problema de la "cláusula resolutoria expresa" en un solo precepto: el Art. 1.456: la resolución se produce de pleno derecho cuando el acreedor declare a la otra parte que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Así le queda a salvo la posibilidad al acreedor, pero sólo a él, de perseverar en el contrato.

#### Párrafo 4º

#### *La acción resolutoria*

544. *El derecho de opción del acreedor.* Hemos visto que en el caso de incumplimiento de una obligación emanada de un contrato bilateral el acreedor tiene una opción: o pedir el cumplimiento o la resolución, y en ambos casos la indemnización de perjuicios, la que se gobierna por las reglas generales, por lo cual nos remitimos a su tratamiento en la Parte siguiente de esta obra (Nº 811 y siguientes).<sup>499</sup>

Según el Art. 1.489, el derecho de opción lo ejercita el acreedor a su arbitrio, de manera que no podría oponerse por el deudor el abuso del derecho (Nº 228, 1º).

El acreedor no puede solicitar el cumplimiento y la resolución,<sup>500</sup> porque son acciones totalmente incompatibles, pero podría hacerlo siempre que una sea subsidiaria de la otra (Art. 17 del C.P.C.), y así solicitar el cumplimiento, y para el caso de no ser éste posible, que se declare resuelto el contrato.

Aunque ha habido mucha vacilación injustificada en la jurisprudencia,<sup>501</sup> no habría inconveniente alguno para que el acreedor de-

<sup>498</sup> Que la resolución opere de pleno derecho tiene para el acreedor otras trascendencias fuera de ésta que el deudor no puede pagar en el juicio. Así en el arrendamiento, el arrendador puede demandar directamente de restitución de la cosa arrendada, sin necesidad de pedir la terminación del contrato; en la promesa, disponer del objeto prometido, etcétera.

<sup>499</sup> Se ha resuelto que si el acreedor acepta la indemnización no puede pedir la resolución: RDJ, T. 4, sec. 1ª, pág. 344, sentencia criticada justamente por el Sr. Somarriva, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, pág. 15, Nº 11.

<sup>500</sup> RDJ, T. 24, sec. 2ª, pág. 60.

<sup>501</sup> RDJ, Ts. 24, sec. 1ª, pág. 716 y 37, sec. 1ª, pág. 404. En contra, G.T. de 1889, T. 1ª, Nº 1.415, pág. 964.



mandara primero el cumplimiento, y luego abandonara esta petición para exigir la resolución y viceversa;<sup>502</sup> no hay cosa juzgada entre un juicio y el otro.

El cumplimiento se pedirá por la vía ejecutiva, si el título es ejecutivo (Nº 799), o por la ordinaria, en caso contrario; si la obligación no tiene un plazo especial, prescribirá en 3 años como ejecutiva, y en 5 como ordinaria (Nº 1.239).

Si el acreedor opta por la resolución, deberá ejercer la acción resolutoria, que pasamos a estudiar.

545. *Concepto de la acción resolutoria.* De acuerdo a lo expuesto anteriormente, la acción resolutoria es la que emana de la condición resolutoria en los casos que ella requiere sentencia judicial, y en cuya virtud el contratante diligente solicita que se deje sin efecto el contrato por no haber cumplido la contraparte alguna de las obligaciones emanadas de él.

La acción resolutoria deriva siempre de la condición resolutoria, pero únicamente en los casos que ella requiere sentencia judicial, y en consecuencia:

1º En la condición resolutoria tácita del Art. 1.489;

2º En el pacto comisorio simple, en todo caso;

3º En el pacto comisorio calificado en la compraventa por no pago del precio.

La acción resolutoria no procede cuando la resolución se produce de pleno derecho. Es un error que suele cometerse que la acción resolutoria proviene de la condición resolutoria. Ello no es así:

1º En la condición resolutoria ordinaria, porque ella no requiere sentencia judicial y opera de pleno derecho, y

2º Aunque se discute, según veíamos, tampoco procede en el pacto comisorio calificado en otros contratos que no sean la compraventa, y en ésta si se trata de otra obligación que no sea la de pagar el precio, porque en nuestro concepto la cláusula de resolución ipso facto produce su pleno efecto, y no se requiere sentencia judicial.

546. *Características de la acción resolutoria. Enunciación.* Son las siguientes, dicho a modo de enunciación, las principales características de la acción resolutoria y que examinaremos en los números que a éste continúan:

1º Es personal;

2º Es una acción patrimonial;

3º Es renunciable;

<sup>502</sup> Claro Solar, ob. cit., T. 10 Nº 171, pág. 193; Alessandri, *De la compraventa...*, etc., T. 2º, Nº 1.848 y siguientes, págs. 938 y siguientes.

4º Es transferible y cedible;

5º Es prescriptible;

6º Puede ser mueble o inmueble, según el objeto de que se trate, y

7º Es indivisible.

547. I. *La acción resolutoria es personal.* La acción en estudio emana del incumplimiento de obligaciones contractuales; tiene por objeto hacer efectivos derechos de crédito, y en consecuencia es una acción personal que corresponde al contratante diligente en contra del otro contratante que no cumplió algunas de las obligaciones que le impuso la convención.

Sin embargo de lo dicho, la acción resolutoria puede afectar a terceros principalmente en los casos de los Arts. 1.490 y 1.491, que luego estudiaremos y que, dicho a modo de síntesis, permiten dejar sin efecto las enajenaciones y gravámenes efectuados y constituidos por el deudor en las cosas afectas a la condición resolutoria, tratándose de bienes muebles si el adquirente estaba de mala fe, y de inmuebles si aquélla constaba en el título respectivo inscrito.

Podría pensarse que en tales casos la acción es real, o cuando menos mixta, ya que afectaría a terceros que han adquirido derecho sobre la cosa sujeta a condición. Por ejemplo, A vende a B un inmueble en \$ 100.000 y se quedan debiendo \$ 50.000 del precio. Si B vende a C el inmueble sin haber pagado los \$ 50.000 adeudados, A podrá reivindicar la propiedad de manos de C, una vez declarada la resolución.

