

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

Doctor de Derecho (U. Complutense de Madrid)
Profesor titular de Derecho Civil
U. de Concepción
U.C. de la Stma. Concepción

OBLIGACIONES

TEORIA GENERAL Y CLASIFICACIONES
LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

© DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 137.039, año 2003
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de diciembre de 2003

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1511-0



“Con el tiempo, todos te olvidarán.
Te olvidarán tus parientes, tus vecinos,
tus amigos y hasta tus enemigos.
Pero nunca tu acreedor”.

ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
CC	Código Civil
C. de A.	Código de Aguas
C. de C.	Código de Comercio
C. de M.	Código de Minería
C. del T.	Código del Trabajo
cons.	considerando
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
COT	Código Orgánico de Tribunales
C. Pol.	Constitución Política
CPP	Código de Procedimiento Penal
D.	Derecho
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial
DS	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
F. del M.	Revista Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
inc., incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia

ABREVIATURAS

Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia
sgts.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
Univ.	Universidad
v.	ver o véase
vol.	volumen

PRIMERA PARTE

TEORIA GENERAL

nidamente, como en el mandato, en el que se faculta al mandante para revocarlo), etc. En todo caso, para evitar las dañinas consecuencias que suele provocar una ruptura repentina, la ley o el convenio imponen que transcurra un plazo previo a la extinción del vínculo contado desde la notificación de la decisión.

En cuanto a la utilidad instrumental: cuando al contraerse una obligación no se fija forma de ejecución, tendrá lugar un proceso de interpretación, conforme a la fuente de donde la obligación ha nacido (del contrato, será lo más frecuente), y entonces acudirémos a aquellos términos y conceptos con los que aquel proceso resultará más fluido y la solución más comprensible; sin perjuicio de la utilidad instrumental que en general prestan las clasificaciones que en nuestra materia implica facilitar el examen y tratamiento de las obligaciones.

14. OBLIGACIONES PURAS O SIMPLES⁶⁰⁹ Y SUJETAS A MODALIDADES

Esta clasificación se efectúa atendiendo a la presencia en la obligación de elementos accidentales que alteran sus efectos normales (art. 1444 del Código Civil).

Obligación pura o simple es aquella que, desprovista de elementos que alteran sus consecuencias, produce los efectos que normalmente le atribuye el ordenamiento jurídico.

Obligación sujeta a modalidad es aquella a la cual se le agregan uno o más elementos excepcionales, con los cuales produce efectos distintos de los que normalmente genera.⁶¹⁰⁻⁶¹¹

Esa normalidad en la eficacia se concreta principalmente en que a) La obligación y el derecho correlativo nacen al perfeccionarse la respectiva fuente (si se trata de la fuente convencional, al perfeccionarse el contrato). b) Creada la obligación, el acreedor puede exigir de inmediato su ejecución. c) El acreedor incorpora a su patrimonio el crédito y luego el producto de su crédito con la ge-

⁶⁰⁹ Habitualmente se les llama puras "y" simples; preferimos reconocer el pleonismo, manteniéndolo para dejar constancia de las alternativas terminológicas.

⁶¹⁰ Suele pormenorizarse agregándose que la alteración puede referirse a la existencia, ejercicio o extinción.

⁶¹¹ Algunos autores restringen la noción de modalidad solamente a la alteración en el inicio y en la extinción de los efectos, concretándola en la condición y en el plazo. Así, por ej., Castán, José. Ob. cit. T. III, p. 178.

neral libertad de destino de sus bienes. d) La obligación va a mantenerse vigente mientras no se ejecute. e) En cada obligación hay un acreedor y un deudor y si existe pluralidad, respectivamente cada uno sólo puede exigir su cuota en el crédito y cada uno queda obligado sólo a su cuota en la deuda. f) Cada sujeto actúa por sí, el que actúa como deudor compromete su patrimonio y el que actúa como acreedor favorece el suyo.

- DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS MODALIDADES

1º) Enfrentando los textos al concepto enunciado, puede comprobarse que se configuran dos categorías. Unas que podemos calificar de *nominadas* o típicas, que la ley regula en su concepto, características, efectos (por ej., las conocidas condición, plazo, modo). Y otras, *innominadas* o atípicas, que son calificables de modalidades porque quedan incluidas en el concepto, pero que no están tratadas como tales (como la representación); con la advertencia de que si bien no son reguladas en cuanto modalidades, algunas sí son reglamentadas —ya escueta, ya detalladamente— en cuanto otras figuras o instituciones, que también constituyen. Y quedan aún esas otras atípicas, innumerables, que las partes crean en cada situación para alterar los efectos normales del acto y así lograr mejor sus aspiraciones negociales, producto de la autonomía privada en la amplitud que el ordenamiento lo va permitiendo.

Al regular las típicas, frecuentemente el legislador no se dedica a tratarlas aisladamente, sino en su aplicación a la materia a la que se añaden; por ej., entre nosotros no se regula aisladamente la condición o el plazo, sino las obligaciones condicionales, las asignaciones testamentarias condicionales, las obligaciones a plazo, las asignaciones testamentarias a plazo, las asignaciones testamentarias a modo. Al disponer las normas en esos términos, se van dispensando reglas para la modalidad propiamente⁶¹² y también para la materia sometida a ella.⁶¹³⁻⁶¹⁴

⁶¹² Por ej., el art. 1474 inc. 1º dispone que "la condición es positiva o negativa".

⁶¹³ Por ej., el art. 1478 dispone que "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición...".

⁶¹⁴ Luego de observar que el concepto modalidad es usado en la doctrina con distintos grados de amplitud (desde el restringido que incluye sólo a la condición, plazo y modo), con un criterio amplio un autor las agrupa en 4 categorías, según sean relativas a la eficacia, a la extensión de los efectos, al objeto o contenido y a los sujetos (Lazo, René: *Ensayo de una teoría general de las modalidades de los actos jurídicos*. Concepción, 1945, pp. 27 y sgts.).

2º) Refiriéndolas al objeto cuyos efectos son alterados, en términos indiferentes (sin mayores aprensiones) la doctrina las declara referidas ya al acto, ya a la obligación.⁶¹⁵ Si nos detenemos a examinar este punto, llegamos a las conclusiones que siguen.

En las situaciones concretas con frecuencia se imponen a la obligación (por ej., tratándose del plazo, y en un contrato de compra-venta, lo que habitualmente está sometido a plazo es la obligación de pagar el precio). Cuando la obligación es de fuente contractual si afirmamos que es la obligación la sometida a la modalidad, es también correcto expresar que el contrato lo está, puesto que la obligación se genera en él; sólo que al expresar que es la obligación la sometida a la modalidad, se está procediendo con una mayor especificidad. Pero la modalidad también puede añadirse propiamente al acto.⁶¹⁶ Así, una asignación testamentaria puede establecerse a plazo; la representación altera los efectos del contrato en su totalidad más que a cierta obligación generada por él.

Por otra parte, la obligación sometida a modalidad puede provenir de cualquier fuente.

3º) En cuanto a su origen, generalmente provienen de la voluntad de las partes, dentro del campo entregado a la autonomía privada; pero también la ley suele establecer modalidades (tal ocurre, por ej., en los arts. 770, 1489, 1813).⁶¹⁷

Las posibilidades de que los particulares las estipulen es consecuencia del grado en que se admita la autonomía de la voluntad y por lo mismo, debe distinguirse entre el derecho patrimonial y el de familia. En derecho patrimonial la regla general es que pueden estipularlas libremente, salvo excepciones (como por ej., los arts. 768, 1192, 1227). En derecho de familia el principio es el inverso (hay normas que manifiestan el repudio, como los arts. 102, 189, 1723).

⁶¹⁵ En los Códigos Civiles se observan tendencias. Los Códigos del siglo XIX (entre ellos el nuestro) generalmente las tratan en el capítulo de las diferentes clases de obligaciones. Entre los del siglo XX parece predominar la ubicación en los actos jurídicos; así en los Códigos alemán, italiano (en las disposiciones generales de los contratos), portugués, boliviano, peruano, paraguayo. El CC suizo de las obligaciones mantiene el tratamiento en las obligaciones.

⁶¹⁶ En este sentido Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., p. 197. Incluso se ha estimado que, al menos metodológicamente, es más procedente tratarlas en los actos jurídicos. Así Borda, Guillermo. Ob. cit. Obligaciones T. I, p. 36. Coherente con su pensamiento, ahí sólo las menciona y se remite a su Parte general. T. II (pp. 251 y sgts.), que es donde las estudia, dentro de la teoría general de los actos jurídicos.

⁶¹⁷ La sentencia judicial no podría imponerlas, salvo naturalmente que una norma lo permita. Así ocurre, por ej., en el art. 904.

aunque este texto en gran medida es de naturaleza patrimonial) y, por lo mismo, es posible implantarlas sólo excepcionalmente.

4º) Su característica fundamental es que son elementos accidentales. Al describir la estructura del contrato, el art. 1444 consigna una tercera categoría de elementos, que denomina "accidentales". Suele considerarse sinónimos elementos accidentales y modalidades. Podemos aceptar esa equivalencia en principio. Las modalidades son elementos accidentales, pero, como se verá, en ocasiones algunos elementos que generalmente son modalidades (típicas), abandonando ese carácter de elementos accidentales pasan a constituir elementos de la naturaleza y hasta de la esencia. Así, por ej., la condición tácita es elemento de la naturaleza en el contrato bilateral (art. 1489); la condición es de la esencia del fideicomiso (art. 738); el plazo es de la esencia del usufructo (art. 770).

Conviene añadir que en la descripción abstracta de la estructura del acto y de la obligación se califican de elementos accidentales (en el sentido de secundarios o prescindibles), pero en las relaciones jurídicas concretas en las que se incorporan, atendidas las consecuencias que producen, pasan a tener un rol fundamental, en términos que para los involucrados tienen tanta importancia como los demás elementos del acto u obligación de que se trata.⁶¹⁸

Cuando el Código dispone que se agregan mediante "cláusulas" especiales (art. 1444), así debe entenderse para las provenientes de la voluntad; en las provenientes de la ley debemos entender que se agregan mediante "norma" especial.

De su carácter de elemento accidental surgen consecuencias como las siguientes: a) Requieren consagración; no es necesaria una fórmula sacramental, pero deben estar establecidas claramente, por la voluntad de las partes o la ley (y se sabe que la voluntad puede manifestarse de diversas formas); no se presumen; el acto y la obligación se presumen puros o simples.⁶¹⁹ b) No pueden establecerse

⁶¹⁸ V. Santoro Passarelli, F.: *Doctrinas generales del derecho civil*. Trad. de Luna Serrano. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1964, N° 42, p. 228. En el negocio concreto —dice el autor— pasan a ser esenciales.

⁶¹⁹ En este sentido, *RDJ*, T. 27, secc. 2ª, p. 49. Para nuestras conclusiones la sentencia no es del todo terminante. Luego de manifestar que por ser modalidad la ley no presume la condición, el fallo agrega que debe "expresarse", exigencia ya mayor, que no parece justificada considerando (como se dijo en el texto) que la voluntad puede manifestarse también tácitamente. Lo importante es que se manifieste con suficiente claridad, inequívocamente (se volverá sobre el punto al tratar la clasificación de las condiciones en expresas y tácitas).

por analogía. c) Quien alegue su existencia en determinada situación, debe probarla. d) Los textos legales (que las imponen y regulan) no han de interpretarse extensivamente. En las establecidas por las partes, las estipulaciones referentes a la modalidad se interpretarán conforme a las normas de interpretación de los contratos en general más las normas especiales que existan para el respectivo acto (por ej., para el testamento).

I. Obligaciones condicionales

Al igual que para el plazo, para la condición el Código optó por consignar dos cuerpos normativos; el de las obligaciones condicionales (arts. 1473 y sgts.) y el de las asignaciones testamentarias condicionales (arts. 1070 y sgts.). Y dispuso una remisión recíproca (arts. 1493 y 1070). Deben considerarse también las reglas que sobre la condición se contienen en la propiedad fiduciaria (art. 1079 y arts. 733 y sgts.).

En el ámbito jurídico (textos incluidos), el término condición tiene varios significados: posición o estado (a su vez en diversos sentidos) de una persona (por ej., en los arts. 55, 467, 471, 1456); principales características de una negociación (por ej., en el art. 1956 inc. 3°); supuesto para la celebración o para la producción de efectos de un acto⁶²⁰ (por ej., se dice que las capitulaciones matrimoniales producen sus efectos a condición de que se celebre el matrimonio);⁶²¹ elemento esencial expresado (por ej., se expresa que el contrato de compraventa se celebrará bajo la condición de que la cosa llegue a existir);⁶²² hecho futuro e incierto al que se somete la eficacia de un acto. Aquí se le trata en el último.

⁶²⁰ Son las llamadas condiciones de derecho (*conditio iuris*) que se tratarán más adelante.

⁶²¹ V. también el art. 1789 inc. 2°.

⁶²² Este significado merece una especial referencia, porque pudiera confundirse con la auténtica condición. Puestos a intentar explicarlo, hemos encontrado un párrafo cuya claridad aconseja transcribirlo: "Decimos relación arbitraria para dar a entender que la condición debe tener su fundamento exclusivo en la libre voluntad de las partes y no en la necesidad jurídica. Toda relación con un acontecimiento incierto que sea la enunciación superflua de un requisito esencial del contrato, no es una modificación accidental de la obligación" (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, N° 293, p. 308).

El Código chileno no ha seguido rigurosamente este planteamiento, y precisamente ha llegado a calificar de contrato condicional al que incorpora la eventualidad del objeto (art. 1813).

Conviene precisar que en este significado la expresión designa tanto el hecho como su función; el acontecimiento condicionante y su función, consistente en someter, subordinar, la eficacia de la declaración de voluntad al acaecimiento del hecho, función que importa —como puede verse— una verdadera autolimitación de la voluntad.

Conjuntamente, el art. 1473 define obligación condicional y condición.

A ese concepto de condición la doctrina añade los principales efectos y compone la definición más difundida: es un hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o extinción de un derecho y de su obligación correlativa.

Recordando que constituye un elemento accidental, por regla general no se presume;⁶²³ si bien no se exige una expresión sacramental, debe consignarse en términos inequívocos (conforme al art. 1480, las concebidas en términos ininteligibles se asimilan a las imposibles).

Con lo expuesto, sus elementos son la futuridad y la incertidumbre.

a) La futuridad

Respecto de este elemento, la situación que merece examen es la del establecimiento como condición de un hecho presente o pasado.

El Código contiene reglas en las asignaciones testamentarias condicionales (art. 1071), aplicables a las obligaciones por la remisión mencionada.

El carácter de presente o pasado se determina en relación con la celebración del acto o contrato (art. 1071, inc. 2°).

Por otra parte, en esas normas se prescinde del conocimiento que hayan podido tener las partes acerca del acaecimiento del hecho.

Si el hecho se verificó, la condición se tiene por no escrita; es decir, el acto es puro o simple (aquí ha faltado también la incertidumbre).⁶²⁴ Si el hecho no acaeció, no vale la disposición (no hay obligación); se entiende que la condición falló.

b) La incertidumbre

Es el elemento tipificante.

A este respecto, la fatalidad de la muerte es un ejemplo apropiado para destacar este elemento. En términos simples, la muerte

⁶²³ V. *RDJ*, T. 27, secc. 2°, p. 49.

⁶²⁴ Se ha resuelto que si el hecho establecido como condición es coexistente con el contrato (presente), no hay condición (*RDJ*, T. 35, secc. 2°, p. 65).

es un plazo, porque hay certidumbre en su acaecimiento, pero si se le añade una circunstancia que a la situación en su conjunto la deje incierta, esta situación configura una condición, no obstante que está integrada fundamentalmente por la muerte.⁶²⁵ Por lo mismo, el cumplimiento de cierta edad es condición (art. 1081).⁶²⁶

- CLASIFICACIONES

a) Considerando sus efectos, se distingue entre condición SUSPENSIVA y RESOLUTORIA.

Esta clasificación está formulada en el Código (art. 1479). En base al texto, la doctrina propone que la suspensiva es el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho (y de la obligación correlativa). Y la resolutoria es el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho (y de la obligación correlativa).

Ante estos conceptos, se ha observado que, desde el punto de vista terminológico, ambas categorías pueden calificarse de suspensivas; una suspende el nacimiento del derecho y la otra suspende su extinción.

Por nuestra parte, estimamos que no se trata de dos categorías de condiciones (ni de una, suspensiva); se trata de distintos efectos para cada una de las partes contratantes. La condición es siempre una, un hecho futuro e incierto, que para una tiene un efecto suspensivo y para la otra un efecto resolutorio (o extintivo). El siguiente es un ejemplo que habitualmente se emplearía para ilustrar la condición suspensiva: Pedro dona a Juan un predio si cierto candidato es elegido. Pero sirve para ambos efectos. El hecho es la elección del postulante, que para Pedro tiene un efecto resolutorio y para Juan un suspensivo. Desde el punto de vista de los sujetos, uno tiene un derecho resoluble y el otro una mera expectativa. Ahora po-

⁶²⁵ A dona a B un predio si muere dentro de 1 año.

⁶²⁶ Examinados estos elementos, se llega a una querrela doctrinaria antigua (y con la cual se vincula, a nuestro juicio, el punto de la retroactividad de los efectos del acto cuando se cumple la condición, como se verá más adelante): en qué medida existe al inicio auténtica y completa voluntad, o sólo una voluntad hipotética para el caso de que acaezca el evento, o una voluntad de declarar, pero no de querer los efectos hasta que acaezca el evento, etc. V. al respecto una síntesis en Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos...*, cit. T. II, p. 348 (ahí -en p. 349- también se formula un breve alcance acerca de la función que puede llegar a cumplir la condición como elemento para revelar la causa concreta del negocio de que se trata). Por estas conjeturas, es justificada la frecuente afirmación de que la condición (de origen contractual) implica cuando menos una autolimitación a la voluntad.

demos examinar la situación en el ejemplo que habitualmente se emplearía para ilustrar la resolutoria: Pedro dona a Juan un predio y si cierto candidato es elegido, se lo restituirá. Es la situación inversa. La condición es la misma. Ahora es para Juan el efecto resolutorio y para Pedro el suspensivo. Así es que para ilustrar las llamadas "condición" suspensiva y "condición" resolutoria bastaría un solo ejemplo, cualquiera de los dos. Es así porque no hay tales dos condiciones; sólo dos efectos de "la" condición; uno para cada sujeto.

b) Considerando su contenido, se distingue entre condición POSITIVA y NEGATIVA.

Para formar los conceptos de estas categorías conviene desprenderse en alguna medida de la redacción, porque con ella se puede transitar fácilmente de una a otra calificación. Por ej., se dirá que la condición de no viajar al extranjero es negativa, pero, si obedecemos a la forma, con facilidad la podemos convertir en positiva sin traicionar el contenido: permanecer en el país. Entonces ¿cuál es el acontecimiento que debe ser considerado, el hecho propuesto o su contrario? Aquí surge el auxilio del estado de cosas existente al tiempo del contrato. Tratándose la condición de un hecho nuevo, de ocurrencia incierta, el suceso decisivo es el que altera el estado de cosas existente. Si la condición consiste en que ese hecho acaezca, es positiva; si consiste en que no ocurra, negativa. Así, en el ejemplo, el hecho que altera el estado de cosas no es la permanencia en el país, es la salida. Es el hecho de salir del país el que hay que considerar para la calificación. La condición consiste, pues, en no salir del país; es negativa (asimismo, si Pedro dará algo a Juan si éste no permanece soltero, la condición no es, como parece, negativa; el hecho que altera el estado de cosas existente es el matrimonio; la condición consiste en que se case; es positiva). Aun así, pueden presentarse condiciones de dudosa calificación.

Con estas observaciones puede concluirse que nuestro art. 1474 optó -comprensiblemente- por no profundizar en la materia.

Su importancia surge al relacionarla con otras clasificaciones (como las referidas a la posibilidad y licitud) y con el estado de cumplidas o fallidas (que se verán pronto).

c) Considerando la posibilidad física de cumplirse, se distingue entre condición FÍSICAMENTE POSIBLE y FÍSICAMENTE IMPOSIBLE (siendo positiva). Se regula en los arts. 1475, 1476 y 1480.

d) Considerando su licitud, se distingue entre condición MORALMENTE POSIBLE (o lícita) y MORALMENTE IMPOSIBLE (o ilícita) (siendo positiva). Se regula en los arts. 1475, 1476 y 1480.

Puede verse que el Código trata conjuntamente estas dos últimas clasificaciones (agregando reglas para las ininteligibles, mediante asimilación; arts. 1475 inc. 3º y 1480 inc. 2º).

Tocante a los conceptos, se formulan para las imposibles y de allí emergen los antónimos.

En cuanto a la físicamente imposible, su concepto evoca la noción que el Código proporciona del *objeto* físicamente imposible (cuando recae sobre un hecho) (art. 1461). Puede apreciarse que ambos conceptos están referidos al enfrentamiento con la naturaleza. Pero el del objeto físicamente imposible es más amplio. El objeto físicamente imposible es el "contrario a la naturaleza", en tanto la condición físicamente imposible es la "contraria a las leyes de la naturaleza física".⁶²⁷

En cuanto a la moralmente imposible, el texto emplea la moralidad en un sentido amplio, en la que incluye la contravención a cierta categoría de leyes y al orden público. La ley infringida ha de ser prohibitiva. Y, atendidos los conceptos, es al juez a quien quedan entregadas las nociones de buenas costumbres y orden público (explícitamente sin definición legal), para luego, enfrentando la condición a esos conceptos, concluir si la condición los contraría.

