

El texto cumple un rol paralizador o inhibitor, en el sentido de que ante la petición de cumplimiento o resolución, el demandado puede denunciar que el actor también es incumplidor y que, por tanto, con el art. 1552 él no está en mora, porque conforme a este texto, cuando ambos están morosos ninguno lo está. En efecto, para los contratos bilaterales, el art. 1552 ordena un efecto purgador o limpiador de la mora (la mora purga la mora); provocando una suerte de paradoja o, si se quiere, introduciendo una ficción, el precepto dispone que cuando ambos están en mora, ninguno lo está (las moras se eliminan recíprocamente). Ante la demanda de resolución, la jurisprudencia ha admitido la excepción de incumplimiento del actor.⁷⁵³ Entre nosotros esta postura legal deja pendiente una situación: aquella en que ambas partes deciden no cumplir, abandonando cada una el contrato, pero sin proceder a extinguirlo. Si concuerdan en eliminarlo formalmente, bastaría una resciliación. Pero si no lo acuerdan, el contrato queda jurídicamente existente e incumplido, con la incertidumbre que eso significa (por ej., si una de las partes fallece no se sabe la actitud que adoptarán sus herederos). Entonces, uno de ellos pudiere pretender su extinción, para la debida certeza. Los textos no lo solucionan. Una alternativa –insatisfactoria por lo postergante– es esperar a que todas las obligaciones se extingan mediante la prescripción. Hay fallos que reconociendo una laguna legal han declarado extinguido el contrato (acudiendo al espíritu general de la legislación y a la equidad), pero declarando improcedente la indemnización de perjuicios, puesto que para ella

el Proyecto argentino posterior (de 1998) contempla también la suspensión ante propio, temporal y no culpable impedimento (art. 992).

Y debe darse cuenta también de la llamada “ruptura (resolución) anticipada”. Se trata de una posibilidad ya bien desenvuelta en el derecho anglosajón (“*anticipatory breach*”), en cuya virtud un contratante puede pedir la resolución del contrato cuando se constata que la contraparte no podrá cumplir su prestación aún no exigible (puede resultar conveniente incluso al demandado, que tiene la posibilidad de detener la eventual producción de los perjuicios). V., por ej., Atiyah, P.S. Ob. cit., p. 212. También ha sido contemplada en textos. Por ej., por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (art. 72) por el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado de 1987 (art. 1204); y por el Proyecto posterior, de 1998 (arts. 994 y 1057); puede verse en torno a estos últimos preceptos el Fundamento de los redactores.

⁷⁵³ Muchos fallos pueden verse en *Repert. de Legislación y Jurisprudencia*, fallos al art. 1489, N° 7, p. 115. También *RDJ*, T. 81, p. 158.

es necesaria la mora (art. 1557) y en el presente caso ninguno es moroso, conforme al citado art. 1552).⁷⁵⁴⁻⁷⁵⁵ Compartimos la conclusión de que hay vacío y que debe resolverse en el sentido de admitir la resolución; sólo agregamos el fundamento del carácter temporal de la obligación.⁷⁵⁶⁻⁷⁵⁷

d) Que sea declarada por sentencia judicial.

Ya se dijo que la condición ordinaria opera de pleno derecho. La condición tácita requiere de sentencia judicial. El Código no lo dispone expresamente,⁷⁵⁸ pero la doctrina ampliamente dominante así lo concluye. Desde luego, el tenor del precepto dispone que podrá el otro contratante “pedir el cumplimiento o la resolución”; de modo que para lo que está facultado es para “pedir”, petición que habrá de formularse por cierto al tribunal. Por otra parte, si puede pedir el cumplimiento, se llega a la misma conclusión: es porque el contrato aún no se ha resuelto. En definitiva, es la opción la que descarta la resolución de pleno dere-

⁷⁵⁴ Así, tratándose de contratos de promesa de compraventa, *RDJ*, T. 28, p. 689 (a este fallo se refiere en términos favorables Elgueta, Augusto. Ob. cit., p. 60). Pero V. *RDJ*, T. 57, p. 274.

⁷⁵⁵ Elgueta Anguita, citando a Elgueta Ortiz, formula otro planteamiento (debe recordarse que para la resolución estos autores no exigen imputabilidad ni mora). Primero, postula que la solución no emerge del art. 1489 ni del art. 1552, el cual ni siquiera contiene la excepción de contrato no cumplido; según él, esta excepción surge del art. 1489 (y cita en su apoyo a Giorgi). Luego reconoce igualmente que para el incumplimiento recíproco hay vacío legal y que debe ser colmado con el fundamento del art. 1489. Recuerda que (para Elgueta Ortiz) el fundamento de ese texto es la presuposición real, efectiva, de cada parte de que la otra habrá de cumplir su prestación. Cuando no se cumple, esa presuposición ha fallado y puede pedir el cumplimiento o resolución. Esa misma razón existe aquí. Cuando ambos no cumplen, la presuposición de cada uno ha fallado y entonces cualquiera puede pedir la resolución (Elgueta, Augusto. Ob. cit., p. 51).