Pero ello no se debe a que la acción resolutoria sea real o mixta, sino a que la acción reivindicatoria se funda en el efecto retroactivo de la resolución: mediante la ficción de la retroactividad, en el ejemplo se supone que A nunca dejó de ser dueño del inmueble, y como es un dueño sin posesión, puede ejercer la acción reivindicatoria.

No hay inconveniente para que se deduzcan conjuntamente la acción resolutoria contra el deudor condicional y la reivindicatoria contra el poseedor; en el ejemplo, contra B, la primera, y C, la segunda, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 18 del C.P.C.: "en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho..." La una será consecuencia de la otra, y la jurisprudencia así lo ha reconocido.<sup>503</sup>

Igual ocurre con la nulidad, que siendo acción personal, se puede entablar conjuntamente con la reivindicatoria, porque también en tal caso se trata de acciones que emanan directa e inmediatamente del

<sup>503</sup> RDJ, Ts. 10, sec. 1ª, pág. 507, y 21, sec. 1ª, pág. 616; Alessandri, ob. cit., T. 2º, Nº 1.738 y siguientes, págs. 746 y siguientes.

mismo hecho. Justamente en las actas de la Comisión Mixta que revisó el C.P.C., quedó constancia de que el precepto se refería principalmente a las acciones de nulidad y resolución en relación con la reivindicación consecuencial a ellas.<sup>504</sup>

548. II. *La acción resolutoria es patrimonial.* La acción resolutoria es una acción netamente pecuniaria, susceptible de expresarse en dinero, puesto que persigue dejar sin efecto un contrato patrimonial. No procede en los actos de familia.

Y por ser de interés meramente privado, es renunciable, transmisible, etc., según veremos en los números siguientes.

549. III. *La renuncia a la resolución.* El acreedor puede renunciar a la acción resolutoria puesto que está establecida en su solo beneficio. A esta conclusión lleva la regla general del Art. 12, pero hay, además, una disposición especial en el Título 4º de las obligaciones condicionales, para la condición resolutoria en general.

En efecto, el Art. 1.487 declara que cumplida la condición resolutoria, debe restituirse lo que se ha recibido bajo tal condición, "a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla".

El precepto se refiere a la condición resolutoria en general, pero no hay inconveniente en aplicarlo a la tácita del Art. 1.489; así se ha fallado.<sup>505</sup>

La renuncia puede ser expresa o tácita, anterior a su cumplimiento o una vez producido el incumplimiento del deudor.

Es expresa la que se efectúa en términos formales y explícitos. De acuerdo a la parte final del Art. 1.487, el acreedor puede ser obligado por el deudor a que se pronuncie si hará uso de la facultad que este precepto le confiere para hacerlo.

Es tácita la que deriva de actos del acreedor que revelen su intención de renunciar la acción resolutoria; ya hemos dicho que aun cuando la jurisprudencia ha vacilado al respecto, el solo hecho de pedir el cumplimiento no importa renuncia a la resolución.<sup>506</sup>

<sup>504</sup> Sesión Nº 23: "El señor Urrutia observa que nacen directa e inmediatamente de un mismo hecho la acción reivindicatoria que fluye de la nulidad, resolución o rescisión de un acto o contrato. Personales, las acciones rescisorias, de nulidad y resolutoria, se dirigen contra el contratante con el fin de terminar los efectos o anular los actos contractuales: pero como de la infracción declarada hay derecho para deducir la acción real contra terceros, como lo establecen especialmente los artículos 1.490, 1.491 y 1.689 del Código Civil, es útil en todos conceptos que ambas acciones puedan tramitarse en un mismo juicio. De este modo la sentencia sobre la acción personal empeceará al poseedor contra quien se reivindica".

<sup>505</sup> RDJ, T. 53, sec. 1ª, pág. 165.

<sup>506</sup> Se ha resuelto que renuncia tácitamente el acreedor que se adjudica en

No hay inconveniente alguno para que el acreedor renuncie a la acción resolutoria en el mismo contrato bilateral o con posterioridad y antes del incumplimiento.

550. IV. *La acción resolutoria es transmisible y transferible.* En consecuencia, podrán deducirla los herederos y cesionarios del acreedor,<sup>506 bis</sup> y deberán soportarla los herederos del deudor, todo ello de acuerdo a las reglas generales, a las cuales no hay excepción alguna.

551. V. *Prescripción de la acción resolutoria.* La prescriptibilidad es la regla general de las acciones, máxime si son patrimoniales, y la resolutoria no escapa a ella.

Pero debe distinguirse el pacto comisorio en la compraventa por no pago en el precio, que tiene regla especial, de las demás acciones resolutorias, que emanan de la condición resolutoria tácita y otros pactos comisorios.

Para éstos no existe plazo de prescripción, por lo cual se aplicará la regla general del Art. 2.515,<sup>507</sup> y en consecuencia la acción resolutoria prescribe como acción ordinaria que es a los 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible. La acción resolutoria no puede ser ejecutiva, porque es menester que se pruebe y establezca en el pleito el incumplimiento, que no puede constar en el título (Nº 799).

Para el pacto comisorio hay plazo especial en el Art. 1.880: "El pacto comisorio prescribe al plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato. Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno".

Como en todo lo relacionado con el pacto comisorio hay problemas respecto de este precepto, principalmente en cuanto a su aplicación:

1º Nos parece evidente que se aplica tanto al simple como al calificado,<sup>508</sup> esto es, tanto al caso del Art. 1.878 como al del 1.879.

2º Creemos, igualmente, que se aplica solamente en la compraventa por el no pago del precio, y no en otros pactos comisorios en la misma compraventa o en otros contratos. Esta opinión no es naturalmente compartida por quienes son partidarios de aplicar a estos pactos comisorios por analogía las reglas de la compraventa:

remate la propiedad en el juicio de cumplimiento. RDJ, T. 30, sec. 1ª, pág. 277; y el que acepta pagos parciales: RDJ, T. 16, sec. 1ª, pág. 34.

<sup>506 bis</sup> Alessandri, *De la compraventa...*, etc., ob. cit., T. 2ª, Nº 1.729, pág. 733, cree que en la cesión de crédito no se traspasa la acción resolutoria sin estipulación expresa, lo que nos parece erróneo.