Para definir la eficacia de las imposibles, el texto las vincula con las positivas y negativas, formando un complejo cuadro de soluciones.

1º. Positiva imposible (art. 1480)

A su vez se distingue entre suspensiva y resolutoria (lo cual significa —según hemos dicho— nada más que ubicarse en el sujeto para el cual el efecto es uno u otro).

Si es positiva imposible *suspensiva*, se tiene por fallida.⁶²⁸

⁶²⁷ Con aquella amplitud, la regla del objeto aparece protectora de la naturaleza al extremo de llegar a ser paralizante de la actividad humana. Entendida prudentemente, puede ser útil para muchos clamores proteccionistas del ambiente y para detener parte de la contratación en que el cuerpo humano es tenido por objeto.

En cuanto al ámbito más restringido que se entrega a la condición físicamente imposible, puede notarse que adquieren ese carácter sólo las que contraríen una ley de la naturaleza (con el consiguiente problema interpretativo de la noción de "ley" de la naturaleza) y ha de tratarse de una ley perteneciente a la naturaleza "física" (también con dificultad de interpretación, en cuanto la expresión parece concebir una naturaleza no física).

⁶²⁸ Se ha entendido que es así porque no hay incertidumbre; antes bien, hay certeza de que el hecho no podrá ocurrir (así, Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 387). Sin embargo, estimamos que eso es así en la positiva físicamente imposible, pero en la positiva moralmente imposible (que alguien mate a otro) hay incertidumbre; el hecho podría ejecutarse. Entonces, el fundamento para tenerla por fallida ha de ser otro; puede ser la intención legal de desestimar.

Si es positiva imposible *resolutoria*, se tiene por no escrita; no hay condición; el acto es puro o simple.⁶²⁹

2º. Negativa imposible (art. 1476)

A su vez se distingue (no entre suspensiva y resolutoria) si la imposibilidad es física o moral.

Si es negativa imposible físicamente, la obligación es pura o simple; no hay condición; se tiene por no escrita (falta la incertidumbre).

Si es negativa imposible moralmente, vicia la disposición; es nula la obligación; la inmoralidad de la condición contamina a la obligación, anulándola (no obstante su rango de modalidad, por su contenido llega a derribar la obligación a la que accede).⁶³⁰⁻⁶³¹

e) Considerando su forma de manifestarse, se distingue entre condición *EXPRESA* y *TACITA*.

Es expresa la que se impone directamente, de modo que para detectarla no es necesario acudir a circunstancias o conductas que la demuestren; es tácita la que se desprende inequívocamente de circunstancias o conductas de los declarantes.

Ya se ha dicho que la regla es que las modalidades son excepcionales y no se presumen; entonces, la regla general es que para que exista, la condición debe expresarse.⁶³² Pero que no se presuma no significa que esté excluida la tácita, porque debe recordarse que la voluntad puede manifestarse tanto expresa como tácitamente.⁶³³ Que

⁶²⁹ Aquí es aplicable lo dicho en la nota anterior. Se ha explicado la regla de que la obligación es pura o simple porque falta la incertidumbre; el hecho no puede ocurrir (mismo autor y pág.). Pero observamos lo mismo; en la imposible moralmente el hecho puede ocurrir; y la razón puede ser más bien la intención legal de evitar que se imponga una condición ilícita.

⁶³⁰ En la misma dirección adoptada en explicaciones anteriores, se ha sostenido que en ésta la solución debería ser la misma de la negativa físicamente imposible, porque el hecho no puede ocurrir; debería tenerse a la obligación por pura y simple (Abeliuk, René. Ob. cit., p. 387). Por nuestra parte, reiteramos que el hecho ilícito puede ocurrir; hay incertidumbre. Y la diferente solución es explicable; en la negativa imposible físicamente, se tiene por no escrita, porque no hay incertidumbre; en cambio en la negativa imposible moralmente se prefirió tener por viciada la obligación como desestímulo y, más, sanción.

⁶³¹ Más adelante, al mencionar las condiciones impropias, se formularán otros alcances sobre las imposibles.

⁶³² Así, por ej., *RDJ*, T. 3, p. 66; T. 27, secc. 2ª, p. 49. Tal como se dijo en una nota anterior, este fallo, sin plena claridad para nuestros efectos, parte declarando que por ser una modalidad la ley no presume la condición (agregando, salvo casos muy calificados) y luego añade que "debe expresarse" por el testador.

⁶³³ Así Castán Tobeñas, José. Ob. cit. T. I, vol. II, p. 835; Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, N° 293, p. 309; el autor añade que incluso puede ser la ley la que, considerando la

un hecho se presuma significa que se deduce de antecedentes o circunstancias demostradas, deducción que generalmente admite un grado de duda, pero que entre dar el hecho por establecido o no, esos antecedentes conducen con mayor vigor a establecerlo. Que esté establecido tácitamente significa que esos antecedentes lo imponen necesariamente, de modo que pierden su sentido sin él. Como la condición no se presume, es que en el concepto de la tácita se incorpora la exigencia de su presencia inequívoca.

Entre nosotros esta clasificación evoca inevitablemente a la por decisión legal llamada "condición resolutoria tácita"; aquí es la propia ley (el art. 1489) la que, conforme a sus expresiones, la tiene por incorporada ("va envuelta") en los contratos bilaterales⁶³⁴ (más adelante se volverá sobre ella).

f) Considerando la existencia de un lapso dentro del cual ha de resolverse la incertidumbre, se distingue entre condición DETERMINADA e INDETERMINADA.

Es determinada si, de ocurrir, el hecho ha de acontecer en cierto instante (se sabe desde luego cuándo) o dentro de cierto lapso. Es indeterminada si, de ocurrir el hecho, no se sabe cuándo.

En la determinada la incertidumbre tiene límite en el tiempo (si al cambio de año se da cierto hecho; cuando cumpla cierta edad; si ocurre algo dentro de un año).

En esta clasificación surge un debate de destacable importancia. Doctrinariamente está discutida la admisión de condiciones indeterminadas. El problema puede también formularse en torno a la llamada "caducidad" de la condición. En la materia de condiciones, se denomina caducidad a la circunstancia de "tenerse" por fallida si no se cumple dentro de cierto lapso fijado por la ley. Entonces, en doctrina la interrogante es ¿deben ca-

ducir las condiciones? o ¿es conveniente establecer un plazo de caducidad? (¿conviene implantar una norma en que se fije un plazo máximo de tolerancia de esta incertidumbre?). La respuesta afirmativa implica repudiar la indeterminada; fijado por la ley el plazo de caducidad, toda condición queda determinada: o está determinada por la naturaleza del hecho o, si se impone con indeterminación, queda determinada porque debe cumplirse dentro del plazo legal so pena de caducar (de "tenerse" por fallida). La autonomía privada apoya la conclusión de admitir la indeterminada. Al parecer, predomina el repudio, porque atenta en contra de la certeza jurídica, la cual, por su conveniencia, llega a constituirse en uno de los fines generales del derecho. Y son muchas las instituciones en cuyas reglas se aprecia su inspiración. La condición indeterminada implica mantener, indefinidamente, una incertidumbre (esperando que se cumpla o falle). Así lo estimamos también. En el mismo sentido puede añadirse que la incertidumbre —que se traduce en resolubilidad del derecho— cuando versa sobre cosas inhibe en el actual titular su mejora y apropiado aprovechamiento, y la deja poco atractiva para los terceros, quedando obstaculizada entonces la libre circulación de la riqueza.

En el derecho chileno no hay norma definitoria; así, la discusión y sus argumentos son aplicables. Pero, especialmente debido a la evolución legal en la materia, entre nosotros el conflicto crece con otros ingredientes. Y debe tratarse separadamente —como aquí lo haremos— la interrogante de cuál es el plazo de caducidad, de la que debemos hacernos cargo quienes postulamos la vigencia de esa caducidad en un ordenamiento como el nuestro, que carece de norma expresa.

Para el debate conviene recordar estos datos: a) Existe un cuadro normativo general de plazos máximos de tolerancia de incertidumbres, originariamente de 30 años, disminuido luego a 15 y más tarde a 10 (así para la prescripción adquisitiva extraordinaria, para el ejercicio de la acción de nulidad absoluta, para la máxima suspensión de la prescripción de la nulidad relativa, para conferir la posesión definitiva de los bienes del desaparecido). b) Respecto a una especial asignación condicional, la asignación a persona que no existe, pero que se espera que exista (art. 962 inc. 3°), se dispuso un plazo, con la misma evolución anterior; originariamente de 30 años, disminuido luego a 15 y luego a 10. c) Para la condición en el fideicomiso (art. 739), el Código esta-

naturaleza de ciertos contratos, presume que las partes someten la eficacia del acto a cierta eventualidad, y se tratará también de una auténtica condición. Estimamos que debe examinarse cada situación, porque aquí puede llegarse a la frontera con las denominadas condiciones de derecho (*conditio iuris*), que constituyen una especie de las llamadas impropias (o aparentes), como se verá más adelante.

⁶³⁴ El Código decidió consignar como "condición" a la eventualidad del cumplimiento de la obligación, no sólo empleando el término "condición" para ese evento, sino implantando la regla en el título de las obligaciones condicionales (el tema es tratado también en el capítulo del efecto de las obligaciones).

bleció un plazo máximo de tolerancia, de 30 años, más tarde disminuido a 15 y luego abruptamente a 5. d) El Mensaje, refiriéndose a una norma protectora de la libre circulación de la riqueza manifiesta que otra idea que "tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse".

Con este panorama, se ha sostenido que no existiendo norma que disponga expresamente la caducidad, las condiciones indeterminadas son aceptables: 1º) No obstante su aparente amplitud, el Mensaje se estaría refiriendo sólo a la materia del fideicomiso, pues en ese pasaje está dando cuenta de las restricciones que se imponen a esta institución. 2º) El art. 1482 conforme al cual la condición falla cuando expira el plazo dentro del cual ha debido verificarse, fue tomado del art. 1176 del CC francés, y éste, a su vez, fue tomado de Pothier, y texto y autor establecen que si no se estipula plazo, la condición puede cumplirse en cualquier momento. 3º) Con la alternativa de que existe la caducidad no existiría la distinción entre condiciones determinadas e indeterminadas, en circunstancias de que el Código la contempla⁶³⁵ (debe añadirse el argumento doctrinario de la autonomía de la voluntad).

En contra, se repudian las indeterminadas y se sostiene, por tanto, la caducidad: 1º) Los términos del Mensaje son amplios. 2º) El argumento histórico permite la conclusión contraria a la que se pretende. Si se hubiere querido seguir aquella solución, no se habría innovado en la redacción; en el texto francés se hace referencia al "plazo estipulado" para que la condición se cumpla; el nuestro, en cambio, dispone que falla cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, redacción que permite incluir tanto al plazo estipulado por las partes como el máximo legalmente tolerado. 3º) En cuanto al argumento de que al rechazar las indeterminadas desaparecería la distinción, es más bien aparente. La distinción persiste, referida a las condiciones tal como las partes las estipulan; sólo que si se estipula como indeterminada, terminará siendo determinada debido al plazo legal (deben agregarse los argumentos que en doctrina ya se mencionaron). En

la doctrina nacional al parecer es mayoritaria la tendencia en favor de la caducidad.⁶³⁶

En cuanto al plazo de caducidad, pueden sostenerse las alternativas de 5 y 10 años. Preferimos la última. La de 5 años se apoya en la aplicación extensiva del art. 739 haciendo notar la circunstancia de que siempre se sostuvo la caducidad con fundamento en el art. 739 y con el plazo ahí dispuesto y actualmente ese plazo es de 5 años. Pero, como también se relató, la caducidad no se apoya en ese solo argumento; y no parece justificado aplicar esa drástica reducción en el fideicomiso a toda condición, frente al conjunto armónico de normas (ya consignado) que fijan en 10 años el máximo de tolerancia de incertidumbres. Debe agregarse que en la discusión de la ley en la que se abreviaron a 10 años los plazos de tolerancia de las anotadas incertidumbres y a 5 en el fideicomiso (Nº 16.952), la Comisión del Senado dejó constancia de que la reducción era "en el entendido de que se refiere exclusivamente a la condición de que pende la restitución de un fideicomiso, ya que no otra puede ser la interpretación del precepto".⁶³⁷⁻⁶³⁸

⁶³⁶ Así, por ej., Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, Nº 96, p. 100; Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 144; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit., *Obligaciones*, p. 62; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 391; Meza Barros, Ramón. Ob. cit., p. 75; Fueyo, Fernando. *Derecho Civil*, cit. *Obligaciones* cit. T. I, p. 101, no la impugna. Se pronunciaban así junto con concluir que el plazo (en su tiempo) era de 15 años, aplicando el art. 739 a todas las condiciones, no sólo a la del fideicomiso. La jurisprudencia procedía mayoritariamente en el mismo sentido: *RDJ*, T. 44, p. 591; T. 60, secc. 2ª, p. 87. En contra, T. 15, p. 601.

⁶³⁷ Tapia Arqueros, Hugo: "La Ley 16.952, sobre reducción de los plazos de prescripción". En *Rev. de Derecho de la U. de Concepción*, Nº 159, p. 44.

A este respecto, don René Abeliuk cita a la Comisión informante del Senado, con una expresión contraria, en que se habría referido a "las condiciones en general" (Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 390, nota).

⁶³⁸ Resta una observación. Ya se dijo que antes de la última reforma el plazo de caducidad (de 15 años) se extraía del conjunto armónico de disposiciones establecidas para diversas situaciones de incertidumbre y, destacadamente, del art. 739, que se refería específicamente a la condición, inserta en el fideicomiso. Ahora —en la opinión dominante— el plazo de caducidad de 10 años se sigue extrayendo de aquel conjunto, pero excluido el art. 739. Pues bien, acontece que este texto añade "a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución". Ahí el texto está permitiendo un plazo indefinido de espera cuando la condición sea la muerte (que en el fideicomiso es condición —y no plazo—, porque, debido a otra regla, en tal caso la restitución requiere la existencia del fideicomisario a ese día, con lo que surge la incertidumbre). Queda planteada la interrogante: en los demás actos y contratos en los que se imponga la condición muerte (con los agregados para que sea condición, por ej., que muera de

⁶³⁵ En este sentido Solís de Ovando, Jorge: "De la caducidad de las condiciones". En *RDJ*, T. 37, 1ª Parte, p. 24.

El plazo no podría extenderse por voluntad de las partes; se trata de una norma de orden público.⁶³⁹

g) Considerando de quién depende el cumplimiento, se distingue entre condición POTESTATIVA, CASUAL y MIXTA.

Es potestativa "la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor". Es casual "la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso". Es mixta "la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso" (art. 1477; en esta última el Código incurrió en una simple omisión; también es mixta si en parte depende de la voluntad del deudor).

La potestativa admite por su parte una subdivisión entre simplemente potestativa y pura o meramente potestativa.⁶⁴⁰ La primera es la que depende de un hecho voluntario de cualquiera de las partes; la segunda es la que depende de la sola voluntad de cualquiera de las partes. En la primera hay un hecho a ejecutarse, dependiente de la voluntad (si viaje a Santiago); en la segunda sólo hay voluntad (si quiero).⁶⁴¹

Importa esta subdivisión, porque es nula la obligación contraída "bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga (art. 1478); es decir, es nula la obligación cuando depende de una condición meramente potestativa del deudor. La explicación de la regla es la falta de seriedad de la voluntad. Si la obligación va a depender exclusivamente de

cierta enfermedad) se aplicará la salvedad consignada en el art. 739 quedando también como de espera indefinida sin caducidad, o caducará (y en tal caso, tendría que ser a los 10 años, porque estamos excluyendo completamente el art. 739). Estimamos que, en su totalidad, el art. 739 debe regir sólo para el fideicomiso; por tanto, esa condición (del ejemplo) caducará, y a los 10 años.

⁶³⁹ En este sentido, Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. Obligaciones, cit. T. I, p. 101.

⁶⁴⁰ Esta distinción no aparece claramente formulada en el Código, pero se desprende del art. 1478. La jurisprudencia la ha consagrado; por ej., *G.T.* de 1901, T. 2º, N° 2883, p. 1041; *RDJ*, T. 19, p. 5; T. 35, secc. 2º, p. 19; T. 43, p. 399.

⁶⁴¹ Con antecedentes de derecho romano, Pothier y especialmente los exégetas han discutido si es o no meramente potestativa la condición "si (el deudor) lo juzga razonable"; parece predominar que lo es; aunque es distinto del puro arbitrio, igualmente queda entregada la conclusión a la soberana voluntad del deudor. Distinto sería decir "si se juzga razonable", porque si hay discordia tendría que resolverlo un tercero (el juez); pero en ese caso podría considerarse casual (v. Giorgi, Jorge. *Ob. cit.* T. IV, p. 318).

la voluntad del supuesto obligado, no ha existido verdadera, sería intención de obligarse. Es cierto que en la simplemente potestativa dependiente del deudor (la cual vale) es también decisiva su sola voluntad (en el sentido de no ser necesaria otra voluntad), pero al tratarse de un *hecho voluntario*, ya no se presenta la voluntad sola, que puede ser caprichosa; se entiende que el hecho es demostrativo de una voluntad compartida con circunstancias que la alejan de una actuación caprichosa o antojadiza.⁶⁴²

Ciertamente, la meramente potestativa dependiente de la voluntad del acreedor vale (pueden verse, al respecto, los arts. 1823 sobre la venta a prueba, 2194 sobre comodato precario, y 1881 sobre pacto de retroventa).

Se ha discutido el alcance de la regla. Se ha pretendido que se aplica sólo a la condición suspensiva (meramente potestativa); no

⁶⁴² Nótese que en la meramente potestativa del deudor, al quedar la obligación entregada a su voluntad sola, esa voluntad gobierna absolutamente la generación de la obligación. En cambio, en la simplemente potestativa del deudor, al agregarse un hecho, aunque es voluntario de él, ya no queda entregada absolutamente a la sola voluntad; la suerte de la obligación está compartida entre la voluntad del deudor y la ejecución del hecho; por dependiente de él que sea el hecho, todavía puede acontecer que lo ejecute o no, y, como no es supremo hacedor, pudiera ocurrir que aunque quisiera, no pudiera (en hechos muy simples y fáciles para él, la diferencia es muy sutil respecto de la sola voluntad -como: te doy 100 si voy a la casa vecina-, pero existe; más substancial es la diferencia respecto de hechos más difíciles de controlar, como: te doy 100 si viajo al Lejano Oriente). En fin, al quedar compartida la ocurrencia del evento entre la voluntad y el hecho (formando así el "hecho voluntario"), tiene una clara diferencia técnica con la sola voluntad. Y, además, en la realidad tiene un matiz que mejora la seriedad: en el hecho voluntario deben confluír un querer más un poder. En cuanto al querer, la voluntad está influida por circunstancias, ya para inducirlo al hecho ya para evitarlo (como en, el ejemplo: te doy 100 si mañana me presento al examen de grado); tomada la decisión de ejecutarlo, se pasa a la fase del poder, de poder ejecutarlo, y ahí nuevamente surgen (aparte de la natural dificultad o facilidad de ejecución) circunstancias que se lo facilitan o que se lo obstaculizan, hasta impedirlo y que él no gobierna, al menos no absolutamente. Por simple y fácil que sea el hecho (como: te doy 100 si voy a la casa vecina), la ejecución puede frustrarse (al ir, puede tropezar y nunca llegar allí). Así, si ya la voluntad para decidir no es absolutamente libre, la ejecución del hecho no es absolutamente gobernable por él. Su querer está influido por circunstancias; y su poder tiene o puede tener obstáculos que surgen -sin su control- entre decidirlo y hacerlo.

En todo caso, se ha llegado a advertir que en la noción de "hecho voluntario" la ley no alude a hechos baladíes, casi equivalentes a los caprichosos (como: "si me saco el sombrero"), sino a aquellos cuya decisión es influida por motivos serios y apreciables (Borda, Guillermo. *Ob. cit.* Parte general. T. II, p. 256).

Se ha agregado que también es válida si depende de la abstención de un hecho (Llambías, Jorge, y otros. *Ob. cit.*, p. 201).

a la resolutoria. Esta conclusión se funda en que en la suspensiva la obligación se formó pura y simplemente y es sólo la extinción la sometida a la condición.⁶⁴³ Se agrega que el propio Código acepta la meramente potestativa dependiente del deudor cuando es resolutoria (en la donación revocable, en la que el donante se reserva la facultad de pedir la restitución de lo donado cuando quiera, conforme al art. 1136).

En contra, se sostiene que se aplica a ambas. El Código no distingue. Se agrega que la regla aparece antes de la clasificación entre suspensiva y resolutoria, lo cual también induce a concluir en que se aplica a ambas.⁶⁴⁴ Compartimos esta solución. Por nuestra parte añadimos que —tal como ya lo manifestamos en un párrafo anterior— la distinción (entre suspensiva y resolutoria) es más bien de los efectos que la condición tiene en uno y otro sujeto, de modo que cuando se piensa en una condición resolutoria, se está pensando en la condición ubicándose en un sujeto, pero ubicado en el otro esa misma y única condición es suspensiva; y aquí lo que importa es que la condición consista en un hecho dependiente de la pura voluntad del obligado. La situación de la donación demuestra lo dicho. En la donación revocable efectivamente se trata de una condición con efecto resolutorio; para el donatario; pero es suspensivo para el donante. Y nada de eso importa, pues lo importante es que la revocación por la sola voluntad está entregada al donante, quien no es deudor, sino acreedor y, por tanto, es natural que se permita, ya que la regla anula la obligación cuando la condición depende de la sola voluntad del deudor y aquí está dependiendo de la voluntad del acreedor.⁶⁴⁵

⁶⁴³ Así Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 137; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit., *Obligaciones*, p. 56; Stitchkin, David. Ob. cit., p. 99; Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit., *Obligaciones*, cit., T. I, N° 86, p. 105; Meza Barros, Ramón. Ob. cit., p. 72.