Quando inicia el tratamiento del punto, anota que en caso de incumplimiento recíproco la doctrina nacional niega la acción resolutoria a los contratantes y cita en ese sentido a Claro Solar (N° 165, tal vez porque allí este autor exige mora del deudor para demandarle la resolución), pero este último (en el N° 168 de su obra) alude –brevemente– al incumplimiento recíproco precisamente, y ahí postula (también reconociendo, tácitamente, vacío) que “toca en estos casos al juez”, apreciando los hechos, decidir. Y cita a exégetas franceses y a Giorgi (Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 168, p. 190).

⁷⁵⁶ Característica que se trató en la teoría general de la obligación.

⁷⁵⁷ También podría sostenerse que es necesario ser cumplidor para pedir el cumplimiento, mas no para pedir la resolución.

⁷⁵⁸ A diferencia del Código francés (art. 1184).

cho; si la resolución operara de pleno derecho, no habría opción.⁷⁵⁹ Y la jurisprudencia así lo ha resuelto.⁷⁶⁰

Pero también se ha sostenido que la resolución opera de pleno Derecho, cuando el acreedor cumplidor opta por la resolución interponiendo la respectiva demanda en que la pide.⁷⁶¹⁻⁷⁶²

De la conclusión de que la resolución se produce mediante la sentencia, doctrina y jurisprudencia chilenas han deducido que entonces el deudor puede todavía cumplir durante todo el curso del litigio, puede enervar la acción pagando, lo cual guardaría coherencia con el art. 310 del CPC, el cual dispone que la excepción de pago es una (de las pocas) que se puede oponer en cualquier estado del juicio (y no sólo en la contestación de la demanda, como es la regla general), hasta antes de la citación para oír sentencia en primera instancia y hasta antes de la vista de la causa en segunda (y se agrega, como es natural, que si el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor podrá pagar por consignación). Aceptándola, algunos autores llegan a denunciar la inconveniencia de esta conclusión, porque con ella se altera la

opción, y el deudor puede postergar el cumplimiento por largo tiempo durante el proceso.⁷⁶³

Por nuestra parte discrepamos. Concordamos en que la resolución no opera de pleno derecho. Pero de esa afirmación no tiene por qué extraerse necesariamente que el deudor puede pagar durante todo el curso del pleito. De ser así, se estaría transgrediendo el art. 1489, el cual ordena que la opción la tiene el contratante cumplidor, lo cual es bien justificado. Con aquella conclusión la opción pasaría al deudor, el cual podría cumplir el contrato o dejar que se resuelva y, más aún, gobernaría, tendría en sus manos la suerte del contrato durante todo el proceso; hasta última hora podría pagar o dejar que el contrato se resuelva. Estimamos que, obediendo al art. 1489, la opción la tiene el cumplidor, el cual la ejercita al interponer la demanda. Desde entonces, el deudor ya no puede pagar. Pero el contrato no se resuelve al demandar; es necesaria la sentencia, en la que se declarará (si fuere del caso) que la opción del actor estuvo ajustada a derecho. Nótese que no porque el actor presente una demanda al tribunal ha de estar todo conforme; debe oírse a la contraria, por si sostiene que la demanda es improcedente porque él cumplió, o que el actor tampoco ha cumplido, etc. Entonces el fallo declarará si están o no reunidas todas las exigencias para la resolución y, si es así, constatando todos los supuestos, declarará que el contrato está resuelto.⁷⁶⁴ Esta solución, que nos parece justa y lógica, no encuentra tropiezo legal alguno, antes bien, se ajusta al texto del art. 1489, que confiere la opción al cumplidor. Resta hacerse cargo del citado art. 310 del CPC. Podría objetarse que esta solución contradice al art. 310. Pero no es así. Lo que el art. 310 dispone es que la excepción de pago puede oponerse en cualquier estado del juicio, no que se pueda pagar en cualquier estado del juicio (la excepción es tan trascendente que la ley persigue evitar que por no oponerse durante el breve plazo de la contestación de la demanda se produzca la injusticia de que