<sup>507</sup> RDJ, T. 21, sec. 1ª, pág. 616; T. 12, sec. 1ª, pág. 143.

<sup>508</sup> G.T. de 1925, 2º sem., Nº 88, pág. 460. En igual sentido, Alessandri, *De la compraventa...*, ob. cit., T. 2ª, Nº 1.869, pág. 961.

3º Se aplica en la compraventa por no pago del precio siempre que se haya estipulado pacto comisorio, pero no si está operando la condición resolutoria tácita. Así se ha resuelto en general, aunque aisladamente se haya fallado lo contrario,<sup>509</sup> y

4º Finalmente, el precepto contiene una grave anomalía, porque la prescripción, contrariamente a la regla general, se cuenta desde la fecha del contrato y no desde que la obligación se hizo exigible, y de ahí que la acción puede estar prescrita antes de nacer. Por ejemplo, en una compraventa se otorgan al deudor 5 años para el pago del precio y se estipula pacto comisorio. Si a los 5 años el comprador no paga el precio, la acción resolutoria estaría ya prescrita porque han pasado 4 años desde el contrato. Y no podría el acreedor pretender que no entabla la acción resolutoria del pacto comisorio, sino la emanada del Art. 1.489, que se cuenta conforme a las reglas generales, porque de ser así, el Art. 1.880 no tendría objeto.

Entre la prescripción de la condición resolutoria tácita y la del pacto comisorio del Art. 1.880, hay tres diferencias:

- 1º La de los plazos, 5 y 4 años, respectivamente;
- 2º En el momento en que comienzan a correr, según dijimos recién, y
- 3º La primera es de largo tiempo común, y se suspende, en consecuencia, en favor de las personas enumeradas en el Art. 2.509, mientras que la emanada del Art. 1.880 es especial o de corto tiempo, y de acuerdo al Art. 2.524 no se suspende (Nº 1.264).

552. VI. *La acción resolutoria puede ser mueble o inmueble.* Aplicando la regla general del Art. 580, la acción resolutoria será mueble o raíz, según lo sea la cosa en que recaiga.

Así, la del vendedor de un automóvil, es mueble, y la del vendedor de un bien raíz, inmueble.

553. VII. *La acción resolutoria es indivisible.* Esta indivisibilidad se manifiesta en dos sentidos:

- 1º Objetivamente, porque el acreedor no podría pedir en parte el cumplimiento y en el resto la resolución, y
- 2º Subjetivamente, porque siendo varios los acreedores, todos ellos deben ponerse de acuerdo para pedir el cumplimiento o la resolución, y siendo más de uno el deudor no podría el acreedor exigir a uno el cumplimiento y al otro la resolución.<sup>510</sup>

<sup>509</sup> G.T. de 1884. Nº 1.705, pág. 1.063, RDJ, Ts. 12 sec. 1ª, pág. 143 y 21 sec. 1ª, pág. 616. Aplica el Art. 1.880 a la condición resolutoria tácita, G.T. de 1884, Nº 109, pág. 83, y hace una combinación extraña, G.T. de 1869, Nº 645 pág. 320; a esta última se aplica la prescripción de 4 años contados eso sí desde que se hizo exigible.

<sup>510</sup> G.T. de 1907, T. 2º, Nº 1.025, pág. 633. RDJ, T. 57, sec. 1ª, pág. 253.

554. *Paralelo de la acción resolutoria con otras acciones.* Hay algunas acciones e instituciones que se asemejan a la resolución y que conviene precisar, porque suelen confundirse en el léxico jurídico, incluso del Código.

A la terminación nos referimos ya en el Nº 529, y no es más que la misma resolución pero referida a los contratos de tracto sucesivo, siendo la principal diferencia con ella que carece de todo efecto retroactivo. Nos remitimos a lo dicho, y veremos, en cambio, en los números siguientes:

- 1º La nulidad y rescisión;
- 2º La resciliación;
- 3º La revocación unilateral, y
- 4º La imposibilidad en el cumplimiento.

555. I. *Resolución, nulidad y rescisión.* Entre nosotros, con el término nulidad se designa a la absoluta y con el de rescisión a la relativa, pero el legislador ha usado con mucha frecuencia, equivocadamente, todas estas denominaciones, porque ellas se parecen, pues dejan sin efecto el acto o contrato, y lo hacen retroactivamente. Pero se diferencian fundamentalmente:

1º Porque la nulidad y rescisión suponen alguna infracción a los requisitos de validez del acto o contrato, que ha nacido viciado, y por ello se le deja sin efecto. En cambio, en la resolución el acto es perfectamente válido, en sí mismo es inatacable y es un hecho posterior, el incumplimiento de una obligación, el que permite al acreedor solicitar que se deje sin efecto el contrato, pero también puede exigir el cumplimiento, precisamente, porque el acto es válido y eficaz;

2º La nulidad y rescisión producen efectos radicales; borran totalmente el acto o contrato; la resolución es de efectos más atenuados; así la nulidad de acuerdo al Art. 1.689 da acción contra terceros sin efectuar las distinciones que realizan los artículos 1.490 y 1.491, para la resolución;

3º La nulidad procede en toda clase de actos y contratos, mientras que la resolución únicamente en estos últimos, si son bilaterales;

4º La acción de nulidad absoluta prescribe en 10 años; la rescisoria en 4, y por regla general la resolutoria en 5, que pueden ser 4 en el pacto comisorio;

5º Las reglas de las prestaciones mutuas son diferentes, y así en la nulidad y rescisión el deudor de mala fe debe restituir los frutos, mientras que en la resolución ellos no se devuelven, y no se pagan las mejoras necesarias, mientras debe hacerse en la nulidad y rescisión, etcétera.

Por ello se ha resuelto que no procede declarar resuelto un contrato si él es nulo.<sup>511</sup>

556. II. *Resciliación y resolución.* A la resciliación o anulación convencional del contrato se refiere el inc. 1º del Art. 1.567, y la estudiaremos al tratar los modos de extinguir las obligaciones.