También algunos fallos; por ej., *G.T.* de 1901, T. 2°, N° 2883, p. 1041; *RDJ*, T. 19, p. 5; T. 35, secc. 2°, p. 19; T. 43, p. 399.

⁶⁴⁴ Así Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 394. Para evitar el menosprecio a este argumento, de apariencia puramente formal, el autor recuerda que tratándose de las condiciones posible e imposible, aunque la distinción la formula en el art. 1475, la regla sobre la eficacia de las imposibles la posterga y la viene a consignar sólo en el art. 1480, después de distinguir entre suspensiva y resolutoria (en el art. 1479), porque en la eficacia de las imposibles precisamente iba a distinguir entre suspensiva y resolutoria.

⁶⁴⁵ En el mismo sentido, aunque con el planteamiento menos explícito, Borda, Guillermo. Ob. cit. Parte general, T. II, p. 257, con cita de autores en ambas posiciones.

h) Suele distinguirse también entre condición PROPIA e IMPROPIA (o aparente), según el hecho reúna o no las exigencias que se han descrito para que configure una condición.

Aunque en cuanto clasificación presenta defecto lógico (porque entonces las llamadas impropias simplemente no son condiciones y no pueden formar parte de una clasificación junto a éstas), la distinción resulta útil para una mejor comprensión del concepto de condición y para excluir situaciones que son designadas con el término condición o con expresiones equivalentes.

Son mencionadas como impropias:

1°) Las que recaen sobre un hecho presente o pasado (ya referidas con nuestros textos al tratar el elemento futuridad).

2°) Las necesarias (también ya aludidas, al tratar el elemento incertidumbre).

3°) Las imposibles (asimismo ya mencionadas).⁶⁴⁶

4°) Las captatorias (entre nosotros aludidas, para configurar las disposiciones captatorias, en el art. 1059, y que habitualmente son consideradas una subespecie de las inmorales).⁶⁴⁷

5°) Las perplejas, así calificadas cuando el hecho propuesto está

⁶⁴⁶ La doctrina distingue entre la condición físicamente imposible y jurídicamente imposible; la primera es la que contraviene a la naturaleza física, y la segunda la que es impedida por el derecho (como adquirir una cosa intransferible, o que un absolutamente incapaz celebre un acto válido). En general las imposibles no son condiciones, porque no ofrecen incertidumbre; si el hecho es positivo, hay certeza que el hecho no se realizará; si es negativa, inevitablemente se cumplirá, porque no hay duda de que el evento no tendrá lugar. Se les llama condiciones sólo por razón de lenguaje, porque en la celebración de un acto se empleará el modo condicional o una expresión que indica condición.

Por otra parte, en doctrina las ilícitas no se incluyen dentro de las imposibles. Son contrarias a derecho, pero, a diferencia de las imposibles, en la realidad pueden cumplirse. Así, un hecho contrario a la naturaleza física (físicamente imposible) o un acto jurídico válido celebrado por un incapaz absoluto (jurídicamente imposible) son hechos que no podrán acaecer, pero matar a alguien sí puede acaecer. Se ha apuntado diferencia entre una jurídicamente imposible y una ilícita en cuanto con la ejecución del hecho en la primera debería producirse un efecto válido si no se opusiere la norma legal, en tanto en la segunda se tiende a producir un efecto con el que transgrede el Derecho; en el mismo sentido, en la primera el acontecimiento no se verifica, y en la segunda, al acaecer es violado el derecho.

La doctrina incluye también en el género de las imposibles las intelectualmente imposibles, que son las impuestas en términos ininteligibles y que en nuestros textos también, como se dijo, se asimilan a las imposibles (art. 1475).

⁶⁴⁷ V. una aplicación en *RDJ*, T. 27, secc. 2°, p. 51, con nota de don Arturo Alessandri. Siguiendo las expresiones del Código, el fallo expresa que estas disposiciones captatorias son condicionales.

en contradicción con lo que se declara como contenido de la voluntad⁶⁴⁸ (y que entre nosotros pueden asimilarse a las ininteligibles).

6º) El presupuesto, que consiste en un hecho presente o pasado que se ignora y al cual se subordina el efecto de un acto o el nacimiento o extinción de una obligación (por ej., si Pedro ya adquirió una casa, te vendo mi sitio);⁶⁴⁹ a semejanza de la condición, supedita el efecto del acto (y, según el caso, el acto mismo) al hecho, pero ese hecho no es futuro ni incierto, aunque sí subjetivamente incierto; como en la condición, la existencia del hecho determina la eficacia del acto (o la existencia del acto mismo, según como se establezca); pero no hay estado de pendencia, sino más bien de averiguación de si existe el hecho o no, y generalmente se entiende que no hay retroactividad. En suma, si las partes incluyen un presupuesto, hay que considerarlo, los efectos del acto se producirán inmediatamente o dejarán de producirse definitivamente, según si el presupuesto ha tenido lugar o no, y a este respecto, el punto decisivo es la prueba.⁶⁵⁰

7º) La presuposición, que consiste en un hecho que no es formulado ni expresa ni tácitamente, pero que por las circunstancias (de tiempo y lugar) y conforme a la buena fe, resulta evidente que las partes lo tuvieron en consideración, de modo que sin él no habrían celebrado el acto. En tales términos, si falta, el acto se resuelve.⁶⁵¹ Para este efecto se exige que haya podido ser supuesto (expresa o tácitamente) por ambas partes y que su acaecimiento sea ajeno a la voluntad de ellos (ahí ha pasado a constituir, en la expresión ya bien difundida, una "base del negocio").⁶⁵² Es seme-

⁶⁴⁸ El antiguo ejemplo es: sea mi heredero Pedro si muere antes que yo.

⁶⁴⁹ En el presupuesto pueden incluirse algunas de las situaciones ya enunciadas aquí, de hechos presentes o pasados.

⁶⁵⁰ Puede verse Barbero, Domenico: *Sistema del Derecho Privado*. Trad. de Sentis Melendo. Edics. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, T. I, pp. 571 y sgts.

⁶⁵¹ El ejemplo clásico es el llamado caso de los balcones: un sujeto toma en arriendo un balcón de un edificio ubicado en un lugar desde donde se puede contemplar cierta ceremonia, sin que se aluda en modo alguno a ella, pero fijándose día y hora coincidente. Más tarde, la ceremonia se suspende.

⁶⁵² Así, por ej., Oertmann, Paul: *Introducción al Derecho Civil*. Trad. de Sancha Seral. Barcelona, 1933, p. 304; ha sido elevada —dice el autor— a "elemento integrante del contrato", a "elemento esencial". También Barbero, Domenico. *Ob. cit.* T. I, p. 573, con dos ejemplos; León, Pedro: "La presuposición en los actos jurídicos", en *Estudios de Derecho Civil* (homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield). Univ. Nacional de Córdoba. Córdoba, 1936, pp. 225 y sgts., con frecuentes referencias a Windscheid (su mentor) y relaciones con los motivos, el modo, la doctrina de la imprevisión. Una evolución en la construcción del concepto en Larenz, Karl: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. de Fernández Rodríguez. Edic. Rev. de D. Privado. Madrid, 1956, pp. 20 y sgts.

jante a la condición, y en el hecho puede ser difícil distinguirla de la tácita; pero, a diferencia de ella, puede referirse a un hecho pasado, presente o futuro. La figura se mantiene generalmente en el campo doctrinario (no logra general consagración en los textos) y su aceptación, al menos con aplicación general, no es unánime. Por una parte —como es fácilmente advertible— se observa su peligro para la seguridad de la contratación y, por otra, puede llegar a confundirse con ciertas concepciones de la causa o simplemente puede importarse sustituir la con otro nombre.⁶⁵³ Por último, en lugar de atribuirle aquel preciso y vigoroso efecto de la resolución, puede bastar con considerarlo como un elemento de interpretación del contrato.

8º) Las de derecho (*conditio iuris*), que son hechos o actos jurídicos, futuros e inciertos, que por norma legal (o, según algunos autores, debido a la naturaleza del acto) constituyen requisito o presupuesto para la eficacia de otro acto (se citan, como ejemplos, el matrimonio para la eficacia de las capitulaciones matrimoniales, el matrimonio para la eficacia de la donación por causa de matrimonio, la aprobación judicial para la eficacia de la partición en que tienen interés personas ausentes o sometidas a tutela o curaduría). Puede notarse que la condición propia (de hecho) constituye un hecho que las partes pueden imponer o no, y cuando la imponen, forma parte de sus voluntades, surge internamente en el acto, mientras la de derecho se les impone por la ley, desde el exterior, desde fuera de su voluntad. Estas diferencias son suficientes para concluir que se trata de dos categorías distintas, no obstante que ambas son requisitos de eficacia del acto y mientras no se cumplan traen consigo una época de pendencia entre la celebración del acto y la ocurrencia del supuesto o requisito. Cada una de estas condiciones de derecho tiene su respectiva regulación y no tienen un estatuto común. En esas particulares reglas a veces se establece la retroactividad (v., por ej., los arts. 77 y 1716). En fin, no debe confundirse esta llamada condición de derecho —que no es condición, como se ha dicho— con la condición tácita, antes referida (que es una verdadera condición).

⁶⁵³ Hay autores que la consideran una modalidad "no desarrollada" que no ha llegado a abrirse camino en el negocio, ni explícita ni implícitamente, por lo que queda irrelevante, lo mismo que un simple motivo individual (así, Santoro Passarelli, F. *Ob. cit.*, N° 42, p. 229).

- EFECTOS

Ya se ha dicho que la condición produce un efecto suspensivo y uno resolutorio. Ahora serán examinados. Pero existe un conjunto de principios y reglas relacionados con estos efectos que conviene presentar previamente, porque contribuyen a facilitar la comprensión de aquéllos.

A. CONCEPTOS RELACIONADOS CON LOS EFECTOS

Serán examinados: los estados en que puede encontrarse la condición, la retroactividad de los efectos del acto condicional y el riesgo de la cosa en la obligación condicional.

1º) *Estados de la condición*

La condición puede estar pendiente, cumplida o fallida.⁶⁵⁴

El estado inevitable es la pendencia; de allí pasará a estar cumplida o fallida.

- Está PENDIENTE cuando se mantiene la incertidumbre.

- Para determinar cuándo está FALLIDA, el Código distingue según la condición sea positiva o negativa y determinada o indeterminada (art. 1482).

Si es positiva determinada, falla cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el hecho o ha transcurrido el plazo dentro del cual ha debido suceder y no ha sucedido. *Si es positiva indeterminada*, falla cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el hecho y, para quienes postulamos la caducidad de las indeterminadas, cuando ha transcurrido el plazo de caducidad (que estimamos de 10 años) sin que haya sucedido el hecho.

Si es negativa, falla (sin distinción) cuando acaece el hecho en que la condición consiste.

Debe tenerse presente también el denominado "cumplimiento ficto de la condición" (art. 1481 inc. 2º). Es la decisión legal de tener por cumplida la condición cuando ha fallado debido a "medios ilícitos" desplegados por el deudor para evitar el cumplimiento. Esta interesante regla merece varios comentarios.⁶⁵⁵ Aquí sólo resumiremos algunos:

⁶⁵⁴ Recuérdese lo dicho respecto de la caducidad; puede haber caducado, lo que equivale a estar fallida.

⁶⁵⁵ Puede verse al respecto Peñailillo Arévalo, Daniel: "El cumplimiento ficto de la condición", en *Rev. de Derecho. U. de Concepción*, N° 178, pp. 7 y sgts.

a) Desde Roma hasta hoy la regla ha mostrado una notable permanencia en los textos positivos.⁶⁵⁶

b) Por influencia del CC alemán, en el siglo XX suele aparecer declaradamente fundada en la protección a la buena fe,⁶⁵⁷ aunque también se ha postulado su naturaleza indemnizatoria por un acto ilícito.⁶⁵⁸ Constituye también una aplicación del adagio conforme al cual nadie puede aprovecharse de su propia torpeza o mala fe ("*nemo auditur...*").⁶⁵⁹

c) En el CC chileno presenta, a lo menos, estas particularidades: está ubicada en las obligaciones condicionales, pero redactada en términos de asignaciones testamentarias condicionales; y, para tener por cumplida la condición, exige que los medios empleados sean "ilícitos" (esta última se tratará en un párrafo aparte).

En cuanto a la primera, conduce a dudar sobre su campo de aplicación. Surgen argumentos para sostener su vigencia sólo a las asignaciones testamentarias condicionales, no a las obligaciones condicionales: el tenor literal; su carácter de excepción (porque la regla es que las condiciones deban cumplirse realmente), que obstaculiza su aplicación extensiva; si se considera su carácter de sanción (que también se ha postulado), se llega al mismo resultado; en fin, la remisión recíproca de reglas, que a primer examen podría favorecer la aplicación, examinada cuidadosamente conduce asimismo al rechazo.⁶⁶⁰ Con todo, preferimos la conclusión de apli-

⁶⁵⁶ Después de los textos romanos y Las Partidas, aparece en los códigos prenapoleónicos (v. por ej., art. 102, tít. 4 parte I del CC prusiano), luego (con influencias de Domat y Pothier) en el francés (art. 1178) y en la generalidad de los siguientes. Así, CC italiano antiguo (art. 1169); CC español (art. 1119); CC argentino (arts. 537 y 538); CC alemán (art. 162); CC suizo (arts. 152 y 156); CC mejicano (art. 1945); CC italiano (art. 1359); CC portugués (arts. 272 y 275); CC boliviano (art. 496); CC peruano (art. 176); Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1998 (art. 342); nuevo CC holandés (art. 23 del libro 6º).

⁶⁵⁷ Así, por ej., Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Ob. cit. Parte II, vol. III, N° 293; Vío Vásquez, Efraín: *Las obligaciones condicionales*. Esc. Tip. Salesiana. Concepción, 1945, p. 115; Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 145. Así aparece también en el citado art. 342 del Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998). V. también Flume, Werner: *El negocio jurídico*. Trad. de José Miquel y Esther Gómez. Edit. Fundac. Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 834 y sgts., quien se extiende en varias situaciones que presenta la regla.

⁶⁵⁸ Así, por ej., Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, p. 350.

⁶⁵⁹ Así *RDJ*, T. 53, p. 130.

⁶⁶⁰ En efecto, el art. 1493 ordena que las disposiciones "del título IV del libro III" se apliquen a las convenciones, y la regla no está allí, sino acá, en las obligaciones condicionales. Además, se aplican las que no pugnen, y ésta pugna con el art. 1484.

carla también a las obligaciones, como lo estima la generalidad de la doctrina.⁶⁶¹ El fundamento, igualmente válido en las dos materias, y los precedentes históricos que siempre los han aplicado a las dos, justifican suficientemente esa extensión.⁶⁶²

d) Tal vez el principal problema que presenta el tenor del precepto es el relativo a la calificación de los medios empleados para evitar el cumplimiento. El Código exige que los medios de que se vale el deudor sean "ilícitos"⁶⁶³ y frecuentemente ocurre que, aisladamente considerados, los medios desplegados carecen de ese carácter. Por ej., la condición consiste en que el barco llegue a puerto antes de cumplirse cierto plazo, y para evitar que la condición se cumpla, el deudor ordena al capitán que lo detenga estando cerca; la actitud de detener un barco (propio) en el mar, aisladamente considerada, nada tiene de "ilícita". Pero en esa situación nos parece aplicable la regla. Y la aplicamos porque estimamos que la calificación de la ilicitud de los medios debe efectuarse vinculada a su finalidad. El fin contamina al medio. Si el medio fue desplegado *para* evitar el cumplimiento, con esa finalidad, se convirtió en ilícito, aunque aisladamente no lo es. Al entregarse la obligación a un evento ingobernado por el deudor, es ilícito pretender gobernarlo para sustraerse del compromiso; siendo ilícito el fin, cuando con esa finalidad se despliegan actividades, ellas se contagian tornándose también ilícitas.

Consecuente con el fundamento de protección a la buena fe y a la importancia que conferimos al objetivo que persigue el deudor con su actuación, puede concluirse que si sólo actúa con culpa (debido a su actuación negligente terminó por fallar la condición), no procedería aplicar la regla. Esta situación puede producirse especialmente en la condición simplemente potestativa que

dependa del deudor. Aquí también podría acontecer que las actividades que despliega se debieran a otras circunstancias y en virtud de ellas fallara la condición; si se demuestra que no actuó "para" que la condición fallara, tampoco sería aplicable la regla.⁶⁶⁴ Por lo mismo, si en lugar de desplegar medios para impedir el cumplimiento, el deudor nada hace, es decir, incurre en omisión, ha de aplicarse o no la regla según el objetivo de su omisión. Si dejó de actuar cuando normalmente habría actuado y se demuestra que su inactividad fue adoptada para impedir el cumplimiento, procedería aplicar la norma.

e) El caso inverso es también concebible. Puede acontecer que ahora sea el acreedor quien despliegue actividades para que la condición (que no estaba entregada a su gestión) se cumpla. Hay autores que se han pronunciado por la aplicación de la regla y textos que expresamente la hacen aplicable.⁶⁶⁵ Ante el texto nacional estimamos que hay vacío legal y, si se demuestra que actuó gobernando lo que el contrato entregaba a otro o al azar, atenta contra la buena fe y debe aplicarse, por analogía, una regla equivalente, dándose por fallida la condición.⁶⁶⁶

— Para determinar cuándo la condición está CUMPLIDA deben efectuarse las distinciones inversas a las formuladas para la falencia (aparte del cumplimiento ficto recién anotado).

Si la condición es *positiva*, está cumplida cuando acaece el hecho en que consiste. Si es determinada, debe acaecer dentro del plazo fijado. Si es indeterminada y se adhiere a la caducidad, debe acaecer dentro del plazo de máxima tolerancia (que estimamos de 10 años).

⁶⁶⁴ V. a este respecto, G.T. 1862, p. 286; también *Rev. de Derecho Privado* (Madrid), N° 438 (septiembre, 1953), p. 749.

⁶⁶⁵ Por ej., los Códigos alemán (art. 162) y peruano (art. 176).

⁶⁶⁶ Presenta una especial complejidad la situación de las condiciones que son, al mismo tiempo, requisitos legales para poder cumplir una prestación contraída. Por ej., se celebra una promesa de compraventa de un predio, en la cual se impone como condición que la Municipalidad autorice la subdivisión del predio mayor al que pertenece (la autorización municipal está asimismo impuesta por la norma urbanística y, también conforme a ella, el notario no puede autorizar la escritura pública ni el Conservador inscribirla). Si el deudor se vale de medios para que la Municipalidad no autorice, al pretenderse aplicar la regla resultaría que el notario no autorizaría la escritura de venta. Estimamos que procede aplicarla, distinguiendo las etapas: del nacimiento de la obligación y de su cumplimiento. Dando por cumplida la condición, nace la obligación de celebrar la compraventa prometida. Y como no será posible cumplir esta obligación por faltar la autorización municipal, el acreedor podría demandar indemnización (conforme al art. 1553 del Código Civil).

⁶⁶¹ Que lo concluye con cierta desaprensión. Así, por ej., Claro Solar, Luis. *Ob. cit.* T. V, p. 106; Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., pp. 144 y 145; Abeliuk, René. *Ob. cit.* T. I., p. 395; Vío Vásquez, Efraín. *Ob. cit.*, p. 115.

⁶⁶² El examen de los proyectos demuestra que en este punto, como en el de la calificación de los medios, el redactor vaciló notoriamente, de modo que puede restársele importancia al desajuste que se observa entre las expresiones (dirigidas a las asignaciones) y la ubicación (en las obligaciones).

⁶⁶³ La aludida vacilación del redactor en los proyectos se aprecia particularmente aquí, al dar por cumplida la condición, dudando entre expresar si el deudor (simplemente) impide el cumplimiento (como lo manifiesta la generalidad de los textos, antiguos y recientes), o exigir que se valga de medios ilícitos para impedir el cumplimiento.

Si la condición es *negativa determinada*, se cumple cuando llega a ser cierto que no podrá suceder el hecho (la condición consistía en no casarse con cierta persona y ésta muere) o transcurre el plazo fijado sin que el hecho haya sucedido.⁶⁶⁷ Si es *negativa indeterminada*, se cumple cuando ha llegado a ser cierto que no podrá suceder el hecho o, si se adhiere a la caducidad, cuando transcurre el plazo máximo de tolerancia (que estimamos de 10 años) sin que el hecho haya sucedido.⁶⁶⁸

Además, el Código dispone dos reglas acerca de cómo deben cumplirse las condiciones, de apariencia contradictoria (arts. 1483 y 1484). Desde luego, la primera presenta armonía con el art. 1560. En cuanto a la segunda, la explicación histórica de su contenido elimina su aparente contradicción con la anterior: lo que persigue es impedir el cumplimiento por equivalencia o analogía, que era admisible en el derecho romano.⁶⁶⁹⁻⁶⁷⁰

Finalmente, se vela por la integridad en el cumplimiento de la condición (art. 1485). Es la llamada "indivisibilidad de la condición". El cumplimiento parcial no produce un derecho parcial. Y no importa que el objeto de la condición objetivamente sea divisible.⁶⁷¹ Ni que el objeto de la obligación sea divisible.⁶⁷² Pero don-

⁶⁶⁷ Se tiene entendido que el plazo fijado por las partes no puede suspenderse ni prorrogarse sino por voluntad de las mismas partes; y que corre contra las personas en contra de las cuales no correría la prescripción (v. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, p. 347).