⁷⁵⁹ Así, por ej., Claro Solar, Luis. Ob. cit., T. V, N° 161 y sgts., pp. 176 y sgts. Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 162; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. *Obligaciones*, N° 115, p. 78; Sitchkin, David. Ob. cit., N° 205, p. 140; Vio Vásquez, Efraín. Ob. cit., p. 292; Meza Barros, Ramón. Ob. cit., p. 91; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 420. Este último autor advierte que el argumento de que sí se puede pedir el cumplimiento por que aún no se ha resuelto el contrato, no es convincente, porque conforme al art. 1487 —aplicable a toda condición, al menos también a la resolutoria tácita— la condición cumplida puede renunciarse, de modo que aunque la resolución opere de pleno derecho, al acreedor le bastaría con renunciar a la resolución para pedir el cumplimiento. Estimamos que es controvertible el planteamiento; conforme al art. 1489 el acreedor simplemente tiene la opción sin que le sea necesario efectuar gestión (la renuncia) alguna.

⁷⁶⁰ Así, por ej., RDJ, T. 48, p. 574; T. 60, p. 58; T. 61, p. 58; T. 65, p. 314; T. 77 secc. 2°, p. 77 (consid. 4°); T. 84, p. 149; T. 87, secc. 2°, p. 43; T. 90, p. 14. También *F. del M.* N° 119, p. 217, sent. 5. Otros fallos pueden verse en *Repert. de Legislación y Jurisprudencia*, fallos al art. 1489, N° 24, p. 119.

⁷⁶¹ Según Alessandri, así lo sostenía el profesor Ruperto Bahamonde en la Cátedra y en los Tribunales (Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit. p. 161).

⁷⁶² Códigos del siglo XX se inclinan por un régimen distinto: el cumplido íntima al deudor a cumplir dentro de cierto breve plazo, y transcurrido sin que cumpla, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Así los códigos italiano (art. 1454), boliviano (art. 570), peruano (art. 1429), paraguayo (art. 728). Véase también el art. 1204 del CC argentino, el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1987 (art. 1204) y el Proyecto posterior, de 1998 (art. 1055).

⁷⁶³ V. los autores recién citados que se pronuncian por la resolución en virtud de sentencia. Y sentencias, en *Repert. de Legislación y Jurisprudencia*, cit., fallos al art. 1489, N° 25, p. 120; v. también, RDJ, T. 77, secc. 2°, p. 77; T. 84, p. 149.

⁷⁶⁴ Aquí es donde precisamente surge aquella opinión del profesor Bahamonde (citada por el profesor Alessandri), conforme a la cual el contrato se resuelve al interponer la demanda pidiendo la resolución; el día en que ejerce la opción optando por la resolución. Y tal vez la postura era de que, por el carácter declarativo de la sentencia, se tendría por resuelto el día de la demanda.

el deudor se vea obligado a un doble pago, por lo que le permite oponer esa excepción en cualquier tiempo durante el pleito). Esto significa simplemente que si el deudor había pagado (antes de la demanda), puede oponer la excepción de pago durante todo el litigio, pero no significa que pueda pagar después de la demanda, porque entonces la opción, como se dijo, la tendría él, lo que es contrario al texto legal; él es el incumplidor, y habiéndose optado por la resolución por quien tenía la opción, ya no es tiempo de que pague.⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶⁻⁷⁶⁷

Esta posición debe enfrentar una dificultad: aun en el pacto comisorio calificado, situación de extremo rigor, el incumplidor dispone de 24 horas para cumplir, y aquí, en la tácita, no tendría ese beneficio, lo cual, al menos aparentemente, no resulta coherente. Pero hay también explicación. Debe considerarse que la ley ha conferido ese plazo para el pacto comisorio calificado en la compraventa, por el no pago del precio; entonces, ese alivio puede justificarse por la función social de masivo instrumento de cambio de bienes y servicios que tiene la compraventa; atendida esa función el legislador defiende su subsistencia con esa posibilidad.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ Este planteamiento evita situaciones que, extremando la postura dominante, se han llegado a producir: el acreedor cumplidor demanda la resolución, con indemnización de perjuicios; durante el proceso el deudor moroso ejecuta su prestación, que a esta altura ya sirve poco al acreedor, y opone la excepción de pago; acogiendo la demanda, el juez rechaza la demanda; agrega que, como la acción de perjuicios es dependiente de la principal de resolución (o de cumplimiento en su caso) y ésta ha debido rechazarla, rechaza también la petición de indemnización; y añade que como las reglas procesales le ordenan que cuando un litigante es totalmente vencido en el pleito debe condenarlo en costas, así procede. En estos términos, el demandante que ha cumplido íntegra y oportunamente su obligación ve cómo le incumplen tardíamente, no le pagan indemnización por la mora, pierde el litigio, puede llegar a pagar, aparte de la suya, la asesoría legal del incumplidor.