Consiste en que las partes, de común acuerdo, dejan sin efecto un contrato que en sí es perfectamente válido; en esto se diferencia de la nulidad, y de la resolución en que ésta procede por sentencia judicial, por regla general, y a petición de una de las partes. Es requisito de ella el incumplimiento imputable. En la resciliación basta el acuerdo de las partes.

La resciliación no puede afectar a los terceros ajenos al acto, y en principio carece de efecto retroactivo, a menos que las partes se lo confieran.

557. III. *Revocación unilateral y resolución.* En el Nº 163 vimos que el contrato puede dejar de producir efectos por la voluntad unilateral de alguna de las partes, y ello también puede depender de alguna condición, pero siempre que no sea el incumplimiento.

Si una de las partes puede dejar sin efecto el contrato por su propia voluntad en caso de incumplimiento, estamos ante un pacto comisorio calificado.

La revocación unilateral opera siempre hacia el futuro, y los actos ya efectuados quedan a firme.

558. IV. *Imposibilidad en el cumplimiento y resolución.* Ambos se asemejan en que existe incumplimiento del deudor, pero mientras en la condición resolutoria tácita se debe al hecho o culpa de éste, en la imposibilidad en el cumplimiento al caso fortuito o fuerza mayor (Nº 531).

De ahí que en el incumplimiento imputable, el acreedor tiene una doble vía de acción: la resolución o el cumplimiento incluso forzado de la obligación, y en ambos la indemnización de perjuicios. En la imposibilidad no podrá pedirse el cumplimiento, puesto que precisamente se ha hecho imposible sin culpa o dolo del deudor, ni tampoco indemnización de perjuicios, porque ésta exige culpa o dolo, y aquí hay caso fortuito (Nº 1.193).

Por otra parte, en la resolución, según veremos, el acreedor se inhibe de cumplir su obligación o pide la restitución si ya había

<sup>511</sup> RDJ, T. 46, sec. 2ª, pág. 79, pero puede demandarse la resolución en subsidio de la rescisión: RDJ, T. 19, sec. 1ª, pág. 241. Véase Alessandri, *De la compraventa...*, T. 2º, Nº 1.635, pág. 498.

pagado, mientras que en la imposibilidad es la teoría del riesgo la que determinará lo que ocurre en el contrato bilateral con la prestación que no se ha hecho imposible (Nº 1.205).

#### Párrafo 5º

#### *Los efectos de la resolución*

559. *Los efectos de la condición resolutoria. Referencia.* Si bien existen varias clases de condición resolutoria, los efectos de ellas, sean ordinarias, tácitas, pacto comisorio simple o calificado, son los mismos. La mayoría ya están estudiados, y para los de la pendiente nos remitimos a lo dicho en el Nº 518; y de la fallida al Nº 519.

Tal como dijimos, en este Párrafo estudiaremos los efectos de la resolución, esto es, de la condición resolutoria cumplida. Ellos se refieren a dos órdenes de materias:

1º La obligación de restitución del deudor condicional, y

2º Los efectos que la resolución produce respecto de terceros, en cuanto a las enajenaciones y gravámenes efectuados y constituidos por el deudor condicional, pendiente la condición.

Los estudiaremos en los números siguientes.

560. I. *Restitución de la cosa.* De acuerdo al Art. 1.487, "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición", con la salvedad ya señalada de que el acreedor puede renunciar a la resolución si ha sido puesta exclusivamente en su beneficio, pudiendo ser obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere.

La restitución de la cosa se hará en los términos ya estudiados, y comunes para todas las condiciones:

1º Los aumentos y mejoras pertenecen al acreedor, sin aumento de precio (Nº 503);

2º Las disminuciones y deterioros los sufre el acreedor, sin tener derecho a rebaja alguna, salvo culpa del deudor (Nº 504);

3º Si la cosa se ha perdido fortuitamente, no hay obligación, pero si es culpable, el deudor debe el precio y la indemnización de perjuicios (Nº 506);

4º Los frutos producidos por la cosa pendiente la condición, son del deudor (Nº 505);

5º Los actos de administración del deudor condicional quedan a firme (Nº 500, 4º).

Finalmente, la resolución por incumplimiento del contrato bilateral produce efectos ligeramente diferentes, en cuanto a las obligaciones del acreedor, especialmente.

En efecto, mediante la resolución el acreedor exigirá la restitución si ha cumplido su obligación, pero puede servirle para inhibirse de cumplirla en todo o parte si no lo ha hecho, pero siempre que haya estado llano al cumplimiento.

Por otro lado, es posible que el deudor haya cumplido en parte su obligación. Es evidente que en tal caso debe restituírsele lo ya pagado, pues en caso contrario habría un enriquecimiento sin causa para el acreedor, ya que por un lado se le restituye la cosa dada o pagada por él, o se inhibe de darla o pagarla, y por el otro, recibe su parte del precio.

Así lo dijo el Art. 1.875, inc. 2ª para la resolución de la compraventa por no pago del precio: "el comprador tendrá a su vez derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio", y así se ha fallado.<sup>512</sup>

561. II. *La resolución y las enajenaciones y gravámenes a terceros.* Nuestro Código cuenta entre sus grandes méritos que, salvo algunos ripsos de menor cuantía, se caracteriza por la excelente redacción de sus disposiciones, pero tal cualidad la perdió en los Arts. 1.490 y 1.491, que pasamos a estudiar. A través de los distintos Proyectos del Código se notan las vacilaciones del señor Bello entre la aplicación lisa y llana de la retroactividad, solución que dio en un comienzo de su tarea (Nº 498), y la protección de los intereses de los terceros.

Aplicado integralmente el principio retroactivo, todos los actos de disposición del que tenía o poseía una cosa bajo condición resolutoria, efectuados mientras la condición estuvo pendiente, deberían quedar sin efecto, porque emanaban de quien se considera que no ha sido dueño jamás; como dice el aforismo jurídico: resuelto el derecho del causante, se resuelve también el del causahabiente.

Pero, por otro lado, la retroactividad no es más que una ficción, y la verdad es que el contrato ha existido y el deudor ha sido poseedor o dueño, comportándose como tal, y de él proviene el derecho que invoca el tercero. De ahí que, finalmente, el legislador haya adoptado un criterio transaccional en los Arts. 1.490 y 1.491; no todas las enajenaciones y gravámenes quedan sin efecto, sino únicamente cuando el adquirente sabía o no podía menos que saber que el derecho de su causante estaba amenazado de extinción.