⁶⁶⁸ Tratándose del cumplimiento ficto de la condición, antes examinado, se ha propuesto que debe tenerse por cumplida en el momento en que se hubiere producido sin la intervención (lo cual en ciertos casos necesitará aún de más precisión) (v. Enneccerus, Kipp y Wolff. Ob. cit. T. I-II, vol. 2º, p. 685, nota 6).

⁶⁶⁹ Por ej., si la eventualidad consiste en que a la ciudad llegue un pintor, no podrá tenerse por cumplida si llega un músico (pretendiéndose que también es un artista).

⁶⁷⁰ Y en ocasiones será conveniente tener en cuenta a ambas para solucionar razonablemente situaciones específicas. Así, la doctrina concuerda en que tratándose de una condición potestativa, no podría tenerse por cumplida si el hecho se produce por fuerza mayor, aunque literalmente se habría cumplido porque el hecho acaeció (v. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, p. 352. El autor relata el demostrativo ejemplo de un sujeto que promete algo a otro si éste va a residir a Roma -con el tácito propósito de tenerlo allí como corresponsal de un periódico- y más tarde el acreedor es apresado y conducido por un buen tiempo a esa ciudad). V. al respecto el art. 342 del Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998).

⁶⁷¹ Los arts. 534 y 535 del CC argentino lo disponen expresamente.

⁶⁷² Pero en doctrina extranjera se ha discutido la situación de una condición divisible, relativa a una obligación también divisible, que se divide entre los herederos del deudor (v. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, p. 345).

de el principio se ha plasmado en reglas se estima que son sólo de naturaleza interpretativa (de modo que las partes podrían alterar la y disponer, por ej., que un cumplimiento parcial de la condición dé lugar a exigir una parte del derecho condicionado.⁶⁷³⁻⁶⁷⁴

2º) *La retroactividad de los efectos del acto condicional*

En la exposición doctrinaria habitualmente difundida el tema es expuesto como el de "la retroactividad de la condición" y, advirtiéndose que constituye un problema, se manifiesta que disponer tal retroactividad significa que, al cumplirse, sus efectos rigen no sólo desde el cumplimiento, sino desde la celebración del acto condicional.

Esa exposición nos parece a lo menos equívoca. No se trata propiamente de una retroactividad de la condición; ni de una retroactividad de los efectos de la condición. La condición es sólo un hecho (futuro e incierto); por tanto, no produce substancia obligacional, es decir, no crea derechos (ni obligaciones correlativas) y, por lo mismo, no puede ser retroactiva. En ese sentido puede afirmarse que no produce efectos y, por tanto, mal puede haber retroactividad de efectos. Ella nada crea. Es un hecho condicionante que se agrega al acto condicionado. Los efectos emanan del negocio (contrato), que es el que crea la obligación. Tal es la fuente de esos efectos. Lo que la condición provoca es una suspensión (o extinción) de esos efectos. Su función, no substancial, es de catalizador de eficacia (o extinción). Se trata, pues, de determinar si, cumplida la condición, los efectos *del acto condicional* se producirán con o sin retroactividad al día de celebrarse. Y, en rigor, para definir esa disyuntiva hay que retroceder a un dilema previo.

En primer término hay que determinar *cuándo* surge el negocio que es la fuente de la obligación. En esa determinación temporal va a tener influencia la condición. Hay que definir si la condición llega a suspender el nacimiento del acto o sólo suspen-

⁶⁷³ Así, Borda, Guillermo. Ob. cit. Parte general, T. II, p. 265.

⁶⁷⁴ Sobre antecedentes históricos de la indivisibilidad y la situación de varias condiciones, se extiende Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, pp. 113 y sgts. Trata también el punto de la autoría de la condición: cuando consiste en un hecho del acreedor, del deudor o de cierto tercero, ¿puede ejecutarlo otro sujeto? Está discutido; parece predominar la solución que viene desde Pothier, conforme a la cual depende de la intención de las partes (con lo que el problema es de interpretación del contrato) y de la naturaleza del hecho, según sea o no personal.

de los efectos de un acto que ya nació. En el primer caso, no hay retroactividad posible, porque el acto ha nacido sólo ahora, al cumplirse la condición. En cambio, si con la condición estaban suspendidos sólo los efectos del acto, lo más natural es que se tengan por existentes desde antes, desde el nacimiento del acto, porque éles la fuente. En esta segunda alternativa, por cierto, la voluntad de las partes y el arbitrio legal pueden disponer que los efectos (habiendo nacido del contrato) cobren vigencia sólo desde el día del cumplimiento de la condición. Lo que es insostenible es que los efectos surjan de la condición, del hecho condicionante.⁶⁷⁵ Y la conclusión de si la condición suspende el nacimiento del acto (y por tanto de la obligación) o sólo suspende el nacimiento de la obligación de un acto ya nacido, se obtiene de la naturaleza del contrato y, si éste lo permite, considerando también la voluntad de los contratantes que imponen la condición.

En el derecho moderno, doctrina y textos legales en general, sin formular mayores aclaraciones, parten del supuesto de que la condición sólo suspende la eficacia del acto ya nacido y no que suspende el nacimiento del acto propiamente; y luego concluyen en la retroactividad.

Ubicados ya en ese supuesto, manteniendo aquella exposición que puede denominarse tradicional, los textos legales en algunas ocasiones se pronuncian declarando expresamente que "la condición" tiene (o no tiene) efecto retroactivo⁶⁷⁶ (casi siempre con excepciones a la regla general que implantan), y en otras ni siquiera formulan regla general, limitándose a regular temas específicos (si los frutos se deben desde ahora o desde que se celebró el acto, etc.).

Aplicada a las partes, la retroactividad de los efectos generalmente favorece al acreedor condicional y (correlativamente) perjudica al deudor condicional, en cuanto los actos celebrados por el segundo *mientras pendía* la condición no afectan al primero, pue-

aplicando la retroactividad se entiende que el deudor condicional nunca tuvo el derecho, como para disponer de él.

En estas circunstancias, la retroactividad trae consigo la necesidad de proteger a los terceros que ignoren la resolubilidad del derecho.⁶⁷⁷ Terceros pueden entrar en relaciones con un titular de un derecho aparentemente firme y posteriormente, cumplida la condición, se desencadenan los efectos que los alcanzarán debido a la retroactividad, percatándose ahora que el derecho era resoluble. La seguridad del tráfico impone la protección a la apariencia.⁶⁷⁸ En nuestra materia esta preocupación protectora se traduce en que al tercero que tiene la justificada convicción de que el derecho era firme la retroactividad le es inoponible. Para facilitar ese conocimiento de la resolubilidad se puede acudir a medidas de publicidad (como la inscripción de la condición en un registro público); cumplida la medida, se facilita la demostración de ese conocimiento, quedando en principio la resolubilidad oponible al tercero; y, a la inversa, mientras no se cumple, en principio le es inoponible. Exponiendo el punto con el lenguaje de la retroactividad (y siempre en principio): cumplida la medida, la retroactividad afecta al tercero; sin ella, no. Una despreocupación por los terceros, que simplemente serían siempre afectados por la retroactividad, produce situaciones injustas y, advertidas, expandirían la inseguridad, inhibiendo la contratación y la circulación de los bienes.

Evaluando las preferencias doctrinarias, se concluye que:

– Impuesta la condición a los efectos (no para el nacimiento del acto mismo), por cierto la retroactividad no constituye un carácter esencial del acto condicional; puede establecerse o no.

– El postulado de la retroactividad suele ser fundado en una interpretación de la voluntad de las partes. Se estima que al celebrarse el contrato condicional las partes entienden que de cumplirse la condición el acreedor tendrá el derecho desde el día del contrato. Pero, postulando una vigencia siempre restringida de la retroactividad, se ha negado esa suposición considerándosele adivinatoria, en términos que si las partes así lo quisieren, no se ve por qué no lo expresarían; y se le ve sólo como un mecanismo

⁶⁷⁷ A estos terceros generalmente se les llama "de buena fe" y entonces, naturalmente, a los conocedores de la resolubilidad se les llama "de mala fe". Más adelante nos rebelaremos en contra de esta última calificación, en cuanto indiscriminante.

⁶⁷⁸ Tal protección ya fue tratada al comienzo.

⁶⁷⁵ En estos términos se habría procedido en Roma. Tratándose de la *stipulatio*, un negocio formal, el negocio queda configurado al celebrarse, de modo que la condición sólo suspende el efecto obligacional, no la estipulación propiamente; entonces, cumplida la condición el efecto tiene que ser atribuido directamente e inmediatamente a la estipulación preexistente. En cambio, si se trata de un negocio consensual, en ellos la condición suspende el negocio mismo, de modo que éste existe cuando la condición se cumple y, así, es propio que la obligación exista sólo desde ahora (Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit. T. II, p. 37).

⁶⁷⁶ Así, por ej., el art. 1179 del CC francés, que dispone que sí lo tiene.

técnico que la ley emplea para explicar ciertos efectos que impone hacia el pasado y, por lo mismo, no debe ser elevado a regla general.⁶⁷⁹⁻⁶⁸⁰

– En la evolución de la materia parece prevalecer una actitud intermedia. Formalmente suele enunciarse el principio de la retroactividad, pero acto seguido se le agregan medidas protectoras de los terceros e incluso algunas excepciones de mayor o menor envergadura entre las partes. A este último respecto, son tantas que en ocasiones los efectos que se imponen sin retroactividad llegan a igualar y aun a superar a los que se imponen con retroactividad (quedando entonces consagrada la regla inversa).

– La descripción histórica no es pacífica. Con los textos disponibles los autores discuten la actitud adoptada en Roma. Parece predominar la conclusión de que se establecía la retroactividad, pero limitadamente.⁶⁸¹ Como aplicaciones no discutidas se señalan: la transmisión del derecho y de la obligación a los herederos respectivamente del acreedor y deudor, pendiente la condición (que en nuestros textos está consagrada en el art. 1492), y la vigencia de la hipoteca condicional, la cual, cumplida la condición, mantiene como su fecha la del contrato hipotecario (también dispuesto entre nosotros, en el art. 2413).⁶⁸²

– El CC francés (con la influencia de Pothier) en su art. 1179 dispuso: “la condición cumplida tiene efecto retroactivo al día en que se haya contraído la obligación”. Puede verse que, junto con ser clara, la regla es amplia, pero la doctrina ha discutido su alcance y, en todo caso, no se duda de varias excepciones. Le siguieron otros Códigos de su época, como el español (art. 1120)⁶⁸³ y el argentino (art. 543).

– Los Códigos del siglo XX adoptan una actitud intermedia, que más bien varía en la forma como se expone: se estampa la retroac-

⁶⁷⁹ Así, Colin, Ambrosio, y Capitant, H. Ob. cit. T. III, p. 371 y sgts. Estos autores agregan que las partes podrían expresar para su negocio cierto grado de retroactividad, que podría llamarse “convencional” (como lo permite el CC alemán), pero sin perjudicar a terceros.

⁶⁸⁰ V. también *RDJ*, T. 80, secc. 2ª, p. 126.

⁶⁸¹ Pero téngase presente una nota anterior en que hemos citado lo expuesto por Guzmán Brito.

⁶⁸² La decisión es importante, porque las varias hipotecas que pueden constituirse sobre un predio siempre se han hecho preferir en el orden cronológico de sus fechas (y, en Chile, son sus fechas las de sus respectivas inscripciones, conforme al art. 2477).

⁶⁸³ Referida especialmente a las obligaciones de dar.

tividad con excepciones o se rechaza con excepciones. Las salvedades más constantes que se introducen a la retroactividad, sobre todo en los más recientes, son: entre las partes, las derivadas de su voluntad y de la naturaleza del contrato y también es habitual que se mantengan los actos de administración; y, por cierto, las destinadas a la protección de los terceros. Así, por ej., en los Códigos alemán (arts. 158, 159 y 161), suizo (art. 151 inc. 2º), italiano (arts. 1357 y 1360), portugués (arts. 276 y 277), boliviano (arts. 497, 498, 501 y 502), peruano (art. 177), paraguay (arts. 324, 325 y 326); también en el Proyecto argentino de Código de Derecho privado Unificado, de 1998 (art. 340).

– Finalmente advirtamos que aquí, como en otras materias, la afirmación de que en un ordenamiento determinado existe o no una regla general, es importante para aplicarla en situaciones específicas no reguladas.

– En el derecho chileno también la solución es intermedia. Desde luego, se omitió declarar expresamente una regla general. Y simplemente se procedió a regular específicamente los principales temas en los que se requiere pronunciamiento.

Ante este estado legal se ha discutido la existencia de una regla general. Se ha concluido que existe y que es la de la retroactividad, calificando de excepciones a las varias situaciones en que ella es repudiada. Como argumentos se mencionan: el histórico, en cuanto varios autores de la época del Código (como Pothier, Savigny, Delvincourt) y varios Códigos de los que sirvieron de modelo al nuestro (como el francés, el austríaco, el holandés, el prusiano, el suizo del Cantón de Vaud) adoptaban la retroactividad; y diversos textos legales que la consagran, fuera del título de las obligaciones condicionales (como los arts. 77, 2413, 1070) y dentro de este título (que se irán mencionando aquí).⁶⁸⁴ Se ha afirmado lo contrario, en base a los preceptos que dan soluciones opuestas a la retroactividad (y que ya se han mencionado).⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ Así, Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., pp. 152 y sgts. (este autor agrega que las legislaciones más modernas tienden a suprimir la retroactividad, lo que, como se ha visto, no es tan categórico); Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N°s 123 y sgts., pp. 128 y sgts., quien acude a la definición de obligación condicional y a la circunstancia de que la ley reconoce un derecho condicional y una obligación condicional que se transmiten a los respectivos herederos; Stitckhin, David. Ob. cit., pp. 121 y 173; Meza Barros, Ramón. Ob. cit., p. 82.

⁶⁸⁵ Así, Somarriva, Manuel, en Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. *Obligaciones*, p. 70.

Por nuestra parte, examinadas las reglas, estimamos que así como no hay regla general declarada, tampoco es posible deducirla, ya que, comparadas, las situaciones en que se acoge y en que se rechaza quedan bastante equilibradas. En estos términos, si se presenta una situación no regulada, no queda otra alternativa que entregarla a la prudencia del juez, que considerará el caso y la solución de las situaciones regladas más semejantes.

El examen de los Proyectos demuestra que el redactor vaciló notablemente entre diversas alternativas.

El cuadro de situaciones es el siguiente:

a) Se acoge la retroactividad:

– En cuanto a la pérdida fortuita de la cosa y a su deterioro, aumentos y mejoras (art. 1486). Se trata del riesgo de la cosa a que se refiere la obligación condicional (o el estado en que se debe entregar la cosa cumplida la condición; se tratará luego con más detenimiento).

– En cuanto a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones condicionales (art. 1492), el texto dispone que pendiente la condición, el derecho y la correlativa obligación condicionales se transmitan respectivamente a los herederos del contratante fallecido. Se tiene entendido que ésta es otra manifestación de acogimiento de la retroactividad,⁶⁸⁶ porque, como se ha dicho, pendiente la condición, el acreedor sólo tiene una expectativa de adquirir un derecho y se considera que esa expectativa normalmente sería intransmisible; entonces, al establecerse la transmisibilidad, esa decisión se justificaría por la retroactividad. Estimamos que la explicación no es concluyente. Desde luego, en general no hay poderosa razón para imponer que la expectativa se transmita o no se transmita; así, en definitiva se decide por arbitrio legal (en el fideicomiso se estableció que es intransmisible). Y si se estableció aquí que se transmite, no tiene que explicarse necesariamente por la retroactividad de la condición; también podría ser, por ej., por el principio de continuidad hereditaria, conforme al cual todo el patrimonio del causante se transmite a los herederos, que se estiman continuadores del causante.

– En la hipoteca condicional (art. 2413), en la que, cumplida la condición, la hipoteca se tiene por constituida desde su inscripción.

– En los efectos respecto de terceros (arts. 1490 y 1491). Conforme a estas disposiciones, las enajenaciones y gravámenes efectua-

dos por el deudor condicional quedan sin efecto, solución que se explica por la retroactividad; se entiende que él nunca tuvo el derecho o, en otro sentido, que siempre, desde la celebración del contrato, lo tuvo el acreedor condicional; si se estimare que lo tiene sólo desde el cumplimiento de la condición, lo cual implica que entretanto lo tenía el deudor condicional, las enajenaciones y gravámenes efectuados por éste se deberían mantener. Es cierto que esa ineficacia se altera, manteniéndose las enajenaciones y gravámenes, respecto de los llamados terceros de buena fe, pero es debido a la aplicación del principio de protección a la apariencia, que impone protegerlos para salvaguardar el tráfico (como ya lo anunciamos).⁶⁸⁷

b) Se rechaza la retroactividad:

– En cuanto a los frutos (arts. 1488, 1078 inc. final y 1338 regla 1ª). Es la situación más clara. Con la retroactividad, los frutos percibidos durante la pendencia de la condición serían del acreedor condicional; pero se confieren al deudor.

– Las excepciones contempladas en protección de los terceros (arts. 1490 y 1491) son también mencionadas como un rechazo de la retroactividad,⁶⁸⁸ pero, tal como lo hemos dicho, más bien pueden explicarse por la necesidad de limitar la retroactividad en protección de los terceros que de buena fe se guían por la apariencia. De hecho, importan atenuación de la retroactividad.

– Se tiene generalmente entendido que los actos de administración del deudor condicional se mantienen firmes (el art. 758 lo dispone así para el fideicomiso). El rigor de la retroactividad impediría dejarlos también sin efecto.⁶⁸⁹⁻⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ Sobre la aplicación de la retroactividad, puede verse *RDJ*, T. 80, secc. 2ª, p. 126.

⁶⁸⁸ Aunque, al menos en alguna medida, la solución podría también explicarse porque fue el deudor quien asumió el costo de la producción de esos frutos. Pero, en rigor, si se hubiere acogido la retroactividad en este punto, esa decisión conduce a la conclusión de que los frutos serían del acreedor condicional, con cargo de pagar al deudor condicional los gastos de producción.

⁶⁸⁹ Así, Abeliuk, René. Ob. cit. T. I., p. 400. El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) declara expresamente que quedan firmes (art. 344, inc. final).

⁶⁹⁰ Se suele mencionar como ejemplo de estos actos al arrendamiento (celebrado por el deudor condicional con un tercero). Porque suele ocurrir, conviene advertir que si se tratara de un arrendamiento por largo plazo, más otros antecedentes (como el precio pagado al contado al celebrarse el contrato), podrían dejar al contrato impugnabile en cuanto podría constituir una enajenación simulada o, debido a sus peculiares caracteres, un acto dispositivo y no administrativo. Debe examinarse el caso. La situación puede presentarse a propósito de muchas otras materias.

⁶⁸⁶ Así, Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 400.

3°) *El riesgo de la cosa en la obligación condicional*

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el contrato condicional, como de cualquier otra categoría, no siempre se refiere a una cosa (también puede referirse a un hecho o a una abstención). Lo que sigue se aplica a las situaciones en que está referido a una cosa.

Cumplida la condición, el deudor debe entregar la cosa al acreedor. Si se trata de una cosa indeterminada de cierto género no surgen dificultades de importancia. Pero si se trata de una especie o cuerpo cierto, durante el tiempo de pendencia de la condición pueden ocurrirle diversas alteraciones (beneficiosas o perjudiciales). Se trata entonces de determinar en qué estado debe ser entregada, si es del caso con substitución indemnizatoria. Esta última expresión se justifica en el sentido de que en ciertas situaciones, como en el aumento, si debe ser incluido, no habría inconveniente en entregar el aumento; en cambio, si hay un deterioro y no debe sufrirlo el acreedor, como es irremediable, no queda otra alternativa que la de que el deudor debe indemnizar.

Esos cambios se concretan en: destrucción de la cosa, deterioro y disminución (llamada a veces pérdida parcial), frutos, mejoras y aumentos, enajenación o gravamen (este último capítulo se tratará más adelante).

a) Los aumentos y mejoras son del acreedor

Tal como ya se advirtió, es aplicación de la retroactividad (art. 1486). Respecto de las mejoras, la regla no parece ecuaníme. Al menos las necesarias debería pagarlas el acreedor. Aunque la situación tiene algunas diferencias, en las prestaciones mutuas de la acción reivindicatoria el reivindicador triunfante debe pagar las mejoras necesarias al poseedor vencido incluso de mala fe (arts. 901 y sgts.). Debe tenerse presente que, por su naturaleza, las necesarias tendría que haberlas efectuado igualmente el acreedor condicional si la cosa hubiere estado efectivamente en su poder.⁶⁹¹

⁶⁹¹ Podría concluirse que para el acreedor condicional habría un enriquecimiento injustificado. Con todo, tal como se dijo al tratar este principio, la doctrina generalmente lo excluye cuando se produce en el ámbito de un contrato. Conclusión que en todo caso no nos parece del todo convincente.