⁷⁶⁶ Esta posición, a la que nos plegamos, ha sido bien expuesta y fundada por Elgueta Anguita en su obra sobre la resolución de contratos que aquí hemos citado citando, la cual toma algunas bases de la obra de Elgueta Ortiz, también aquí citada. Inicia el fundamento con un relato sobre la doctrina del derecho potestativo, calificación que atribuyen al que tiene el acreedor cumplidor (Elgueta Anguita, Augusto. Ob. cit., especialmente pp. 97 y sgts.).

⁷⁶⁷ El art. 1453 inc. 3° del CC italiano dispone: "Desde la fecha de la demanda de resolución el incumplidor(a) ya no podrá cumplir su obligación". En términos semejantes, los arts. 1428 inc. 2° del CC peruano; 568 inc. 2° del CC boliviano.

⁷⁶⁸ Un autor ha propuesto esta explicación a propósito de un debate cercano, en el pacto comisorio, y que luego se verá; también puede ser empleado aquí (Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 543, p. 428).

Por último, pueden observarse algunas diferencias entre las condiciones ordinaria y tácita, derivadas en gran medida de su distinto contenido.

a) La ordinaria debe expresarse y la tácita —de ahí su nombre— se subentiende.

b) La ordinaria es incluíble en cualquier obligación; la tácita se aplica a los contratos bilaterales (pero debe recordarse su discutible aplicación a los contratos unilaterales).

c) La ordinaria opera de pleno derecho; la tácita requiere de sentencia judicial.

d) La ordinaria produce (además del efecto suspensivo) sólo el efecto resolutorio; la tácita genera la alternativa para pedir cumplimiento o resolución, y además, indemnización de perjuicios.

e) En la ordinaria no es posible enervar la resolución pagando; en la tácita sí (mayoritariamente se estima que durante todo el curso del juicio en el que se pide la resolución y, en opinión minoritaria, hasta que se ejercita la opción pidiéndose la resolución).

f) La constatación y aplicación de los efectos en la ordinaria pueden ser pedidos por todo aquel que tenga interés; la constatación de la tácita (la constatación del incumplimiento) y la resolución del contrato pueden ser pedidos por el acreedor cumplidor.

3. El efecto resolutorio derivado del pacto comisorio

El Código trata este pacto en cuatro disposiciones, dentro del título de la compraventa (arts. 1877 a 1880).

El art. 1877 describe el contenido. En suma, es la condición tácita (del art. 1489) expresada. La redacción del inc. 2° (algo repetitiva) suele ser explicada en el sentido de que el redactor quiso dejar en claro que la estipulación del pacto no debe conducir a la conclusión de que en la compraventa no es aplicable la condición tácita (temor que no se justifica sobre todo considerando que esa aplicación en este contrato ya estaba bien manifestada en los arts. 1826 inc. 2° y 1873).

Por otra parte, la verdadera repetición que el inc. 2° hace del inc. 1° ha conducido a sostener que el pacto comisorio sólo podría estipularse en la compraventa y más específicamente para la obligación de pagar el precio (como literalmente allí se establece), opinión que ciertamente no ha prosperado. La conclusión de que el pacto comisorio puede estipularse en cualquier contrato y respecto de cualquier obligación no puede discutirse. Esa general aplica-

ción puede fundarse al menos en las siguientes razones: a) La implantación del pacto en la compraventa tiene una explicación histórica sin que se deba a una intención restrictora; la *lex comisorio*, su remoto antecedente, se gestó en este contrato. b) En substancia, no se trata más que de la condición tácita expresada; si se entiende en vuelta esa condición en todo contrato bilateral, no hay razón para impedir que se exprese. c) No existiendo justificación en el orden público para restringirlo, el principio de la libertad contractual conduce a la conclusión de que las partes pueden implantarlo donde lo estimen. d) Si las partes pueden en general estipular cualquier hecho futuro e incierto como condición, no hay por qué impedir que ese hecho sea el incumplimiento de alguna de las obligaciones que crean. Generalizadamente, doctrina⁷⁶⁹ y jurisprudencia⁷⁷⁰ así lo han declarado. Y se estipula con frecuencia en los contratos de arrendamiento⁷⁷¹ y aun en los de promesa de compraventa.⁷⁷²