El legislador distingue la situación de los bienes muebles, a que se refiere el Art. 1.490, de la de los inmuebles, reglamentados en el Art. 1.491, diferente tratamiento para unos y otros que se da en todo el Código, y que es un resabio del derecho romano. En todo caso,

<sup>512</sup> RDJ, Ts. 21, sec. 1ª, pág. 172 y 65, sec. 2ª, pág. 39.

aquí se justifica, pues para los segundos el sistema del Registro Conservatorio permite a los terceros enterarse de la situación de su tradente, mientras que en los muebles, por su fácil circulación y la rapidez de las transacciones es difícil que el adquirente pueda hacer tal averiguación. En todo caso, la idea en ambos es la misma: las enajenaciones y gravámenes quedarán sin efecto cuando el tercero sabía de la condición (Art. 1.490) o debía saberla por constar en el título respectivo inscrito (Art. 1.491).

El Art. 1.876, en la resolución de la compraventa por no pago del precio; el 1.882; en el pacto de retroventa, y el Art. 2.416, en la hipoteca, se remiten expresamente a los Arts. 1.490 y 1.491.

Estudiaremos los problemas a que dan origen estos preceptos a través de los siguientes aspectos:

- 1º En qué casos se aplican ellos y derechos del acreedor;
- 2º Actos que quedan afectos a la resolución o reivindicación;
- 3º Cuándo ocurre ello en los muebles, y
- 4º Cuándo sucede en los inmuebles.

562. A. *Cuándo se aplican los Arts. 1.490 y 1.491 y derechos del acreedor.* Antes que nada conviene tener a la mano el texto de las disposiciones:

Art. 1.490: "Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".

Art. 1.491: "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública".

Existe una profunda división en la doctrina respecto a la interpretación de estos preceptos; en cuanto al alcance de las expresiones "debe una cosa a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria", que utiliza el Art. 1.490, y "debe un inmueble bajo condición" del 1.491, y en cuanto al derecho que otorgan respectivamente contra el tercero: de reivindicación el primero, y de resolución de las enajenaciones y gravámenes, el segundo.

Para algunos<sup>513</sup> estos artículos sólo se aplican en el caso de la condición resolutoria, pero no a la condición suspensiva ni al plazo. El Art. 1.490 los menciona expresamente, y el Art. 1.491, con una redacción un poco mejor, no se refirió expresamente a ellos, pero como habló de condición en general podría entenderse que comprende también a la suspensiva.

<sup>513</sup> Alessandri, *Obligaciones*, pág. 179; Jorge González Von Marées, *Los artículos 1.490 y 1.491 del Código Civil*, RDJ, T. 17, Primera Parte, págs. 69 y siguientes; Alessandri, en *De la compraventa...*, ob. cit., T. 2º, Nº 1.767 y siguientes, págs. 809 y siguientes, sostenía otra posición.

Como los preceptos abarcan únicamente a la condición resolutoria, serían incorrectas las expresiones "de una cosa" que utilizan, por cuanto el deudor resolutorio no adeuda una cosa, sino que es dueño o poseedor de ella, únicamente que expuesto a perderla en el caso de cumplirse la condición resolutoria. Por tanto, las disposiciones se refieren al que tiene o posee una cosa sujeta al evento de restituirla por el cumplimiento de la condición resolutoria.

Y si la ha enajenado mientras la condición estuvo pendiente, el acreedor condicional tiene derecho a reivindicarla en contra del adquirente, porque por la resolución, el dominio o posesión del deudor condicional vuelven a él como si nunca hubiera dejado de tenerlo; es por esta razón que el acreedor condicional puede reivindicar contra el tercero, y no porque la resolución afecte a éste (Nº 547).

Por ejemplo, A vende a B un automóvil, quedando B adeudando una parte del precio; A entrega el vehículo a B, por lo que éste pasa a ser dueño, y B lo vende a C. Si B no paga el precio, y se resuelve su venta, por la resolución A recupera su dominio, y por ello tiene derecho a reivindicar contra C.

El fundamento de esta crítica a la redacción de los preceptos estriba en que en nuestro derecho del mero contrato no nacen derechos reales mientras no opere un modo de adquirir el dominio, que en este caso es la tradición. En virtud del solo contrato el acreedor no tiene ningún derecho real, sino únicamente uno personal para exigir la tradición en el momento oportuno: el acreedor puro y simple, inmediatamente, el acreedor sujeto a condición suspensiva cuando ésta se cumpla, y el a plazo, al vencimiento de éste. La situación, como puede apreciarse, es bien diferente a la del acreedor condicional resolutorio, quien por la retroactividad de la condición cumplida recupera su derecho real, en cuya virtud está habilitado para reivindicar contra el tercero adquirente.

Este derecho no pueden tenerlo el acreedor a plazo ni el condicional suspensivo por la apuntada razón de que carecen de derecho real alguno.

Para demostrarlo, veamos primero el caso del acreedor cuyo derecho está sujeto a condición suspensiva; por ejemplo, A vende su automóvil a B, y se compromete a entregárselo cuando B se venga a vivir a Santiago. Este no ha adquirido derecho real alguno, y en consecuencia si A vuelve a enajenar el vehículo, y posteriormente B cumple la condición, éste no podrá reivindicar contra el adquirente, porque no es dueño mientras la condición no se cumpla y se efectúe la tradición.

Sin embargo, los preceptos que comentamos dan a entender que tendría este derecho; querría decir con ello que el acreedor condicional suspensivo, quien sólo tiene un derecho eventual, una mera expectativa (Nº 512), quedaría colocado en mejor situación que el acreedor puro y simple, que sí tiene derecho. En efecto, si en el

mismo anterior A vende a B sin modalidades el automóvil, y luego lo enajena a C, B no puede reivindicar contra C, porque B no es dueño mientras no opere el modo de adquirir: la tradición. Así lo comprueba el Art. 1.817 en la compraventa: "si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero, será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá". En consecuencia, en los ejemplos propuestos, B sólo puede accionar en contra de A para que le efectúe la tradición (una vez cumplida la condición de radicarse en Santiago en el primero de ellos referente a la suspensiva), si ella es aún posible, o le indemnice la infracción del contrato en caso contrario. Resultaría absurdo, pues, aplicar los Arts. 1.490 y 1.491 a la condición suspensiva.