Por otra parte, tal vez la decisión de dejar las mejoras de cargo del deudor condicional podría explicarse por el uso y goce de la cosa que en el tiempo intermedio está teniendo el deudor, el cual, admitida la retroactividad, en definitiva estuvo disfrutando de una cosa ajena; a menos que este disfrute esté compensado con el de la prestación recíproca.

b) Los frutos son del deudor

Así está dispuesto en varios textos (arts. 1488, 1078, aplicable por los arts. 1493, 1338 regla 1ª). Se contemplan allí eventuales excepciones (una excepción por ley es la del art. 1875).

c) Los deterioros y disminuciones de la cosa los sufre el acreedor

La situación es llamada también de pérdida parcial de la cosa. La sufre el acreedor; salvo que sea culpable (art. 1486).

Cuando es fortuita, junto con la pérdida total la situación configura la llamada "teoría del riesgo" (que en términos generales regula el art. 1550 y que procede examinar más adelante).

Al tratar la teoría del riesgo se dirá que con ella se trata de determinar quién soporta la pérdida (total o parcial) de la especie que debe darse, antes de ser dada (en el tiempo intermedio entre que nació la obligación de darse y el instante en que efectivamente se da). También allí se dice que al respecto hay un principio generalmente aceptado: las cosas perecen (en el sentido de que deben perecer) para su dueño. Y se agregará que en el derecho chileno (conforme al art. 1550) el riesgo lo sufre el acreedor, lo que significa que el deudor obligado a entregarla queda liberado (y, en cambio, el acreedor mantiene su obligación recíproca). Esa solución es objetada, porque se aparta del principio, ya que el acreedor aún no es dueño de la cosa (porque no se le ha tradido).⁶⁹² Aquí, cuando la obligación es condicional, para la pérdida parcial el art. 1486 inc. 2° repite que lo soporta el acreedor (condicional). El riesgo lo soporta el acreedor porque el texto dispone expresamente que por la disminución o deterioro no tiene derecho a pedir disminución del precio (pero insistimos en que es así *si la pérdida es parcial* -inc. 2°-, porque en la pérdida total -inc. 1°- surge una duda que se verá pronto). Como debido a la retroactividad se le reputa dueño en el tiempo intermedio, aquí resulta aceptable que el riesgo lo sufra él.⁶⁹³ En otros términos, hay coherencia de la solución con el principio. Pero estemos advertidos que esa coherencia es debida a la retroactividad (si la retroactividad se excluyera, la coherencia se rompería).

Si los deterioros o disminuciones son culpables, los sufre el deudor (lo que también es aceptable, como antes se dijo; en este punto, el art. 1486 presenta armonía con el próximo 1489; también con la regla que para el pago contempla el art. 1590).

⁶⁹² Por nuestra parte matizamos esa crítica, como se dirá.

d) La pérdida de la cosa la sufre el acreedor

Aquí llegamos a la segunda parte de la teoría del riesgo en la obligación condicional; la situación de pérdida total.

Cuando en el contrato bilateral la obligación de dar o entregar una especie es sometida a condición y la especie se destruye fortuitamente estando pendiente la condición, ¿persiste la obligación recíproca o también se extingue?

La doctrina extranjera ha comentado bastante el tema, el cual constituye la teoría general del riesgo, con una complicación adicional: la existencia de la condición. Parece predominar la conclusión de que la obligación recíproca también se extingue.⁶⁹⁴

En el derecho chileno la situación está perturbada, porque el precepto está inconcluso (art. 1486 inc. 1°).

En primer lugar, para la específica situación de la compraventa condicional hay norma especial (art. 1820 parte final, aplicable a la permuta condicional por el art. 1900); aquí claramente el riesgo es del deudor condicional.⁶⁹⁵

Excluida entonces la compraventa condicional (y la permuta condicional), la regla dispone que si la cosa perece sin culpa del deudor (la pérdida es fortuita), se extingue la obligación. El deudor queda liberado. Pero se omitió expresar lo más importante para conocer definitivamente la respuesta a la interrogante de quién es

⁶⁹³ Trayendo a relato el modo (tradición), nótese lo que ocurre con la retroactividad. Se otorga el título (contrato condicional); más tarde la condición se cumple; ahora se efectúa la entrega (tradición) del deudor al acreedor. La retroactividad se refiere al título, lo cual significa que la obligación existe desde que se celebró el contrato, pero el traslado del dominio se ha efectuado sólo ahora. Entonces, para entender que el adquirente es dueño desde el contrato no es suficiente acudir a la retroactividad de la condición; es necesario acudir a otra retroactividad: la del traslado del dominio desde el día en que se efectuó la tradición al día en que se celebró el contrato. Y esta retroactividad (que es tema del derecho de cosas) nunca ha quedado definitivamente clara en nuestro derecho. El art. 682 inc. 2° parece dirigido más bien a la irretroactividad, porque la lleva sólo hasta la tradición; no hasta el contrato; pero, como se verá, los arts. 1490 y 1491 funcionan más bien con la retroactividad al día del contrato.

⁶⁹⁴ Llegándose a postular que la obligación recíproca quedaría sin causa. Pero entre los exégetas, que generalmente comparten aquella solución, destaca la discrepancia de Laurent (cuya opinión es transcrita y comentada entre nosotros por Claro Solar y Vío Vásquez, a quienes citaremos con precisión pronto; al relatar el derecho nacional).

⁶⁹⁵ Advertimos desde luego que en la situación dudosa que se verá a continuación, esta norma clara dada para la compraventa puede ser usada —es frecuente en situaciones semejantes— como argumento en favor de encontradas soluciones

el riesgo: *qué ocurre con la contraprestación*; es decir, qué ocurre con la obligación que por su parte tiene el acreedor condicional. Se recordará que en la pérdida parcial el texto (art. 1486 inc. 2°) dispone que el deterioro lo sufre el acreedor, aclarando que no tiene derecho a rebaja del precio. Acá en cambio no formula la aclaración. Es discutible. Entre nosotros igualmente predomina la solución de que también se extingue la obligación recíproca y, por tanto, que el riesgo es del deudor condicional. Como fundamento se menciona el precedente histórico y particularmente una nota del redactor en el Proyecto de 1853, en la que cita a Pothier, quien así lo propiciaba. En definitiva, esta postura entiende la expresión "se extingue la obligación" (del art. 1486 inc. 1°) en el sentido de que se extingue el contrato en su totalidad. Al no poder exigir la contraprestación, él sufre la consecuencia de la pérdida.

Si la pérdida es culpable (y con mayor razón si es dolosa), el deudor es obligado al precio y a la indemnización (art. 1486).⁶⁹⁶

Debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 1486 inc. final, a la que, por lo razonable, se le tiene por norma de aplicación general.⁶⁹⁷

B. EL EFECTO SUSPENSIVO

Llámase efecto suspensivo a las consecuencias que en la obligación condicional se derivan para el acreedor condicional; es decir, para el sujeto que mientras pende la condición tiene una expectativa y que al cumplirse le nace el derecho.

Para examinarlas conviene distinguir entre los diversos estados.

— Pendiente

— No han nacido ni el derecho ni la obligación correlativa. Por tanto: 1° El acreedor no puede exigir el cumplimiento (art. 1485).

2° Si el deudor paga, paga lo no debido y puede pedir restitución (art. 1485). 3° El acreedor no puede ejercitar la acción paulana por actos del deudor que le perjudiquen (art. 2468). 4° Al

⁶⁹⁶ Aunque el texto no expresa que si el contrato es bilateral alternativamente pueda pedir la resolución, estimamos que tiene esa posibilidad; es la consecuencia natural y habitualmente consagrada en situaciones equivalentes; para la pérdida parcial lo dispuso en el inc. siguiente; entonces, sería absurdo que pudiera en la parcial y no en la total.

⁶⁹⁷ V. al respecto, *RDJ*, T. 36, p. 28.

no haber obligación exigible: no ha comenzado a correr la prescripción extintiva (art. 2514); no es posible novar (art. 1633); no puede operar la compensación (art. 1656); el deudor no está en mora.

– El vínculo jurídico existe (recuérdese lo dicho en orden a que éste es un supuesto del que generalizadamente se parte; así también estamos procediendo aquí; pero la posibilidad de que la existencia misma del contrato quede subordinada al evento es concebible).

Cuando la única obligación generada es la condicional, es poco lo que hay, pero el contrato como acuerdo vinculante existe. Esto implica que los requisitos de existencia y validez deben estar presentes al tiempo de la celebración. Por lo mismo, ninguna de las partes puede retractarse o desvincularse unilateralmente. Las normas aplicables, incluso las concernientes a la obligación condicional y a la condición misma, son las vigentes al tiempo de su celebración (conforme al art. 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes).⁶⁹⁸

– El (potencial) acreedor tiene una expectativa.

Ni más ni menos. No tiene el derecho, pero tiene algo: la expectativa de tener el derecho; a ese rudimento que emerge con el contrato suele llamársele “germen” de derecho. Este germen o entidad potencial explica dos efectos que la ley establece:

1º. El acreedor condicional puede solicitar medidas conservativas para protegerlo (arts. 1492 inc. final, 721 inc. 2º en el fideicomiso y 1078 inc. 1º en las asignaciones testamentarias condicionales). La ley no dispone en qué han de consistir esas medidas. Entonces será el juez quien las determine. Van a depender de la naturaleza de la agresión que se tema (podrían ser, por ej., la confección de un inventario, la designación de un interventor, el nombramiento de un depositario al que se entregue la cosa, el otorgamiento de una caución, etc.).

⁶⁹⁸ Ya dijimos que aquí debe encontrarse el verdadero fundamento de la retroactividad y que no es propio expresar “retroactividad de la condición”, sino de los efectos del acto condicional. Asimismo, lo recién dicho en el cuerpo debe entenderse como afirmación en principio, porque es concebible que, en cierto acto (por su naturaleza o por la voluntad de las partes, como se encargan de advertir los Códigos modernos ya citados) lo que quede en suspenso sea el acto mismo (y ahí la retroactividad no se justifica). Tal como ya se dijo en el cuerpo, conforme a su contexto, el CC chileno en general parece partir del supuesto de que el acto se formó y sólo quedan en suspenso los efectos o alguno de ellos.

2º. La expectativa y la eventual obligación correlativa se transmiten a los respectivos herederos (art. 1492 inc. 1º).⁶⁹⁹ Pero esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias ni a las donaciones entre vivos (arts. 1492 inc. 2º, 1078 inc. 2º, 962 inc. 2º, 1390 inc. 2º). Si pendiente la condición fallece el potencial asignatario o donatario, se extingue la posibilidad. Estas excepciones se justifican por tratarse de actos gratuitos que se celebran en precisa consideración a la persona beneficiada.

– Fallida

Se extingue la expectativa (y la correlativa potencial obligación). De resoluble, el derecho del deudor condicional pasa a quedar firme (absoluto). Por lo mismo, las medidas conservativas que puedan haberse impuesto habrán de alzarse⁷⁰⁰ y todo lo obrado por el deudor condicional queda también firme.

– Cumplida

Nace el derecho y la correlativa obligación. Por tanto: 1º) El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación; si es necesario, forzado. 2º) Si el deudor pagó mientras la condición estaba pendiente, ya no puede repetir (art. 1485 inc. 2º). 3º) Al ser

⁶⁹⁹ Frecuentemente esta transmisión se explica por la retroactividad de la condición. Pero no es indispensable. Concebido con amplitud el principio de continuidad del causante en sus herederos, acoge estas entidades en la transmisión hereditaria.

⁷⁰⁰ Aunque, como se destacará pronto, el efecto principal de la condición (ordinaria) se produce de pleno derecho (y, por tanto, acudiendo a la accesoriedad, podría concluirse que también de pleno derecho se producen las consecuencias secundarias), estimamos que habiendo impuesto el juez las medidas conservativas, a él tendrá que pedirse el alzamiento, quien lo decretará constatada la falencia. Por lo demás, no podría el afectado con las medidas hacerse justicia por sí mismo. El efecto principal, el nacimiento del derecho en el cumplimiento, o la extinción de la expectativa en la falencia (y el efecto correlativo en la contraparte) se producen de pleno derecho y en esto no hay tropiezo con el repudio a la autotutela, porque se trata de la generación de un producto jurídico (inmaterial), pero ahora se trata de extraer consecuencias concretas y materiales, que requieren de constataciones fácticas, todo lo cual requiere de la autoridad jurisdiccional.

Por lo mismo es que, como se dirá al comentar la circunstancia de que el efecto principal se produce de pleno derecho, este carácter sirve para conformar el cuadro de efectos (y sacar cuentas) e incluso se llegará a trabajar en concreto con él siempre que no se discuta (como es por lo demás lo habitual); pero si se forma conflicto (por ej., si se discute si el hecho acaeció o no), la necesidad de acudir al tribunal es inevitable (llámese “constatación”, “declaración” o de alguna otra forma, tendrá que llegarse a la mortificante demanda judicial).

exigible la obligación, surgen variadas consecuencias, como que comienza a correr el plazo de prescripción, el deudor puede ser constituido en mora, se puede novar, se puede compensar, el acreedor puede ejercitar la acción pauliana, etc. 4°) En cuanto a la retroactividad, se aplica lo que ya se ha expuesto. 5°) Debe entregarse la cosa debida bajo la condición.

Acerca del estado en que debe ser entregada (aumentos, disminuciones, deterioros, mejoras, pérdida, frutos, actos de administración), también ya se ha descrito; y en cuanto a la suerte de las enajenaciones y gravámenes, se verá pronto.

Por cierto, al acto de entrega se aplican las reglas generales. En ella será decisiva la naturaleza del título. Generalmente el contrato condicional es un título traslativo de dominio (por ej., una compraventa condicional). Entonces, deberá efectuarse la tradición (cuya forma dependerá de la naturaleza de la cosa, mueble o inmueble) y la entrega material. Si impone sólo conferir la mera tenencia (como un arrendamiento condicional), continuará sólo la entrega material.⁷⁰¹

C. EL EFECTO RESOLUTORIO

En la obligación condicional, llámase efecto resolutorio a las consecuencias jurídicas que se derivan para el deudor condicional, es decir, para el sujeto que mientras pende la condición tiene un derecho resoluble y que al cumplirse se le resuelve (art. 1479, el cual denomina —estimamos que impropriamente— “condición resolutoria” a lo que preferimos denominar efecto resolutorio de la condición).

Suele destacarse la importancia del efecto resolutorio (o, como suele decirse siguiendo al Código, de la “condición resolutoria”) considerando que en esta materia aparece —como lo veremos— la denominada “condición resolutoria tácita”, de frecuente ocurrencia, trascendental impacto. Pero conviene hacer presente que esa importancia es poco más que local. Es debido a que en el Código (siguiendo el precedente francés) el cumplimiento o incumplimiento del contrato bilateral es tratado como una condición, aplicándosele mu-

chos efectos de ella.⁷⁰² En general los Códigos del siglo XX, prescindiendo de la incertidumbre que el cumplimiento envuelve (que acontece en casi todo hecho futuro), regulan la materia en el efecto de las obligaciones o de los contratos.

Derivado de lo anterior, y con lo prescrito principalmente en el art. 1489 —conforme al cual en los contratos bilaterales va envuelta la condición no cumplirse lo pactado—, para el estudio del efecto resolutorio en Chile se acostumbra distinguir tres situaciones: la condición resolutoria ordinaria, la condición resolutoria tácita y el pacto comisorio. En coherencia con lo antes expuesto, en el sentido de que no se justifica emplear las expresiones “condición suspensiva” y “condición resolutoria”, porque esos adjetivos indican los efectos de una sola condición, tampoco estimamos procedente emplear aquí las habituales expresiones de “condición resolutoria ordinaria” y “condición resolutoria tácita”. Sí se justifica distinguir entre condición ordinaria y tácita, porque se trata de distintos acontecimientos, los cuales además producen diversos efectos.

Resultado de aquella prevención es que por nuestra parte para la distinción empleemos estas expresiones: efecto resolutorio derivado de la condición ordinaria, de la condición tácita y del pacto comisorio (que en todo caso producen asimismo el correlativo efecto suspensivo para la contraparte; pero, en general, el efecto suspensivo ya fue examinado y ahora estamos ubicados en la posición del contratante, para quien el efecto es resolutorio).

El efecto resolutorio derivado de la condición ordinaria consiste en la extinción del derecho por haberse cumplido un hecho futuro e incierto que no sea el incumplimiento del contrato.

El efecto resolutorio derivado de la condición tácita consiste en la extinción del derecho por haberse cumplido el hecho futuro e incierto consistente en el incumplimiento de lo pactado en un contrato bilateral.

El efecto resolutorio derivado del pacto comisorio consiste en la extinción del derecho por haberse cumplido el hecho futuro e incierto expresamente previsto y consistente en el incumplimiento de lo pactado en un contrato bilateral.

⁷⁰¹ Si el deudor no efectúa la entrega voluntariamente, se acudirá al tribunal para que constate el cumplimiento de la condición y ordene la entrega.

⁷⁰² Así se procedió en el Código francés, influido por Pothier; más aún, distanciándose de los orígenes, recién fue este autor quien planteó el incumplimiento como una condición (v. Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Ob. cit. Parte II, vol. III, p. 344).

1. *El efecto resolutorio derivado de la condición ordinaria* (Condición resolutoria ordinaria)

Debe examinarse en los diversos estados en que puede encontrarse la condición.

- *Pendiente*

El derecho existe y produce todas sus consecuencias, pero está sometido al evento de resolverse si se cumple la condición; es un derecho resoluble. Si el contrato versa sobre una cosa, el que la tiene, el eventual o potencial deudor, deudor condicional, tiene todos los derechos que le confiere su título, pero con las limitaciones que se imponen por tratarse de un derecho resoluble, con la posibilidad de tener que transferirla o restituirla.

- *Fallida*

Al fallar la condición, el derecho del deudor condicional se afirma, se convierte en puro o simple; si el contrato versa sobre una cosa queda como propietario absoluto, por lo que los actos que haya celebrado, incluidas enajenaciones y gravámenes, quedan firmes.

- *Cumplida*

Como los efectos resolutorios derivados del cumplimiento de la condición son comunes a las tres variedades (ordinaria, tácita y pacto comisorio), se examinarán al final, luego de tratar de ellas en especial luego de determinar cómo opera cada una, es decir en qué circunstancias se desencadenan esos efectos.

Como síntesis, por ahora baste decir que, al cumplirse, se extingue el derecho del deudor condicional; el derecho, que era resoluble, se resuelve; se extingue por resolución. El art. 1567, que enumera los modos de extinguir las obligaciones, menciona a la condición resolutoria como uno de esos modos. Al extinguirse su derecho, si versa sobre una cosa, nace su obligación de restituir (art. 1487), aplicándose en esa restitución las normas ya examinadas sobre aumentos, disminuciones, deterioros, etc.

Determinar la forma *como opera* significa responder la interrogante de en qué circunstancias se desencadenan los efectos (resolutorios) derivados del cumplimiento de la condición, es decir, si para la generación de los efectos basta el acaecimiento del hecho en que consiste o se requiere de algún otro requisito o acontecimiento. En términos más concretos, limitándonos a las alternativas concebibles en nuestro ordenamiento, se trata de determinar

si opera de pleno derecho (por la sola circunstancia de acaecer el hecho) o se requiere además de una sentencia judicial declarativa.

La condición ordinaria opera de pleno derecho. Así se entiende unánimemente en doctrina y jurisprudencia.⁷⁰³ Pero, como ya se ha dicho, si alguna de las partes no se somete voluntariamente, quien estima que se ha cumplido y que por tanto deben aplicarse los efectos, tendrá que acudir al tribunal pidiendo al juez que constate el cumplimiento de la condición y que ordene la aplicación de los efectos (por ej., que se entregue la cosa que se debía bajo la respectiva condición). Operando de pleno derecho, esos efectos se producen desde el instante de cumplirse la condición y no desde la sentencia (con o sin retroactividad al día del contrato condicional es un punto que ya se trató y que, como se dijo, depende del efecto específico de que se trate).

No hay norma que expresamente disponga que opere de pleno derecho, pero el acuerdo en tal sentido se ha producido porque de varios textos se deriva claramente esa conclusión. a) El art. 1479 define la condición resolutoria como la que extingue el derecho y no como la que permite al acreedor pedir que se declare extinguido. b) El art. 1487 dispone que cumplida la condición resolutoria deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición sin exigir declaración judicial, declaración que sí exige el art. 1489 para la tácita.

Por otra parte, de la circunstancia de que opera de pleno derecho se deriva también que sus efectos tienen general vigencia, de modo que quien tenga interés en cualquiera de esos efectos puede demandarlos sin que esté detenido por los efectos relativos de la sentencia (art. 3°); la producción de efectos emana de la sola circunstancia de haberse cumplido la condición con apoyo inmediato en la ley y no en una sentencia que así lo haya declarado (en todo caso, nuevamente hay que advertir que la falta de sometimiento voluntario en la práctica impone la necesidad de acudir al tribunal, pero en demanda de constatación y sometimiento forzado, y con eficacia desde el acaecimiento del hecho).

Por último, aunque pueda haber quedado claro (y por lo mismo frecuentemente no se expresa en los textos de doctrina), conviene puntualizar que lo que surge de pleno derecho es el derecho personal, no el real. Apliquemos lo dicho a condiciones referidas

⁷⁰³ Pueden verse varios fallós en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, T. IV, 2ª edic., jurisprud. al art. 1489, N° 24, p. 119.

a la transferencia de cosas: Pedro dará a Juan un libro si... Al cumplirse la condición y operar ella de pleno derecho, nace el derecho de Juan; pero el derecho a la cosa; el derecho a exigir la cosa no el derecho sobre la cosa; en otros términos, el derecho a que se le entregue en tradición, lo cual falta y debe efectuarse; sólo ahora, cuando la cosa sea tradida, nacerá en Juan el derecho real de dominio sobre la cosa; sólo ahora será dueño de la cosa. La circunstancia de contratar bajo condición no excluye la vigencia de la dualidad (título-modo). Se trata de un *título* condicional. Para lograr el efecto real falta el modo.