En cuanto al plazo, si éste es suspensivo la situación es igual a la anterior; no existe derecho real alguno que reivindicar si no ha operado la tradición; y si es extintivo, el que tiene la cosa es un mero tenedor de ella, como se desprende del Art. 1.087, referente a las asignaciones testamentarias a día, pero aplicable a las obligaciones condicionales, según el Art. 1.498. Dice aquél: "la asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario", y el usufructuario es mero tenedor de la cosa dada en usufructo, y si la enajena, hay venta de cosa ajena, inoponible al verdadero dueño; lo único que el usufructuario puede ceder es su derecho de usufructo.

Para esta interpretación, los Arts. 1.490 y 1.491, en consecuencia, están mal redactados y se refieren únicamente a la situación del que tiene o posee una cosa bajo condición resolutoria, que es quien ha adquirido un derecho real a la cosa, y puede enajenarla, y si su derecho se resuelve, puede verse afectado el de su adquirente.

Y para quienes así piensan, el Art. 1.491 está también mal redactado en cuanto señala que puede resolverse la enajenación o gravamen del deudor condicional, como si la acción fuera real, y permitiera dirigirse contra el adquirente o titular del derecho real directamente por la vía de la resolución. Lo que procede contra ellos, como consecuencia de la resolución, es la reivindicación o una acción para obtener la cancelación del gravamen en la forma señalada en el Nº 547 al destacar el carácter personal de la acción resolutoria. Ello ha llevado a la Corte de Concepción justamente a decir que la situación es diferente en el Art. 1.490 y en el 1.491, y en el primero procede la reivindicación contra el tercero, y en el segundo la resolución contra éste.<sup>514</sup>

Don Luis Claro Solar,<sup>515</sup> en cambio, considera plenamente acerta-

<sup>514</sup> G.T. de 1912, T. 2º, Nº 1.007, pág. 507.

<sup>515</sup> Ob. cit., T. 10º, Nº 136, pág. 148; Nº 130, pág. 139.

da la expresión "debe una cosa mueble", "debe un inmueble"; critica la posición antes expuesta, pues para él ambos preceptos se aplican en el caso de la condición suspensiva, y a la inversa estima que el Art. 1.490 no es del todo correcto al hablar de reivindicación, sino que el que está en lo justo es el siguiente, al referirse a la resolución de la enajenación o gravamen, porque sólo por excepción procedería la acción reivindicatoria.<sup>516</sup>

La verdad es que las expresiones deber una cosa, si no fuesen correctas, no producen mayores inconvenientes, porque se entiende que se refieren al deudor que deberá restituir la cosa por el cumplimiento de la condición;<sup>516 bis</sup> es igualmente claro que tanto en el Art. 1.490 como en el 1.491, lo que ha querido decir el legislador es

<sup>516</sup> La idea del Sr. Claro Solar es que en virtud de la retroacción de la condición aun la suspensiva produce este efecto tan enérgico de permitir al acreedor condicional algo que no puede hacer el puro y simple. Reconoce (pág. 139) que el Art. 1.817 da otra solución, pero que sin él se produciría la resolución del derecho del tercero, por lo que tal sería la solución en otros contratos que no fueren la compraventa. Finalmente, el ejemplo que en la misma pág. pone del legado de especie condicional, enajenado por el heredero, es justamente erróneo, porque no lo debe el heredero, ya que se adquiere directamente del causante. El heredero vendió cosa ajena.

<sup>516 bis</sup> Por nuestra parte, creemos que si es justa la crítica al legislador por la expresión "resolverse la enajenación o gravamen" del Art. 1.491 y por la referencia en el Art. 1.490 a la condición suspensiva y al plazo, unida a la falta de especificación en el Art. 1.491 respecto a qué condición se refiere, en cambio, revela una mala comprensión de la condición resolutoria la que se le formula por haber dicho "debe una cosa mueble" y "debe un inmueble", en los Arts. 1.490 y 1.491, respectivamente.

Para así demostrarlo hay que pensar quién es el deudor y quién el acreedor condicional en la condición resolutoria. Vimos en el N° 481 que para el Código ésta es la que al verificarse extingue un derecho. Nada dijo el Art. 1.479 respecto de la obligación, y por ello advertíamos que el concepto de ella requiere un análisis más detenido. También advertimos en el N° 489 a propósito de las condiciones meramente potestativas resolutorias que dependen de la sola voluntad del deudor que en nuestro concepto ellas son nulas, y que el ejemplo para demostrar lo contrario que se daba —la donación revocable— era erróneo, porque se confundía al acreedor con el deudor condicional resolutorio.

En nuestro concepto, el deudor resolutorio es aquel que al cumplirse la condición resolutoria tendrá obligación, y en tal sentido es obvio que sólo existe, desde el punto de vista de la deuda, condición suspensiva. Al cumplirse la condición resolutoria nace la obligación del que recibió la prestación de restituirla; ésta es la obligación que depende de una condición. Cumplida la condición resolutoria se extingue el derecho, como lo dice el Art. 1.479, y así, si el comprador no paga el precio y se declara la resolución, pierde el derecho que tenía a la cosa, y entonces nace para él la obligación, que es la de restituir. Así lo pone perfectamente en claro el Art. 1.487 —aplicable a toda condición resolutoria y no sólo a la tácita— que impone esta última obligación, cumplida que sea la condición resolutoria, a menos, agrega, que "ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente", etc.