2. El efecto resolutorio derivado de la condición tácita (Condición resolutoria tácita). La resolución del contrato por incumplimiento

Está contenida en el art. 1489 (y de allí emerge su concepto). Con esta regla, el Código chileno (como el francés, y éste por una explicación histórica según se dirá pronto) decide tratar el tema de la resolución del contrato por incumplimiento no en los efectos de las obligaciones, sino aquí, en las obligaciones condicionales (más unas reglas especiales para el pacto comisorio consignadas en un determinado contrato, la compraventa), concibiendo el incumplimiento en los contratos bilaterales como un hecho futuro e incierto, como una condición, aplicándole las normas de ésta. Como se dispone que "va envuelta", es calificada de tácita. Y al estar concebida en cuanto posibilidad de que el deudor incumpla, con la consecuencia de la resolución del contrato, es explicable que se le califique de resolutoria.

Con lo visto hasta aquí, en extrema síntesis podemos decir que la resolución del contrato puede producirse: porque habiéndose introducido una condición, ella se cumplió, o porque el contrato se incumplió. Entre nosotros, en ambos casos se cumplió una condición (que llamamos ordinaria en la primera situación y tácita en la segunda).

Limitándonos ahora al incumplimiento, puede apreciarse que el *tema substantivo* es la resolución del contrato por incumplimiento, y la *forma* que entre nosotros adopta su regulación es la de una condición tácita, la cual está implantada —consecuentemente— en el título de las obligaciones condicionales. En este estado, en nuestro medio la materia tiene que ser desenvuelta —como se verá— sobrellevando simultáneamente esa dualidad. El tema substantivo es

por cierto, de consagración universal; aquella forma, en la actualidad está generalizadamente abandonada.⁷⁰⁴

Aparte del grado de ficción que contiene la decisión descrita, se presenta con rasgos excepcionales y forzados respecto del ambiente en el que se inserta y genera algunos inconvenientes de diversa naturaleza.⁷⁰⁵

— Desde luego, si el deudor incumple, la contraparte puede pedir que el contrato quede sin efecto (y por tanto él dejará también de cumplir), de modo que junto con el efecto resolutorio de la *obligación*, quedará resuelto el *contrato* en su integridad.

— Se irá observando que en algunos conflictos que surgen en la configuración de la facultad de pedir la resolución y en sus efectos; se llegan a aducir argumentos derivados de la sola circunstancia de que se trata de una condición y de que, por tanto, han de aplicarse las reglas de esta modalidad.

— A diferencia de lo que acontece en la condición ordinaria, aquí el efecto que se produce al cumplirse la condición está a su vez condicionado por la voluntad del acreedor, porque la ley le ofrece una alternativa (y en cuanto se trata de eventual resolución por incumplimiento es natural que se la conceda): pedir el cumplimiento. De modo que si el acreedor opta por pedir el cumplimiento, no se desencadenarán los efectos normales de la condición cumplida. Esta situación de configurar alternativas (de pedir cumplimiento o resolución) resulta natural en la regulación del incumplimiento contractual, pero extraña en el ámbito de las condiciones. Ciertamente, es consecuencia de tratar al incumplimiento contractual como una condición. Si, prescindiéndose de que se trata de una incertidumbre, la regulación del incumplimiento se lleva a su sede más natural, el efecto de las obligaciones, la entrega de aquella opción a la contraparte cumplidora nada deja en la extrañeza.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ Por explicaciones didácticas y de gestación de este trabajo hemos mantenido en su tratamiento la ubicación del Código.

⁷⁰⁵ Consistiendo el evento en la posibilidad de que el contrato se incumpla, se produce la particular situación de que la condición "se cumple" cuando la obligación "se incumple".

⁷⁰⁶ Si se tratara de una auténtica condición, al producirse el incumplimiento lo natural sería que la resolución del contrato (o de la obligación) tendría que producirse de pleno derecho, y para derivar consecuencias tal resolución podría ser alegada (o aducida) por cualquiera de las partes (v. al respecto Avila Navarro, Pedro: "Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, nov.-dic. Madrid, 1944, p. 2582).

Con lo expuesto, la condición tácita puede ser definida como el hecho futuro e incierto consistente en el incumplimiento de alguna de las obligaciones generadas por el contrato bilateral, en el cual siempre va envuelta (el efecto resolutorio de esta condición tácita ya se definió anteriormente).⁷⁰⁷⁻⁷⁰⁸

Se tiene entendido que el derecho romano no concibió la resolución con las actuales características; se permitía pedir sólo el cumplimiento. Pero (sobre todo ante la peligrosa situación de los vendedores cuando no se les pagaba el precio) en cierto estado de la evolución surgió la alternativa para la compraventa (mediante la llamada *lex commissoria*) consistente en una estipulación de los contratantes por la cual el contrato quedaba sin efecto si el comprador no pagaba el precio. Luego, cuando surgieron los pactos innominados, en ellos se comenzó a reconocer el derecho del acreedor a dejarlos sin efecto pudiendo pedir la restitución de lo dado, cuando no obtenía la contraprestación. Posteriormente, mayor consagración logró en el derecho canónico, por equidad, consideración a la palabra empeñada e interdependencia de las prestaciones. Más tarde insistiéndose más en la voluntad de las partes, fue adoptando la forma de una condición tácitamente incorporada en todo contrato bilateral, y en este estado la acogió el CC francés (art. 1184), del cual fue tomada por el nuestro.⁷⁰⁹⁻⁷¹⁰

Por otra parte, examinado el punto desde el solo ángulo del incumplimiento, puede verse que la resolución no deriva directamente del incumplimiento; el orden es: el incumplimiento provoca la opción y, surgida la opción, el ejercicio de la alternativa resolutoria provoca la resolución.

⁷⁰⁷ V., al respecto, *RDJ*, T. 92, secc. 2ª, p. 7.

⁷⁰⁸ Aunque el art. 1489 dispone que el puro incumplimiento confiere al acreedor la opción de pedir el cumplimiento o la resolución y en cualquier caso con indemnización de perjuicios, más adelante, y con más detalle posteriormente, en los efectos de las obligaciones, se verá que para configurar la alternativa con la indemnización, se requieren otros elementos, señaladamente la imputabilidad (que el incumplimiento se haya producido con dolo o culpa).

⁷⁰⁹ Pero debe destacarse una importante diferencia, en cuanto el Código francés permite al juez que confiera al deudor, en ciertas circunstancias, un último plazo ("plazo de gracia") para cumplir. Esa posibilidad entre nosotros no existe; al contrario, se consignó una norma general que lo impide (art. 1494 inc. 2ª). El tema está ampliamente estudiado en Alessandri, Arturo. *De la compraventa*, T. II, Nos 1604 y sgts., pp. 466 y sgts.

⁷¹⁰ Como suele ocurrir, en la descripción histórica pueden constatarse diferencias. Se ha llegado a concluir simplemente que en el derecho romano no existió la alternativa resolutoria, salvo el pacto expreso permitido desde cierta época, según se dijo en el cuerpo, y sólo se habría desarrollado más tarde en el derecho común

Actualmente se entiende que, ante el incumplimiento, la alternativa resolutoria tiende a restaurar la situación en que el contratante se encontraba antes de celebrar el contrato, eliminando la reglamentación de intereses establecida en él, para que el cumplidor pueda regresar al mercado y encontrar un medio más adecuado de satisfacerlos (y recibiendo la indemnización correspondiente si se cumplen los requisitos para ella). Por cierto, la generalidad de los ordenamientos confiere al acreedor cumplidor las dos alternativas. Por otra parte, en el establecimiento de la opción existen los matices de que se imponga equilibradamente o que, mediante diversos mecanismos, la reglamentación inste más por una que por otra (en el conjunto de legislaciones se presentan las diversas posibilidades y ninguna aparece imponiéndose como la preferida).⁷¹¹

La doctrina se ha preocupado de ofrecer diversos fundamentos para la resolución por incumplimiento. a) Una presunta voluntad de las partes; se supone que al contratar cada parte entiende que si la otra no cumple, podrá desvincularse pidiendo la resolución del

por influencia de la canonística (así, Guzmán Brito, Alejandro. Ob. cit. T. II, p. 144). Un ilustrativo resumen puede verse en Miquel, Juan Luis: *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 39 y sgts.; y especialmente para la evolución posterior a Roma hasta el CC francés, Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Ob. cit. Parte II, vol. III, p. 342. Para la zona germánica, Coing, Helmut: *Derecho Privado Europeo*. Trad. de Pérez Martín. Edit. Fundac. Cultural del Notariado. Madrid, 1996. T. I., pp. 559 y sgts. V. también Zimmermann, Reinhard: *The law of obligations*. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996, pp. 800 y sgts.; en nota 150 (p. 803) observa que en Inglaterra, como en el Continente, la opción resolutoria surge relativamente tarde (con influyentes decisiones de Lord Mansfield en "Kingston v. Preston", 1781, y "Bonne v. Eyre", 1779).

⁷¹¹ Así, se ha estimado que mientras el CC italiano parece favorecer la alternativa resolutoria, la Convención de Viena (sobre compraventa internacional de mercaderías), protegiendo la relación, insiste más en el cumplimiento (en sus arts. 49 y 64; aquí se citarán pronto) (v. al respecto Verdura, Rafael: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Bolonia, 1995, pp. 42 y sgts.).

Ante el tema del incumplimiento resolutorio, el análisis económico del derecho parte sometiendo a examen el alcance del tradicional "*pacta sunt servanda*", y los mecanismos que emergen frente al incumplimiento son evaluados en función de su eficiencia, de su aptitud para lograr la mejor asignación de los recursos disponibles. Así, cuando el deudor puede obtener una contraprestación de otro contratante (un tercero) que le permita indemnizar al primer acreedor y conservar una ganancia para sí (pero considerando los costos de la solución del conflicto), es admisible su negativa a cumplir el primer compromiso (se trata del llamado "incumplimiento eficiente"). Los costos de transacción o judiciales para

contrato.⁷¹² b) La interdependencia de las prestaciones; sin mayor novedad técnica, pero tal vez mejor sustentada en la realidad, simplemente se estima que, por su naturaleza, en los contratos bilaterales las prestaciones son interdependientes, en términos que todo lo que acaezca a una repercute a puede repercutir en la otra; esta vinculación conduce a consecuencias como que si una de las partes no cumple, la otra queda autorizada para dejar también de cumplir

solucionar el conflicto constituyen un elemento que puede ser importante para tomar la decisión más adecuada, por lo que resulta altamente conveniente la redacción de contratos que tengan previstos los diversos desenlaces, contingencias y riesgos (incluidos mecanismos que disuadan la tentación de incumplirlo); y las reglas legales, que minimizan los costos de negociación y por tanto los del tráfico negocial, deberían aproximarse al "contrato perfecto", es decir, al que hubieran estipulado las partes si hubieran actuado racionalmente, dispuesto de toda la información relevante y actuado de buena fe.

Pero, para que sea aceptable el "incumplimiento eficiente", el acreedor frustrado debe ser indemnizado en el valor que para él tenía la prestación incumplida, y la determinación de ese valor puede ser muy controvertible; más aún, por ahí pueden introducirse factores que pugnan con el criterio puramente económico. Con estos antecedentes, surgen interrogantes como "¿Qué reglas debe establecer el ordenamiento para promover la eficiencia en caso de incumplimiento? ¿Debe conceder siempre al acreedor un derecho al cumplimiento forzoso de la obligación? ¿Ha de conferir preferencia a la solución resarcitoria en lugar de tutelar el derecho del acreedor a la prestación debida? ¿Puede establecer diferentes soluciones en función de los caracteres de la prestación?" (Verdera, Rafael. Ob. cit., p. 53).

A este "incumplimiento eficiente" se le han formulado objeciones que implican, naturalmente, prevenciones al análisis económico en general. Se advierte que esta dirección puramente pecuniaria excluye la noción de honrar a la palabra empeñada; se parte del supuesto de que siempre se puede medir con certeza el valor económico, lo que con frecuencia no es posible en los procesos judiciales (V. al respecto, Fansworth, E. Allan: *Contracts*. Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London; 2ª edic. 1990, p. 848). El examen económico sólo puede especular acerca de qué es importante para las partes, y no puede evaluar los verdaderos costos y beneficios del incumplimiento. Se ha destacado también que el planteamiento puede provocar una pérdida de confianza en la eficacia obligatoria y en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, conducente a una disminución de la contratación (v. Verdera, Rafael. Ob. cit., p. 50, notas, con varios aportes).

⁷¹² Así, por ej., Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, N° 205, p. 214. Conviene aclarar que aquí se está tratando del fundamento del derecho a pedir la resolución; no del fundamento de la condición tácitamente incorporada, que —como se dijo— no es más que una forma de plantear la situación. Pues bien, ese fundamento de la resolución (de la presunta voluntad de las partes) es equivalente a la fórmula de nuestro Código, de considerar que en el contrato existe una condición tácitamente incorporada; incorporada precisamente por la voluntad de las partes. Aunque —refiriéndonos ahora propiamente a ella— también podría estimarse que es la ley quien la impone; con prescindencia de lo que las partes pudieren haber previsto.

—entre nosotros se produce el efecto purgatorio de la mora, conforme al art. 1550—, si una no cumple por caso fortuito, la otra queda también liberada de ejecutar su prestación —lo que conduce a la teoría del riesgo—, y si una culpablemente no cumple, surge a la otra la alternativa de pedir el cumplimiento o la resolución.⁷¹³ c) Una forma de reparación por el daño que sufrió al dejar de recibir la prestación que se le prometiera; con ella queda liberado de cumplir por su parte o recupera la prestación que ya hubiere efectuado; en casos de insolvencia o en que la prestación contraria ya no le sirva, la resolución aparece como una reparación más eficaz que la acción de cumplimiento, al evitarle el perjuicio que significa no recibir la prestación esperada; y esto es sin perjuicio de la indemnización por otros daños que el incumplimiento le irrogare.⁷¹⁴ d) La causa ha sido también empleada como fundamento; conforme a algunas concepciones neocausalistas (y aparte de otras características que no corresponde relatar aquí), por una parte, genéricamente consiste en el fin que se persigue al obligarse; y, por otra, debiendo existir al celebrarse el contrato, debe mantenerse durante toda su vigencia (concretamente, en la etapa de ejecución); de este modo, si no se ejecuta la contraprestación, el fin que se tuvo en consideración no se cumple, la obligación del cumplidor queda sin causa y procede que quede libre, mediante la resolución (al menos entre nosotros, se produciría un conflicto en el efecto: si lo que ocurre es que falta la causa, la consecuencia sería la nulidad, no la resolución, y ocurre que tienen efectos semejantes, pero no idénticos; otras objeciones que pueden formularse —como la circunstancia de que la causa debe existir al tiempo de celebrarse el contrato, lo que en casos de incumplimiento había acontecido— más bien se refieren a la noción de causa que se postula y que no procede

⁷¹³ Diversas expresiones que se emplean al tiempo de emitir pronunciamiento sobre el punto no deben entenderse como otras tantas proposiciones; precisamente este es un ejemplo de que sólo son diferentes formas de expresar una misma idea; esta interdependencia de las prestaciones suele ser aludida o complementada con expresiones más o menos clarificantes, como que se ha quebrantado el denominado sinalagma funcional, o se trata de una anomalía funcional sobrevenida del contrato (v., por ej., Stiglitz, Rubén y otros. Ob. cit. T. II, p. 89).

⁷¹⁴ En este sentido Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Ob. cit. Parte II, vol. III, N° 1089, p. 345; los autores estiman que con la explicación de la interdependencia de las prestaciones la resolución no queda bien distinguida de la teoría del riesgo.

tratar aquí).⁷¹⁵ e) La equidad; parece justo que si una parte cumple, ante el incumplimiento de la otra pueda desvincularse.⁷¹⁶⁻⁷¹⁷

Por otra parte, se ha pretendido que la condición tácita (o, como es preferible exponerlo, la resolución por incumplimiento) cumple varios otros roles, como el de sanción, reparación y

⁷¹⁵ Destacadamente ha sido Capitant (en su *La teoría de la causa*) quien ha relacionado la condición tácita con la doctrina de la causa. Debe agregarse que, conforme a su postulado, la causa es un elemento dinámico del acto, que no sólo debe estar presente en la celebración del acto, sino durante todo el trayecto contractual (el tema merece ser tratado con mayor desenvolvimiento y no es esta la ocasión propicia).

Una síntesis del planteamiento, con opinión en el mismo sentido entre nosotros, puede verse en Mera Molina, Jorge: *Exposición de la doctrina de la causa*, s.e. Santiago, 1940. También *RDJ.* T. 30, secc. 2ª, p. 1. Más antecedentes en Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1632, p. 491; del mismo autor, *Obligaciones*, cit., p. 159. El profesor Alessandri rechaza el apoyo en la doctrina de la causa, sobre todo por la consecuencia de inexistencia o nulidad que traería.

Por otra parte, algunos de estos llamados fundamentos son relacionables; y así, una favorable vinculación entre la interdependencia de las prestaciones y la causa puede verse en Zannoni, Eduardo: "Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento", en *Estudios de Derecho Civil* (en homenaje al profesor Luis Moisset de Espanés). Edit. Universidad. Buenos Aires, 1980, pp. 339 y sgts.

En fin, a través de estos planteamientos se ha llegado a considerar la aplicación de la resolución cuando tiene lugar la denominada "frustración del fin del contrato" (v. al respecto el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1987, en su interesante art. 1204, el cual luego de proponer un régimen resolutorio semejante al del CC italiano y otros, agrega otros supuestos de resolución, entre ellos éste. V. también los arts. 1039 y sgts. del Proyecto argentino posterior, de 1998. Es útil añadir que, al tratar la causa, este último Proyecto declara que "todo acto jurídico debe procurar fines lícitos...", art. 253; luego; al referirse a la causa ilícita insiste en la "finalidad", art. 256; y, por último, para tratar la frustración de la causa, dispone directamente que "la causa debe existir en la formación del acto jurídico y durante su celebración, y subsistir durante su ejercicio", art. 259, texto repetido más adelante para el contrato, en el art. 953).

⁷¹⁶ Así, por ej., *RDJ.* T. 28, p. 689. V. también Alessandri, Arturo: *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1632, p. 494; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. *Obligaciones*, N° 108, p. 74.

⁷¹⁷ Puede verse que algunos de estos fundamentos son compatibles entre sí y la diferencia se produce más bien por el distinto punto de vista o plano en el que se plantean. Por otra parte, la referencia a la responsabilidad parece bastante evidente, como que substantivamente el tema es actualmente tratado en el incumplimiento.

Entre nosotros, una exposición resumida de las diversas posturas, con la crítica, puede verse en Elgueta Anguita, Augusto: *Resolución de contratos y excepción de pago*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1981, pp. 19 y sgts. El autor agrega (sin perjuicio -dice- de las fundamentaciones anteriores) que en la resolución por incumplimiento él ve "una clara tutela del interés del acreedor" (y cita a Luigi Mosco). V. también, con mayor extensión e incluyendo la posición de Betti y la del propio autor, Miquel, Juan Luis. Ob. cit., p. 93, y Alvarez Vigaray, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 3ª edic. Edit. Comares, Granada, 2003.

garantía,⁷¹⁸ los cuales en definitiva giran en torno a la interdependencia de las prestaciones. Se estima que la condición tácita cumple una función de sanción al contratante incumplidor, porque se verá privado de los beneficios del contrato y porque deberá además indemnizar perjuicios. No observamos esa función. Al incumplir, es natural que el contratante no reciba la prestación recíproca y cuenta con que así será; en general, su patrimonio nada sufre y no puede pretender sufrir como persona, puesto que él no ha cumplido, de modo que no se configura una consecuencia efectivamente sancionatoria; y en cuanto a la indemnización que ha de pagar, ella sólo tiene lugar si algún daño demuestra haber sufrido el cumplidor y, en tal situación, sólo está reparando un daño causado, lo cual tampoco puede calificarse de sanción.⁷¹⁹ Cuando se manifiesta que constituye reparación se puede observar lo mismo; es natural que si el sujeto ya cumplió su prestación y no le cumplen la recíproca, tenga derecho a pedir se le restituya y, si no ha cumplido, que quede liberado; y tratándose del daño que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento, esa reparación, asimismo justificada, no es una función de la condición tácita; puramente, siguiendo el elemental principio de que todo daño imputable debe ser reparado por quien lo comete, la ley dispone la indemnización (recuérdese que también el carácter reparador se ha postulado como fundamento). Sí parece aceptable concluir que, aunque su finalidad principal no sea ésta, termina cumpliendo también un rol de garantía al cumplidor en orden a que, por una parte, su prestación no quedará perdida, porque la recuperará o podrá abstenerse de ejecutarla (según el caso); por otra, conmina al incumplidor a esforzarse en cumplir, porque con la alternativa de resolución puede ver extinguido el contrato y con él esfumado su proyectado negocio; y, por último, porque si el cumplidor observa insolvencia en la contraparte, podrá rápidamente optar por la resolución a fin de evitar competir sobre el debilitado patrimonio del incumplidor con otros acreedores, que pudieren tener preferencia en el pago (conforme a las reglas de la prelación de créditos).