Este es, pues, el acreedor condicional, aquel que en el evento de la condición resolutoria, podrá exigir la restitución, y el deudor quien tuvo la cosa mientras pendía aquélla y por haberse cumplido debe devolver. En consecuencia, es efectivo lo que dicen los Arts. 1.490 y 1.491: quien recibió una cosa bajo condición resolutoria la "debe", pero la adeuda de la manera especial que impone toda condición, esto es, para el caso de ocurrir el evento previsto.

que el acreedor tiene derecho a dirigirse contra los terceros si se cumplen los requisitos de los preceptos. Lo que sí resulta inaceptable y crea todo el conflicto, es la referencia del Art. 1.490 expresamente a la condición suspensiva y al plazo, y la comprensión implícita de la primera en el Art. 1.491, porque realmente no pueden aplicárseles, por las razones ya señaladas.

563 B. *Actos afectados por la resolución.* El Art. 1.490 sólo se refiere a las enajenaciones de la cosa, mientras que el 1.491, amén de aquéllas, menciona a la hipoteca, censo o servidumbre.

Pero la verdad es que en ambos deben considerarse comprendidos todos los gravámenes, como usufructo, uso, habitación, etc., todos ellos quedarán sin efecto cumpliéndose los respectivos requisitos.

Queda sí al margen la prenda, porque de acuerdo al Art. 2.406, si en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella, se extingue siempre el derecho real, indiferentemente a la buena o mala fe del acreedor prendario; si se aplicara el Art. 1.490, únicamente se extinguiría para el de mala fe.

Respecto del Art. 1.491, se ha fallado que se aplica aun en el caso de ventas forzadas,<sup>517</sup> lo que es lógico, pues el precepto no distingue.

564. C. *Las enajenaciones y gravámenes quedan sin efecto respecto de los bienes muebles cuando el tercero está de mala fe.* Ya hemos señalado que respecto de los bienes muebles, el Art. 1.490 reconoce al acreedor condicional derecho contra terceros de mala fe, a contrario, ya que niega la reivindicación "contra terceros poseedores de buena fe".

La buena o mala fe del tercero va a consistir en saber o ignorar al tiempo de la adquisición o gravamen la existencia de la condición resolutoria; en el primer caso está de mala fe, y en el segundo de buena fe, y el acto resultará indemne.

La confusión se produce porque en el acto sujeto a condición resolutoria quien en definitiva será el acreedor condicional, en el ejemplo de la compraventa, el vendedor, tiene deuda, entregar la cosa: esta obligación está también implicada por la condición resolutoria, porque si se produce la resolución, y aquélla no se ha cumplido, ya no se cumple, puesto que el contrato queda sin efecto. Pero no por ello el vendedor es, desde el punto de vista de esta deuda, deudor condicional, como lo revela el citado Art. 1.487. Lo es, en cambio, de la obligación de restituir el precio si la resolución se produce por su propio incumplimiento de la obligación de entregar la cosa.

El acreedor del precio en la compraventa, por la resolución pasa a serlo de la restitución: la primera obligación es pura y simple, la segunda, condicional.

<sup>517</sup> RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 324.

Como la buena fe, de acuerdo a la regla del Art. 707, que no obstante su ubicación en la posesión es de aplicación general, se presume será al acreedor a quien corresponderá probar que el tercero sabía la existencia de la condición.

565. D. *En los inmuebles, las enajenaciones quedan sin efecto cuando la condición constaba en el título. Alcances.* Para que las enajenaciones y gravámenes del deudor condicional resolutorio queden sin efecto, es necesario que la condición haya constado en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública.

Al respecto, existen tres aspectos que conviene destacar.

1º Cuando se entiende que la condición consta;

2º Dónde debe ella constar, y

3º Si la constancia de la condición implica por sí sola mala fe del adquirente.

Veremos estos puntos en los números siguientes.

566. D1. *Cuándo se entiende constar la condición.* Un problema existía al respecto, pero a estas alturas debe considerarse totalmente resuelto.

Se sostenía que sólo las condiciones expresas pueden constar en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública, pero no las tácitas, porque justamente no están declaradas. Dicho de otra manera, el Art. 1.491 se aplica en la condición resolutoria ordinaria y en el pacto comisorio, pero no en la condición resolutoria tácita. En apoyo de esta opinión se agregaba que no sería lógico que el Código reglamentara dos instituciones iguales, como son la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio. ¿Cuál sería entonces el objeto de estipular la condición resolutoria tácita? Justamente, se decía, hacer constar la condición para los efectos del Art. 1.491.<sup>518</sup>

Esta interpretación ha quedado abandonada en la doctrina<sup>519</sup> y jurisprudencia,<sup>520</sup> por múltiples razones, de las cuales las más importantes son:

1º De acuerdo al Diccionario de la Lengua, "constar" es ser cierta una cosa, y la condición resolutoria tácita evidentemente tiene este carácter de certeza, desde el momento que está establecida en el Art. 1.489, y nadie puede alegar la ignorancia de la ley;

<sup>518</sup> G.T. de 1865, Nº 1.720, pág. 706. Según Alessandri, ob. cit., pág. 182, sustentaba esta opinión don Ruperto Bahamóndez.

<sup>519</sup> Alessandri, ob. cit., pág. 182, y *De la Compraventa...*, etc., ob. cit., T. 2º, Nº 1.773, pág. 823; Claro Solar, ob. cit., T. 10, Nº 135, pág. 144; Fueyo, ob. cit., T. 1º, Nº 115, pág. 142.

<sup>520</sup> Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 131, jurisprudencia del Art. 1.491, Nº 2-II citando 14 fallos en el mismo sentido.

2º El Art. 1.876 se refiere a la condición resolutoria tácita en la compraventa y se remite expresamente a los Arts. 1490 y 1491 para determinar cuándo la resolución por el no pago del precio da derechos contra terceros poseedores. Si el Art. 1.491 no se aplicara a la condición resolutoria tácita, no tendría objeto la referencia de aquél, y

3º El Art. 1.432 para que la resolución de la donación afecte a terceros, exige que la condición se haya expresado: en tal caso se usó el término "expresar", por lo que no cabrían condiciones tácitas.

567. D2. *La condición debe constar en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública.* La condición resolutoria debe constar en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública.

El título respectivo es el de quien tenía o poseía la cosa bajo condición resolutoria y la enajenó o gravó; la "debía", según la expresión del Art. 1.491. Por ejemplo: A vende a B un inmueble en \$ 500.000, de los cuales se quedan debiendo \$ 200.000; la venta se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces, en el cual se deja constancia de la forma de pago, y en todo caso de la escritura pública de compraventa; si B, posteriormente, enajena el mismo bien raíz a C, y éste a D, el título "respectivo" no es el de éstos, sino el primero, el de B.

Pero los adquirentes posteriores, en virtud de este mecanismo, han quedado suficientemente amparados, y el legislador permite la resolución de sus derechos únicamente cuando estuvo en sus manos imponerse de la existencia de la condición, y no lo hicieron o procedieron a celebrar el contrato a sabiendas de ella. Si se va a adquirir un inmueble o un derecho real en él, debe tomarse la precaución de consultar las inscripciones de dominio, o sus copias, y a través de ellas, o de las escrituras públicas que citan, el interesado podrá imponerse de la existencia de condiciones pendientes y exigir su cancelación antes de celebrar el contrato o tomar otras precauciones; ha existido, pues, una clara oportunidad de prevenirse de la resolución, y si no se ha hecho así, el legislador no puede amparar la negligencia.

La condición puede constar del título respectivo inscrito, u otorgado por escritura pública. Esto último, porque hay algunos actos que no es necesario inscribir, aunque puede hacerse, como las servidumbres, y cualquier condición suspensiva o resolutoria sobre bienes raíces (Arts. 53, Nºs. 2º y 1º, respectivamente, del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces). Respecto de aquellos actos que deben inscribirse no basta la sola escritura pública, es preciso que ella se haya inscrito. La solución no parece conveniente, porque ya no es tan fácil enterarse de las escrituras públicas que contengan condiciones sobre inmuebles si no se han escrito, y el tercero puede verse afectado por una resolución de la que realmente no pudo enterarse. Creemos preferible suprimir del precepto la referencia a títulos no inscritos.



568. D3. *¿La constancia de la condición en el título implica por sí sola mala fe del tercero?* Se ha debatido el problema de determinar si por el hecho de constar la condición en el título respectivo inscrito debe considerarse que el adquirente se encuentra de mala fe, la que estribaría en haber sabido la existencia de la condición.

El punto tiene gran importancia para saber si el tercero adquirente puede oponer al reivindicante la prescripción adquisitiva ordinaria, o únicamente la extraordinaria.

No hay duda que si cumple los demás requisitos legales y el plazo respectivo, habrá adquirido el dominio u otro derecho real por esta última vía, porque la prescripción adquisitiva extraordinaria no requiere buena fe. Pero si llena los demás presupuestos de la ordinaria en cuanto a tiempo, justo título y tradición si se invoca un título translativo de dominio, el problema queda centrado en determinar si está de buena fe o no.

Si se considera que por el solo hecho de constar la condición en el título respectivo el tercero adquirente está de mala fe, no puede oponer la ordinaria; por el contrario, si esa circunstancia no importa por sí sola mala fe, ésta le deberá ser probada al adquirente por el reivindicante, dado que la buena fe por regla general se presume.

La Corte Suprema resolvió que esta última era la solución, y, en consecuencia, no obstante constar la condición en el título respectivo, el tercero adquirente, si cumple los demás requisitos legales, puede excepcionarse con la prescripción adquisitiva ordinaria, y al reivindicante le corresponde probar su mala fe.<sup>521</sup> Creemos que es la doctrina correcta, porque el hecho de constar la condición no implica necesariamente que la haya conocido realmente el tercer poseedor.

### Sección séptima

#### OBLIGACIONES MODALES

569. *Concepto y reglamentación.* El Código no reglamentó las obligaciones modales, limitándose en el Art. 1.493 a hacerles aplicables las disposiciones sobre asignaciones modales, esto es, los Arts. 1.089 a 1.096 (Párrafo 4º del Título 4º del Libro 3º). Y es muy lógico que así lo haya hecho, porque esta modalidad es más propia de las asignaciones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, esto es, de los actos a título gratuito.

<sup>521</sup> RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 325. En contra, Alessandri, "De la compraventa...", ob. cit., T. 2º, Nº 1.772, pág. 819.

El Art. 1.089 no da una definición del modo, pero describe su forma más frecuente: "si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

Más propiamente el modo es la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad, como si por ejemplo A dona a B un inmueble con la obligación de que costee los estudios universitarios de C. La aplicación especial puede ser en beneficio del mismo que recibe la prestación o de un tercero.

Referido a las obligaciones que no provengan de la donación o testamento es la aplicación especial que debe darse a la prestación recibida, pero será realmente poco frecuente, porque en materia de convenciones las partes recurrirán a otras figuras jurídicas, como la misma condición o la estipulación a favor de otro si es para un tercero el beneficio. Por ello nos referiremos muy brevemente a las disposiciones que gobiernan esta modalidad.<sup>522</sup>

570. *Modo y condición.* El citado Art. 1.089 se apresura a señalar que el modo no constituye una condición suspensiva, y, en consecuencia, no suspende la adquisición del derecho. Agrega el Art. 1.091 que para esta adquisición no es necesario prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo.

Es la principal diferencia entre el modo y la condición suspensiva: el deudor del modo adquiere su derecho, la cosa dada, como si fuere puro y simple, sujeto únicamente a la carga modal.

Tiene importancia, pues, resolver si estamos ante un modo o una condición suspensiva, lo que únicamente puede establecerse a través de la estipulación de ellas. Si la cosa se adquiere una vez que se haga algo, es condición, y si es para que se haga algo, modo.

Según lo veremos luego, el modo no lleva consigo resolución para el caso de no cumplirse, a menos que se le agregue por medio de una cláusula resolutoria; en consecuencia, el derecho del deudor modal no está sujeto a extinguirse por un evento futuro e incierto, como en la condición resolutoria.

571. *Forma de cumplir el modo.* El modo se cumplirá de la manera que las partes lo hayan estipulado; a falta de convención en cuanto al tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el

<sup>522</sup> Véase nuestro *Derecho sucesorio*, págs. 246, Nº 342 y sigtes., Claro Solar, ob. cit., T. 10º, págs. 253, Nº 218 y sigtes; Vodanovic, ob. cit., *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*, págs. 25 y sigtes.