⁷¹⁸ Estas funciones pueden verse atribuidas en Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 413.

⁷¹⁹ A menos que se impusiere una indemnización efectivamente sancionatoria o punitiva, más allá de la reparadora.

Examinada en cuanto condición, generalmente se le atribuyen las siguientes *características*:

a) Es resolutoria. Aquí nos remitimos a lo que hemos propuesto en párrafos anteriores: la condición no es ni suspensiva ni resolutoria; sus efectos forman esas categorías. Ajeno el Código, tal como también se ha dicho, a esta observación y predicando que existen las tales dos clases de condición, es particularmente esperable que emplee aquí esa nomenclatura y la llame condición resolutoria, al estar dedicado a regular la eventualidad del incumplimiento y a configurar la alternativa resolutoria.

b) Es tácita. Conforme al texto (art. 1489) "va envuelta". No se necesita expresarla. Puede expresarse, en cuyo caso pasa a constituir un pacto comisorio (que se verá pronto). Por lo mismo, se le tiene por un elemento de la naturaleza del contrato bilateral y, por tanto, las partes pueden convenir estipulaciones a su respecto (en cuanto a procedencia, efectos, renuncia, etc.).⁷²⁰

c) Es negativa. Consiste en que una de las partes no cumpla su obligación (o alguna de las varias).

d) Es simplemente potestativa. Depende del hecho voluntario de una de las partes (del deudor).

Conforme a los textos, se exigen los siguientes *requisitos*:⁷²¹

a) *Que se trate de un contrato bilateral.*

⁷²⁰ V. al respecto *RDJ. T. 53, p. 165.*

⁷²¹ Esta es la ocasión de dar cuenta del singular planteamiento sostenido por Elgueta Ortiz, quien, luego de un detenido análisis interpretativo, sostiene que demostrado el incumplimiento, el acreedor sólo puede pedir el cumplimiento del contrato y la alternativa resolutoria está habilitada sólo cuando se demuestre la *imposibilidad* de ejecutarse la prestación o la *inutilidad* para el acreedor, del cumplimiento tardío (Elgueta Ortiz, Agosto: *La resolución y el incumplimiento resolutivos*, s/e. Santiago, 1947, especialmente pp. 116 y sgts.). La conclusión tiene importancia, porque —no es difícil hacer el ejercicio— termina influyendo en varios conflictos específicos del tema resolutorio: en la calificación de la condición (como potestativa), en la lista de requisitos, en la posibilidad de enervar la acción resolutoria pagando, al resolver si cualquier enervadura de incumplimiento basta para pedir resolución, al definir la suerte del contrato cuando ambos permanecen incumplidores (y conviene tenerla en cuenta al tratar cada uno de ellos).

Considerando su fidelidad al principio de la preservación del contrato (y aun las evocaciones históricas que produce), la postura es atrayente; aunque debe admitirse que en algún grado debilita un conveniente efecto que la alternativa (cumplimiento o resolución) ejerce cuando es ofrecida expeditamente: un efecto conminatorio a cumplir rigurosamente. Y este efecto trasciende en el actual ambiente de los negocios, donde las opciones económicas y las alteraciones de ventajas se suceden con rapidez.

Por el texto del art. 1489 y aun por las explicaciones que se ofrecen en torno a su fundamento, está claro que la regla se aplica a los contratos bilaterales. Para las principales obligaciones emanadas del contrato, en la compraventa el Código reitera, en términos muy semejantes, la vigencia de la regla (arts. 1826 y 1873). Y se postula y se ha resuelto que se aplica aun a la enajenación forzada.⁷²²

Su aplicación a los unilaterales está discutida, aunque predomina la conclusión negativa. Advertimos que el debate tiene casi más componentes metodológicos que substantivos. En efecto, como se verá, hay acuerdo (naturalmente) en que si el deudor de un unilateral no cumple, hay que proteger a la contraparte, pero quienes niegan ahí la aplicación de la alternativa del art. 1489 observan que, o no es necesaria porque se genera otro efecto que soluciona el conflicto, o en cada contrato unilateral los textos la van directamente regulando. Por otra parte, en la formación o al menos en la envergadura del problema incide la circunstancia de que generalmente los unilaterales se diseñan como reales, con lo cual aparece un solo obligado; pero en la realidad el otro también ejecutó una prestación (sólo que simultáneamente con el nacimiento del contrato, por lo que técnicamente se determina que a nada se obliga; más realistamente, no queda con obligación pendiente).

Se sostiene que la condición tácita no se aplica a los contratos unilaterales. a) Porque el tenor literal la aplica sólo a los bilaterales. b) Porque la disposición es excepcional y, más aún, doblemente excepcional, ya que es modalidad y es tácita, todo lo que impide su interpretación extensiva. c) Porque en los unilaterales en situación de incumplimiento las normas legales establecen el efecto, cual es el de anticipar el cumplimiento de la obligación, produciéndose una especie de caducidad legal del plazo; así acontece, por ej., en el comodato: si el comodatario mal usa la cosa, el comodante puede pedir la restitución anticipada (art. 2177); en la prenda: si el acreedor prendario abusa de la cosa empeñada, el deudor puede pedir la restitución inmediata (art. 2396). Por lo demás, si la ley hubo de disponerlo en esos casos, es porque en ellos la resolución no va envuelta. d) En el contrato de renta vitalicia, en donde podría tener lugar si no se pagara la pensión, para resolverlo y pedir la restitución del precio, la ley lo rechaza expresamente (salvo que se pacte expresamente) (art. 2271). Y en cuanto al mutuo, en el

⁷²² Así Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 414; Stutchkin, David. Ob. cit., p. 133; *C.T.* de 1922; 2º sem., N° 254, p. 1084. Pero V. *RDJ. T. 94, p. 50.*

que se reconoce que podría tener lugar cuando no se paga alguna cuota o los intereses, se aduce simplemente que no hay norma legal que autorice la resolución. e) Una de las explicaciones de la condición tácita (como se dijo) se encuentra en la interdependencia de las prestaciones, circunstancia que no se presenta en los unilaterales.⁷²³

Se ha sostenido que es aplicable. a) El art. 1489 refiere la condición tácita a los contratos bilaterales, porque es en ellos donde se presenta con más claridad la situación y no es que se haya pretendido dejarla inaplicable a los unilaterales (la disposición sería sólo enunciativa, no limitativa). b) En aquellos varios contratos unilaterales antes citados (comodato, prenda) lo que se está estableciendo es precisamente una verdadera resolución por incumplimiento (aunque —puede agregarse— se le llame o aparezca como caducidad del plazo).⁷²⁴ c) En cuanto al argumento de que si la ley en esos contratos lo dispuso es porque no va envuelta, se desvirtúa recordando que en algunos bilaterales, además del art. 1489, también lo dispuso específicamente (como en la compraventa, en

⁷²³ Así, por ej., Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, pp. 414 y 415. Este autor agrega que tampoco procede en los que suelen llamarse sinalagmáticos imperfectos (aquellos que, siendo originalmente unilaterales, durante la vigencia del contrato surge una obligación para el que normalmente no está obligado, como la de indemnizar, en el depósito, por daños que ocasione la cosa depositada), porque en ellos el acreedor, lejos de la resolución —con la que deberá restituir— pretenderá quedarse con la cosa hasta que se le cumpla la obligación (de indemnizar), y la ley en tales casos le concede el derecho de retención. También rechazan la aplicación a los unilaterales Alessandri, Arturo: *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 159; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. *Obligaciones*, p. 77; Stitchkin, David. Ob. cit., p. 133; López, Jorge. Ob. cit. T. II, pp. 553 y sgts. no se pronuncia expresamente, pero se deduce que prefiere esta alternativa (trata el tema entre los efectos particulares de los contratos sinalagmáticos).

Aunque el problema de la definitiva calificación de los llamados "sinalagmáticos imperfectos" (finalmente, son unilaterales o bilaterales) pertenece a la teoría general del contrato, formularemos aquí un alcance, por su incidencia en nuestro tema. Técnicamente, su calificación parece ser más bien la de contratos unilaterales, considerando la fuente de las respectivas obligaciones. Formulada la división atendiendo a las obligaciones surgidas del contrato, debe notarse que de esa fuente nacen sólo obligaciones para una de las partes (depositario, comodatario, mutuario), restituir (lo cual es debido por otra parte a la noción de contrato real); la posterior obligación (de indemnizar, por ej., por daños causados por la cosa depositada) es de origen (fuente) legal (a menos que se pretenda una voluntad contractual tácita, que al celebrar el contrato asuma que si hay perjuicio se debe indemnizar...).

⁷²⁴ Es en este argumento y su contrapunto donde se puede apreciar que en gran medida la controversia constituye una diferencia de calificación.

los arts. 1826 y 1873). d) En cuanto a la regla de la renta vitalicia, que excluye la resolución en caso de incumplimiento (art. 2271), demuestra justamente que normalmente se aplica a los unilaterales, pues la ley tuvo que expresamente excluirla.⁷²⁵

En la jurisprudencia ha predominado ampliamente su aplicación sólo a los bilaterales.⁷²⁶

Generalmente se declara que respecto de los contratos de tractos sucesivos, como el arrendamiento, no existe resolución sino "terminación", porque en ellos las prestaciones se van ejecutando día a día y entonces no es posible la restitución de ellas; con la terminación se mantiene lo ejecutado y se extingue lo pactado en lo que resta para el futuro.⁷²⁷ Objetamos estas expresiones. Desde luego, la novedad del término es de menor importancia; bien puede seguirse manteniendo la voz "resolución" (extinción por incumplimiento), añadiéndose que en estas situaciones la resolución se produce sin retroactividad. En definitiva, en eso se traduce la diferencia. En cuanto a la expresión "contrato de tracto sucesivo" y el arrendamiento como ejemplo, ya hemos formulado nuestro planteamiento en orden a que son las obligaciones las clasificables en de ejecución instantánea y duradera y entre estas últimas se distin-

⁷²⁵ Así Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N°s 157 y sgts., pp. 169 y sgts. El autor relata la discusión suscitada entre los autores franceses a propósito del art. 1184 del CC francés, que contiene la norma equivalente a nuestro art. 1489, y sus antecedentes históricos. El argumento de la renta vitalicia se torna complejo, porque distingue según sea unilateral o bilateral. También Elgueta Anguita, Augusto. Ob. cit., pp. 63 y sgts.

Referido a la resolución en una y otra clase de contratos (con prescindencia de la circunstancia de que se trate de una condición) v. el pronunciamiento de varios autores en Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, N° 206, p. 214.

En todo caso, para una futura reforma del Código que incluya todo el proceso resolutorio, despojándose de la discusión aprisionada por el texto del art. 1489, conviene debatir el punto, especialmente sobre la base de una expresión como "contratos con prestaciones recíprocas" que, ampliamente entendida, pudiera cobijar a todas las situaciones que necesitan de la herramienta para una equitativa solución; al respecto, son útiles las reflexiones contenidas en Miquel, Juan Luis. Ob. cit., pp. 97 y sgts. (v. también Stiglitz, Rubén, y otros. Ob. cit. T. II, p. 93, quien, con los textos legales argentinos —"contratos con prestaciones recíprocas"—, concluye que la resolución no es aplicable a los unilaterales onerosos ni a los bilaterales imperfectos).

⁷²⁶ V. *Repert. de Legislación y Jurisprudencia*. T. IV, fallos del art. 1489, N° 3, p. 114. También *RDJ*. T. 90, p. 14. Un fallo (antiguo) la acogió en el mutuo (*G.T.* de 1885, N° 2635, p. 1574).

⁷²⁷ Así, por ej., Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 416. V. también *RDJ*. T. 22, p. 547. T. 29, p. 262. T. 97, p. 146.

guen las continuadas y las a tractos, de modo que el contrato tendrá la calificación que se derive de la clase de obligaciones que genera, y el arrendamiento no siempre es calificable de contrato de tracto sucesivo.⁷²⁸ Finalmente —y es lo más importante—, la ausencia de retroactividad no debe ser derivada de la calificación del contrato (o de la obligación) como de tracto sucesivo o de otra clase (que es una clasificación construida en base a la forma de ejecutarse la obligación), sino de la *naturaleza* de las obligaciones de que se trata. Por ej., Pedro se obliga a dar a Juan 10 sacos de cereal que entregará en 10 días, un saco cada día, y Juan por su parte dará a Pedro 10 sacos de papas, que entregará en 10 días, un saco cada día; luego Pedro cumple íntegramente y Juan sólo entrega 5; estamos ante un contrato de tracto sucesivo (no de ejecución instantánea) y no se ve razón para negar la petición de Pedro de que el contrato se resuelva, restituyendo él los 5 sacos que alcanzó a recibir y restituyéndosele los 10 sacos que él dio.⁷²⁹ Cuando la *naturaleza* de la obligación trae como consecuencia que una vez ejecutada no puede deshacerse (con frecuencia consistente en hacer, prestar servicios), se impone la irretroactividad. Y si la obligación de una parte es restituible y la otra no (como en el arrendamiento), ahí se justifica asimismo la completa irretroactividad, porque si bien una es restituible (la renta en dinero), al no ser restituible la recíproca (el disfrute de la cosa), la elemental equidad⁷³⁰ impone la irretroactividad para ambas, manteniendo cada uno lo que adquirió. Incluso más, si la renta se pagó en alguna medida por adelan-

⁷²⁸ V. la clasificación, en un capítulo anterior.

⁷²⁹ Hay una situación semejante a la del ejemplo del texto en la cual, a partir de reglas positivas, se propone que debe mantenerse lo hecho. El art. 1204 del CC argentino (en redacción reformada, calificado de bastante imperfecto) parece referirse primordialmente a la conservación de lo cumplido en los contratos de ejecución continuada, cuyas prestaciones ya están consumidas. Pues bien, hay autores que postulan que esa conclusión debe aplicarse, extensivamente, también a casos en que, tratándose de prestaciones divisibles o fungibles a cargo de ambas partes, se hubieren cumplido parcialmente y en forma equivalente antes de la resolución. Se trata, en definitiva de una ejecución parcial mutuamente aceptada en la que cada uno va ejecutando de su prestación una parte equivalente a la parte que va recibiendo de la prestación recíproca (v. Zannoni, Eduardo. Ob. cit., p. 366. El autor añade un ejemplo de venta de hectólitros de vino con precio por hectólitro, entregándose sólo cierta cantidad del total convenido, cantidad que asimismo fue pagada. Y cita Jornadas Argentinas de Derecho Civil en las que esa solución es recomendada).

⁷³⁰ O, si se prefiere, el sinalagma funcional.

tado y se declara la resolución, lo hecho tendrá que mantenerse hasta el monto proporcional de la prestación recíproca no restituible y en el resto tendría que restituirse. Todavía más, puede presentarse una particular situación dentro de los contratos con obligaciones continuadas o a tractos de esas que conforme a su naturaleza no pueden deshacerse cuando se ejecutan, y en la cual también podría ser posible aplicar la “resolución” (sin necesidad de cambiar el término): cuando estando pendientes ambas obligaciones principales se produce incumplimiento de una tercera obligación (por ej.: se celebra un arrendamiento al que se le agrega la obligación de que el arrendador pintará la casa y después entrará el arrendatario a usarla y comenzará a pagar la renta; y el arrendador no ejecuta esa obra dentro del término estipulado).⁷³¹

Doctrina y jurisprudencia parecen unánimes en el sentido de concluir que la resolución no es aplicable a las *particiones*.⁷³² Desde luego, por la ausencia de la voluntad de los comuneros, la partición judicial (efectuada por juez partidor) evidentemente no es un contrato. En la partición de común acuerdo es más concebible la interrogante, porque, por una parte, está presente, por cierto, la voluntad de los comuneros y, por otra, pueden surgir obligaciones (por ej., la de un comunero de pagar un alcance o

⁷³¹ Hemos dicho “podría ser posible”, porque más adelante, cuando tratemos el punto de si cualquier incumplimiento basta para pedir la resolución, se aludirá a una propuesta conforme a la cual la resolución puede pedirse sólo cuando se infringen obligaciones esenciales del respectivo contrato, y entonces ante nuestro ejemplo esa doctrina dirá que al no ser esencial del arrendamiento aquella obligación agregada, no se podría demandar la resolución.

⁷³² Así, por ej., Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 160, p. 175; Somarriva, Manuel: *Indivisión y partición*. 2ª edic. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1956, T. II, N° 585, p. 372; Silva Bascuñán, Marcos: *La partición de bienes*. 3ª edic. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1948, N° 365, p. 286; Lira Urquieta, Pedro: *La partición de bienes*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1948, N° 121, pp. 209 y sgts.; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. Obligaciones, N° 114, p. 78.

Así G. T. de 1915, sent. 468, p. 1223; *RDJ*, T. 3, p. 66. T. 5, p. 400. T. 97, p. 139. El fallo de *RDJ*, t. 46, p. 459, formalmente aparece acogiendo una resolución en una partición, pero debido a la influencia de una dificultad de calificación jurídica (tiene un voto especial).

En la obra de Colin y Capitant (en la que se insiste que la resolución no es aplicable a las particiones), traducida, el anotador para el derecho español (Demófilo De Buen) hace constar su opinión de que la partición es un contrato y da a entender que en consecuencia es también aplicable a ella (Colin, Ambrosio, y Capitant, H. Ob. cit. T. III, p. 750).

exceso cuando le es adjudicada una cosa que en valor supera el valor de su cuota). Aun así, se rechaza. Las explicaciones más empleadas son: 1º) La condición tácita es aplicable sólo a los contratos (y por su carácter excepcional no puede aplicarse por analogía) y la partición no es un contrato (pero debe prevenirse que está discutido, aunque entre nosotros predomina la respuesta de que no lo es;⁷⁹³ 2º) El efecto declarativo de la adjudicación (consagrado entre nosotros en el art. 1344) pugna también con la resolución, porque, conforme a él, el adjudicatario adquiere directamente no de los otros comuneros, sino del anterior titular (del causante, si se trata de una comunidad hereditaria); 3º) El art. 1348 aplica a la partición las reglas de la nulidad y rescisión de los contratos y era la ocasión de aplicarle también las de la resolución, pero no lo dispuso; y cuando el art. 1353 dispone que el comunero que no quisiere o no pudiere intentar esas acciones conserva los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan, se hace presente que la acción resolutoria no constituye indemnización; 4º) El art. 662 del CPC establece una hipoteca legal para garantizar el alcance que quede adeudando un comunero; esta regla se explicaría porque los demás comuneros carecen de la acción resolutoria.

La procedencia de la resolución en el contrato de *transacción* está discutida, aunque entre nosotros parece prevalecer la respuesta afirmativa. La polémica consiste, fundamentalmente, en el alcance que ha de conferirse al art. 2460.⁷⁹⁴

b) Que haya incumplimiento imputable de una obligación.

Es el acontecimiento constitutivo de la condición; la eventualidad es que la obligación se incumpla (el comprador no paga el pre-

⁷⁹³ V. el debate, en doctrina general y en Chile, en Calderón, Eliana: *Nulidad y rescisión de las particiones*, s/c., 1949, pp. 19 y sgts. V. también Torres Escárniz Salvador: "Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales". En *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1978, N° 528, pp. 963 y sgts., especialmente p. 972.

⁷⁹⁴ V. al respecto Gutiérrez Olivios, Sergio: *El contrato de transacción ante la doctrina y la jurisprudencia*. Edit. Nascimento. Santiago, 1945, N° 16, p. 19, con cita de fallos en ambos sentidos; Galaz, Sergio: *El contrato de transacción*. Concepción, 1945, p. 34, también con cita de fallos; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio. Ob. cit. *Fuentes de las Obligaciones*, N° 812, p. 560. Todos concluyen en la procedencia de la resolución (el fallo más reciente de los que citan resuelve en este mismo sentido: *RDJ*, T. 22, p. 732). Sobre el campo de aplicación de la resolución, incluso respecto de un precontrato, puede verse Álvarez Vigaray, Rafael. Ob. cit., especialmente pp. 163 y sgts., y pp. 170 y sgts.

cio; uno de los permutantes no entrega la cosa; el vendedor no entrega la cosa).

Si la obligación ya se extinguió por otro modo (por ej. fue novada) es evidente que ya no puede ser incumplida.⁷⁹⁵

El incumplimiento puede ser *parcial*; igualmente se configura la opción del acreedor. Esa parcialidad se presenta cuando de varias obligaciones se deja una o más sin cumplir o cuando una no se cumple, o se cumple parcial o defectuosamente.

Pero en el incumplimiento parcial llega a presentarse un problema. Está discutido si cualquier incumplimiento, por leve que sea, basta para que nazca la opción (o, lo que es lo mismo, para pedir la resolución, porque la posibilidad de pedir el cumplimiento, y con indemnización, no puede ser discutida). Hay autores que proponen y códigos (especialmente del siglo XX) que expresamente deciden facultar al juez para negar la resolución cuando concluya que el incumplimiento carece de gravedad suficiente.⁷⁹⁶ Entre nosotros

⁷⁹⁵ V. por ej. *G.T.* de 1875, N° 2037, p. 921; *RDJ*, T. 4, p. 14. T. 26 secc. 2°, p. 26. T. 33, secc. 2°, p. 49.

⁷⁹⁶ La tendencia es dominante. Así, por ej., en Francia se estima que el juez puede rechazar la resolución ante incumplimientos leves; se extrae esa facultad del texto del art. 1184, que faculta al juez (como se ha dicho) para conceder al deudor un plazo de gracia para cumplir. Contribuye también a esta actitud el carácter reparador y, por lo mismo, perteneciente al ámbito de la responsabilidad, que se le atribuye a la resolución (v. al respecto Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Ob. cit. Parte II, vol. III, N° 1094, p. 349 y N° 1098, p. 352). También se ha acudido a la utilidad para el acreedor; si lo parcialmente ejecutado carece de utilidad para él, la situación equivale al incumplimiento total; en cambio si lo hecho le presta "una ventaja substancial", el juez podría rechazar la resolución (así Ripert, Georges, y Boulanger, Jean. Ob. cit. T. IV, N° 530, p. 329). Para la jurisprudencia alemana, fundada en la buena fe, Larenz, Karl: *Derecho de las obligaciones*. Trad. de J. Santos. Edit. Revista de D. Privado. Madrid, 1958, T. I, p. 150; Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor, y Wolff, Martin. Ob. cit. T. II, *Obligaciones*, 1°, N° 53, p. 279, nota 37 final. También Santos Briz, Jaime: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*. Edit. Montecorvo. Madrid, 1966, con comentarios de jurisprudencia española; Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos...*, cit. T. II, p. 711, quien finalmente también lo soluciona en base a la buena fe; De la Haza, Pilar: *El incumplimiento resolutorio*. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Edit. McGraw-Hill. Madrid, 1996, pp. 9 y sgts., con análisis de diversas situaciones. Sin extenderse en mayores precisiones, Giorgi también la niega ante un incumplimiento "secundario" (Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, N° 213, p. 223). También Miquel, Juan Luis. Ob. cit., p. 124 y sgts.; Ramella, Anteo: *La resolución por incumplimiento*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1975, pp. 53 y sgts. Con su distinta técnica, el "common law" llega a solución semejante; no es procedente la resolución en los incumplimientos leves; empleando (en los contratos) su distinción entre "conditions" y "warranties", procede en un incumplimiento de las primeras, no de las segundas;

está también controvertido. Algunos autores han sostenido que cualquier incumplimiento basta para que sea procedente la resolución, principalmente porque la regla no distingue y, a diferencia de otros códigos (señaladamente del francés), el nuestro no ha facultado al juez para conceder al deudor un plazo de gracia para

y aun más, sólo defectos importantes en aquellas autorizan la resolución; para más precisiones, debe también considerarse la especie de contrato (el rigor es distinto según se trate de una compraventa, de un contrato de construcción de obra, etc.) (V. Atiyah, P.S.: *An introduction to the Law of contract*. Clarendon Press. Oxford, 1966, p. 213; también Dell'Aquila, Enrico: "El contrato en derecho inglés. Edit. PPU. Barcelona, 2001. T. I, pp. 68 y sgts., quien se extiende en la evolución de los criterios para distinguir ambas categorías de estipulaciones; y Fried, Charles: *La obligación contractual*. El contrato como promesa. Trad. de Pablo Ruiz-Tagle. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1996, p. 174, con la doctrina del cumplimiento substancial, y el atractivo caso "Clark v. West"). V. también Zimmermann, Reinhard. Ob. cit., p. 804, en que advierte que está prevaleciendo la distinción entre estipulaciones esenciales y no esenciales, con la influencia que pueda tener el tiempo (la época) en la ejecución de la prestación.

El CC italiano dispone la solución muy directamente: "No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra" (art. 1455, con aplicaciones específicas; para la venta en el art. 1525, para el suministro en el art. 1564 a contrario sensu). Entre las observaciones a la regla —que según sus comentaristas no ha dejado de provocar dificultades en su alcance— se deja notar la importancia que se le confiere a la conducta del acreedor para la evaluación de su interés, citándose actitudes como las de haber provocado o tolerado la inobservancia de una estipulación contractual (v. Scognamiglio, Renato: *Teoría general del contrato*. Trad. de F. Hinestrosa. Edit. Univ. Externado de Colombia. Bogotá 1991, p. 354). (En la misma dirección este Código consigna una norma especial para los contratos plurilaterales —el art. 1459—, los cuales no pueden resolverse por el incumplimiento de una de las partes, salvo que la prestación sea esencial; esa solución fue propiciada también para el derecho argentino en las Sextas Jornadas de Derecho Civil de ese país, de 1977). En términos muy semejantes, los códigos boliviano (art. 572) y paraguayo (arts. 719 y 724). El CC peruano dispone la resolución por incumplimiento, fundamentalmente, en los arts. 1371 y 1428; el glosador del texto (publicado por Editorial Científica SRL) Gurmán Ferrer, luego de aludir a su modelo el CC italiano, expresa que "se ha partido del supuesto de que el incumplimiento deberá tener significación, de modo que no cabría su aplicación si fuere irrelevante". En sentido semejante, el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1998 (art. 1054). También la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que hace girar la facultad resolutoria en torno al incumplimiento "esencial", el cual no muy precisamente declara equivalente al "substancial" (arts. 49 a., 51 2. y 64 a. en relación con el art. 25). Coherente con esa solución, la Convención agrega una apropiada norma para la resolución por incumplimiento de contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías (art. 73). En las Sextas Jornadas de Derecho Civil argentino (de 1977) se aprobó la moción de exigir una suficiente entidad en el incumplimiento, quedando su aplicación entregada al criterio judicial conforme a la buena fe y al abuso del derecho.

cumplir más allá de lo estipulado (por el contrario, le niega expresamente al juez esa facultad en el art. 1494), lo que revela una mayor rigurosidad.⁷³⁷ La jurisprudencia (aunque antigua) se ha orientado en el mismo sentido.⁷³⁸ Pero se ha planteado la opinión contraria, que compartimos. Cuando el incumplimiento es leve, de escasa envergadura, irrelevante, atendidas las características del contrato, sólo procedería pedir el cumplimiento. Los fundamentos más mencionados son: la equidad; la falta de interés que tendría el acreedor en demandar la resolución; el abuso del derecho en el que estaría incurriendo el acreedor; la actitud del acreedor contraria a la buena fe.⁷³⁹ Debe tenerse presente también el principio de la preservación del contrato: el contrato es un instrumento de intercambio de bienes y servicios en la sociedad, que importa a los

⁷³⁷ Así, por ej., Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 160; Stitchkin, David. Ob. cit., p. 139. Pero debe dejarse constancia de que estos autores se plantean más bien la situación de varias obligaciones (una basta), de obligaciones secundarias (no importa que sea secundaria) y de cumplimiento parcial (basta que se incumpla una parte), y no expresan exactamente que procede la resolución por leve que sea el incumplimiento. En cambio, sí lo manifiesta directamente Meza Barros, Ramón. Ob. cit., p. 90; también Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. *Obligaciones*. N° 111, p. 76; Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., N° 291, p. 270. Este último autor añade el fundamento de que el cumplimiento parcial, sin distinciones, no constituye pago, no es la prestación de lo que se debe; también cita en su apoyo el art. 1875.

A propósito de las obligaciones del vendedor de entregar la cosa y del comprador de pagar el precio, en su estudio sobre la compraventa el profesor Alessandri mantiene el rigor. Respecto de la primera cita, jurisprudencia chilena y extranjera que no objeta, y respecto de la segunda expresa: "Puede decirse, por lo tanto, que mientras el precio no se pague, por pequeña que sea la parte que se deba, el vendedor puede pedir la resolución del contrato" (Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. I, N° 1204, p. 995, y T. II, N° 1662, p. 543, respectivamente).

⁷³⁸ Por ej., *RDJ*, T. 18, p. 355; T. 27, p. 177; T. 35, p. 400; T. 37, p. 479. En contra *G.T.* de 1920, 2° sem. N° 142, p. 610 (el fallo cita como argumento el art. 1852).

⁷³⁹ En este sentido, Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 169, p. 190; Elgueta Anguita, Augusto. Ob. cit. p. 37 (este autor rechaza la resolución fundado en que en tal situación al demandante le falta "interés en el obrar", al parecer en una dirección procesal, y menciona también el abuso del derecho); Fueyo, Fernando. *Instituciones...*, cit., p. 194; también su obra *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992, p. 306; en esta última obra el profesor Fueyo declara expresamente que cambió la opinión que había manifestado años antes en su *Curso de Obligaciones*, que para otras materias hemos aquí citado; López, Jorge. Ob. cit. T. II, N° 92, p. 556 y N° 63.3, p. 403 (en nota 610 puede leerse el ilustrativo caso del barco alemán que cita a propósito de otra materia específica, pero que es útil también aquí); Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 418.

En este sentido también el señero fallo de *G.T.* de 1920; 2° sem., sent. 142, pp. 610 y sgts., ya citado.

contratantes, pero también a toda la colectividad, de modo que existe un interés general en que los contratos se cumplan.⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹

Hay que añadir que, en materias específicas, el Código contiene normas que ante incumplimientos leves expresamente excluyen la resolución (por ej., en ciertas situaciones del arrendamiento: arts. 1939, 1972, 1979; de la compraventa, art. 1852 inc. final).⁷⁴²

Pero entonces conviene mencionar algunos factores que sirven para determinar la trascendencia del incumplimiento (que es tarea algo más compleja). Pueden mencionarse: el valor del negocio (la naturaleza de ese valor dependerá de la del negocio, que generalmente será económica); la función que por su naturaleza cumple el contrato (considerado en abstracto); la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor víctima del incumplimiento, etc. Por cierto, este examen implica la interpretación del contrato.

En definitiva parece razonable entregar al juez la decisión de rechazar la resolución cuando es inocua y aun cuando tiene escasa trascendencia, pero considerando aquellos factores debidamente probados. Y, en todo caso, los elementos de la situación deben ser ponderados a la luz de la buena fe que ha de presidir las diversas etapas del trayecto contractual.⁷⁴³⁻⁷⁴⁴⁻⁷⁴⁵

⁷⁴⁰ V. al respecto Santos Briz, Jaime. Ob. cit., p. 243, con cita de otros. También el art. 1037 del Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1987), que impone al juez el deber de procurar la eficacia del contrato, y los arts. 908 letra b. y 1034 del Proyecto posterior (de 1998). V. también Marín Padilla, María Luisa. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos*. Edit. Bosch, Barcelona, 1990.

⁷⁴¹ El punto se vincula también con la teoría de la causa, especialmente con las doctrinas neocausalistas (como la de Capitant) en cuanto la conciben, por una parte —como lo hemos mencionado a propósito de otros puntos específicos—, como un elemento dinámico que debe persistir durante la ejecución del contrato y, por otra, con un carácter eminentemente finalista.

⁷⁴² Como suele ocurrir, con disposiciones como éstas puede construirse un argumento en favor y en contra de una regla general.

⁷⁴³ En esta tendencia a evitar la resolución por incumplimientos de menor envergadura, pero con criterios que enmarquen la decisión judicial, se ha formulado un planteamiento que, distinguiendo entre obligaciones esenciales y otras que carecen de este carácter, limita la resolución sólo a las primeras. Con base en el art. 1444, en el contrato bilateral ha de considerarse esencial "toda obligación sin la cual el contrato bilateral o no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente; y que tiene otra obligación esencial, impuesta a la otra parte, como contrapartida". Ellas presentan el vínculo de reciprocidad y constituyen "lo pactado"; en el desenvolvimiento se añade fundamentación, y se trata la situación de incumplimiento parcial de una obligación esencial, el cual también provoca resolución (es también incumplimiento resolutorio), salvo defecto insignificante que haga presu-

Se agrega que el incumplimiento debe ser *imputable* al deudor, es decir, que se deba a dolo o culpa suya; más aún, que esté *constituido en mora*. El texto no lo exige expresamente, pero la generalidad de la doctrina así lo concluye.⁷⁴⁶ Se desprende porque si el incumplimiento se debió a caso fortuito, no se podrá pedir

mir abuso del derecho a pedir resolución (Krebs Poulsen, Claus: "La inexecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita". En *Rev. chilena de Derecho*. Vol. 26, N° 4. Univ. Católica de Chile. Santiago, 1999, pp. 839 y sgts.). Pero puede surgir (cuando menos) tensión ante un contrato en el que se conviene e incumple una obligación que según el postulado es no esencial, pero de importante valor o interés para el cumplidor.

Debe también tenerse presente aquí aquella otra postura, de Elgueta Ortiz, de la cual sólo dimos cuenta al comienzo de este párrafo de los requisitos de la resolución, conforme a la cual la resolución sólo es procedente cuando el cumplimiento es imposible o cuando por su tardanza la prestación ya no es útil para el fin que se consideró al contratar. En esta posición, los incumplimientos leves no conducen a la resolución (si cuantitativamente fuere leve, pero frustra el fin considerado, entonces, para esta postura, no es leve; salvo el caso en que, cumpliendo mayoritariamente el fin, el incumplimiento implicare una leve frustración del fin; pareciera que, dentro del espíritu de esta posición, en ese caso tampoco sería admisible la resolución; aquí se aprecia una convergencia con lo planteado en el cuerpo). Siguiendo la tendencia del derecho italiano (ya mencionada), como pauta de valoración la doctrina argentina también insiste en la finalidad económica perseguida por las partes, la función del contrato y el interés del acreedor (v. Ramella, Anteo. Ob. cit., pp. 55 y sgts.; v. también Stiglitz, Rubén, y otros. Ob. cit. T. II, p. 97, que considera el tipo de contrato para determinar si la interdependencia funcional de las prestaciones se ha visto perturbada al extremo de disminuir el interés del acreedor, todo objetivamente considerado).

⁷⁴⁴ Un fallo (antiguo) resolvió que, no habiendo norma que lo impida, es admisible la estipulación por la cual se faculta a uno de los contratantes para determinar si el otro ha cumplido (*G.T.* de 1877, N° 367, p. 178). La validez parece discutible en cuanto se está disponiendo de facultades jurisdiccionales (v. el art. 1462).

A este propósito, el art. 1462 del CC italiano consagra la cláusula denominada "*solvo et repeto*", por la cual el vinculado a ella debe cumplir (casi) a todo trance y después podrá reclamar la restitución de lo ejecutado si demuestra incumplimiento del otro contratante, si resulta ineficacia del contrato, etc., quedando a salvo sí la acción de nulidad.

⁷⁴⁵ En cuanto al momento al que debe considerarse la evaluación de la entidad del incumplimiento, también ha existido discrepancia. Se han postulado el tiempo de la celebración (por ej. Stiglitz, Rubén, y otros. Ob. cit. T. II, p. 98) y el tiempo del incumplimiento. Parece preferible el último. "Si de hecho la facultad resolutoria tiende a proteger el interés del acreedor y si el interés no puede valorarse más que cuando debió ser satisfecho y no lo fue, sería ilógico pretender referir, para juzgar tal lesión, al momento en que se contrató y no a aquel en que tuvo lugar la lesión" (Ramella, Anteo. Ob. cit., p. 58, con cita de Mosco).

⁷⁴⁶ En cuanto a la mora, algunos autores expresan su necesidad; en otros se percibe tácitamente.

la resolución, pues la obligación se extinguió por otro modo de extinguirla cual es la imposibilidad de ejecución (que el CC chileno denomina "pérdida de la cosa que se debe", arts. 1670 y sgts.).⁷⁴⁷ Ha sido también desprendido de la circunstancia de que el art. 1489 permite pedir indemnización, la cual sólo procede existiendo mora (art. 1557), la cual a su vez exige dolo o culpa. La exigencia se repite específicamente en la compraventa, en la que se exige culpa cuando incumple el vendedor (art. 1826) y mora cuando el comprador (art. 1873).⁷⁴⁸ La jurisprudencia lo ha

resuelto del mismo modo. También es citado el art. 1546 conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe y sería contrario a la buena fe pedir la resolución cuando el demandado ha incumplido sin dolo ni culpa.⁷⁴⁹

c) Que el que la ejercita haya cumplido su obligación o esté dispuesto (llano) a cumplirla.

Tampoco lo dispone expresamente el art. 1489, pero así lo entiende la generalidad de la doctrina, que lo desprende fundamentalmente al confrontarlo con el art. 1552 (el tema es examinado en el efecto de las obligaciones).⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹⁻⁷⁵²

⁷⁴⁷ Aquí aparece una tercera alternativa muy discutida en el derecho chileno, a la cual aludimos al tratar las obligaciones de medio y de resultado, y que se examinará más adelante, en los efectos de las obligaciones: la ausencia de culpa. Puede ocurrir que el deudor incumpla sin dolo, sin culpa y sin caso fortuito. Fue diligente, pero no logró efectuar la prestación ¿Queda liberado? En Chile está discutido. Si se estima que la sola ausencia de culpa (sin caso fortuito) no libera al deudor, entonces aquí habría que añadir una tercera posibilidad en que también se podría pedir la resolución: 1ª, cuando se incumplió con dolo; 2ª, cuando se incumplió con culpa; y 3ª, cuando simplemente se incumplió -sin culpa- y no hubo caso fortuito. Dicho en sentido inverso, con esa tesis de que la ausencia de culpa no libera, la resolución estaría impedida: sólo cuando hubo caso fortuito. Incluso más, aunque se estime que la ausencia de culpa libera, es posible sostener que es admisible la resolución, sólo que sin indemnización de perjuicios: la facultad resolutoria surge (objetivamente) por el hecho del incumplimiento y ella no implica responsabilidad, de modo que la liberación por la ausencia de culpa consistiría precisamente en que el deudor no indemnizaría por los perjuicios que puede haber sufrido el acreedor.

⁷⁴⁸ Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 164, pp. 180 y sgts., con la discusión en la doctrina francesa; Stitckin, David. Ob. cit., N° 202, p. 139; además de la imputabilidad, estos autores exigen expresamente la mora; Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1654, p. 529; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 533 B, p. 418; Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., N° 281, p. 264. En contra Elgueta Ortiz, Augusto. Ob. cit. p. 72, para quien lo que hay es sólo una coincidencia de elementos de hecho para constituir en mora y poder pedir la resolución.

En el derecho argentino, donde el punto -con textos distintos- se ha debatido ampliamente, se presenta una clara división de opiniones. V. Miquel, Juan Luis. Ob. cit., pp. 145 y sgts.; Ramella, Anteo. Ob. cit., pp. 115 y sgts. V. también Cristóbal Montes, Angel: "La mora del deudor en la resolución contractual por incumplimiento", en *Rev. de Derecho Privado*, Vol. 69, enero-junio, Madrid, 1985, pp. 91 y sgts., quien, con el texto español, concluye en la necesidad de la mora; Melich Orsini, José: *La resolución del contrato por incumplimiento*. Edit. Temis, 2ª ed. Bogotá-Caracas, 1982; Clemente Meoro, Mario. *La resolución de los contratos por incumplimientos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. V. También para este punto los anteriormente examinados, como el de la resolución por incumplimientos leves, la suspensión de la prestación y hasta la resolución ante peligro de incumplimiento, y la resolución anticipada por certeza de futuro incumplimiento, el nuevo CC holandés (arts. 262 y sgts. el libro 6) y los nuevos textos del CC alemán, luego de la reforma de 2002 (especialmente los parágrafos 321 y 323).

⁷⁴⁹ V. *Repert. de Legislación y Jurisprudencia*, fallos del art. 1489, T. IV, N° 6, p. 115; estos fallos directamente exigen la mora; también *RDJ*, T. 33, p. 486.

⁷⁵⁰ Así Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 165, pp. 184 y sgts.; Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1641, p. 512 y N° 1653, p. 528; Stitckin, David. Ob. cit., N° 202, p. 139.

⁷⁵¹ V. también *RDJ*, T. 90, p. 14.

⁷⁵² En doctrina y jurisprudencia extranjeras se ha planteado también aquí la situación del incumplimiento leve (que asimismo debe examinarse con detención en los efectos de las obligaciones), en los siguientes términos: cuando es el contratante que demanda el cumplimiento, el que habiendo cumplido en general su prestación ha dejado sin cumplir alguna parte irrelevante, se ha estimado que la excepción de contrato no cumplido debe rechazarse; y entonces, ya que el demandante no ha cumplido íntegramente y siempre puede accionar, no podría exigirse al demandado el cumplimiento íntegro, debiendo procederse a una disminución proporcional de su prestación; por la reciprocidad de los contratos bilaterales y equidad (v. Fernández, Francisco: "La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 639, marzo-abril, Madrid, 1997, pp. 426-7, con relato de algunos fallos). Trasladando el punto desde el cumplimiento a la resolución, cuando el actor exhibe un incumplimiento irrelevante y demanda la resolución a su contraparte que en nada ha cumplido, la excepción de contrato no cumplido ¿debe rechazarse y acogerse la acción resolutoria? Es dudoso. Para abordar el problema debe tenerse presente que (como se dijo) la negativa a resolver el contrato cuando es leve el incumplimiento del demandado se funda principalmente en la buena fe y en el principio de preservación del contrato. Con esos mismos elementos debe examinarse cada caso de la situación presente (v. también el art. 1460 inc. 2º del CC italiano).

⁷⁵³ Aunque es más pertinente al tratar los efectos de las obligaciones, por su relación con este tema aquí conviene al menos recordar la actitud de algunas codificaciones de conferir al deudor el derecho a pedir que se suspenda la ejecución de su prestación demostrando que las condiciones patrimoniales de su contraparte han puesto en peligro evidente la obtención de la contraprestación, a menos que se preste garantía suficiente (en ocasiones se extiende a situaciones en que se ha perdido la aptitud para cumplir o se manifiesta disposición a no cumplir); así, por ej., CC italiano (art. 1461); CC brasileño (art. 1092); CC alemán (art. 321); Código suizo de las obligaciones (art. 83); CC holandés (arts. 6-263); Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (art. 71); Proyecto argentino de Derecho Privado Unificado, de 1987 (arts. 1201 y 1204); consagrando norma semejante,