La admisibilidad del pacto más allá de la obligación de pagar el precio en la compraventa deja pendiente el problema de las normas por las que se gobierna en tales otras materias, para cuya solución debe considerarse la circunstancia de existir dos categorías: simple y calificado, cuya base se encuentra en las expresiones del art. 1879

⁷⁶⁹ Así, por ej., Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N^{os} 175 y sgts., pp. 197 y sgts., especialmente N^o 186, p. 215 y sgts.; del mismo autor, comentario a la sentencia de RDJ, T. 11, p. 481, y su estudio "Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio", en RDJ, T. 8, Parte Derecho, pp. 175 y sgts.; Santa Cruz, Víctor, comentario a la sentencia de RDJ, T. 46, p. 109; Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 165, y *De la compraventa...*, cit. T. II, N^o 1702, pp. 652 y sgts.; Stitchkin, David. Ob. cit. N^o 215, p. 147.

⁷⁷⁰ Así, por ej., RDJ, T. 11, p. 481 (con comentario de don Luis Claro Solar); T. 24, p. 716; T. 37, p. 404; T. 41, p. 481; T. 46, p. 109 (con comentario de don Víctor Santa Cruz); T. 51, secc. 2^a, p. 81; T. 52, p. 134; T. 54, p. 57; T. 65, secc. 2^a, p. 22, especialmente ilustrativo.

⁷⁷¹ Por ej., "Si el arrendatario no paga la renta estipulada dentro del plazo convenido, este arrendamiento terminará" (o, más frecuentemente, "terminará ipso facto").

⁷⁷² *F. del M.* N^o 180, sent. 6, p. 214. Se llega a estimar admisible el pacto en los contratos unilaterales, produciendo el efecto de una verdadera anticipación del cumplimiento de la obligación pendiente. Se cita en apoyo el art. 2271, que lo permite expresamente para la renta vitalicia (Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 423). Pero este razonamiento es controvertible. La circunstancia de que se establezca expresamente una regla en algún sentido (permitiendo o prohibiendo) para cierta materia particular, habitualmente permite argumentar en ambos sentidos, que es manifestación de una actitud general que aquí por alguna razón se expresó, o que demuestra que la regla general es la inversa, y que aquí se optó por alterarla, para lo que se impuso norma expresa.

En apreciación general, puede consignarse que existiendo en la materia una situación específica reglada (la del pacto comisorio en la compraventa para la obligación de pagar el precio), al admitirse su aplicación a otros campos se van proponiendo situaciones que escalonadamente se alejan de aquella inicial reglada. Entonces, se va produciendo un combate entre un argumento y un principio usado como argumento (la analogía y la libertad contractual), los cuales van exhibiendo diverso vigor según la distancia a que se encuentra la situación propuesta de la inicial reglada. Y puede concluirse: mientras la situación planteada más se aleja de la expresamente regulada, en esa misma medida se va debilitando la analogía y cobrando vigor el principio de la libertad contractual. Como si la complicación fuera poca, se agrega la circunstancia de que, como se dijo, deben distinguirse las dos categorías de pacto comisorio.

— *Pacto comisorio simple*

Es la condición tácita expresada (art. 1877).

En cuanto a las reglas por las que se rige y, dentro de ellas, destacadamente en cuanto a si el efecto se produce de pleno derecho o previa sentencia, debe distinguirse.

Si se estipula en la compraventa para la obligación de pagar el precio. No hay dificultad. Las reglas son las allí consignadas y requiere de sentencia judicial que, constatando el incumplimiento, declare la resolución (que el contrato no se resuelve de pleno derecho queda claro con el art. 1878) (y el deudor puede pagar durante el juicio o no, según la discusión antes descrita).

Si se estipula en la compraventa para otras obligaciones. Ya surge la discusión. Se ha sostenido que deben aplicarse las mismas reglas, por analogía, la cual en esta primera incursión al terreno de lo no regulado presenta bastante vigor. En esta postura, además de operar mediante sentencia, se aplicaría también la regla de la prescripción, de 4 años (art. 1880) en lugar del plazo general de prescripción extintiva de 5 años.⁷⁷³ En contra, se sostiene que fuera de la situación específicamente reglada debe prevalecer la libertad contractual; respecto de la forma como opera, se postula que debe aplicarse supletoriamente la solución dada por la ley para la misma situación, es decir, la de la condición tácita, y opera, por tanto, previa sentencia judicial, pero no se aplica el plazo especial de prescrip-

⁷⁷³ Así Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N^o 1702, pp. 652 y sgts.

ción de 4 años (que está dado para la compraventa por la obligación de pagar el precio), sino el general de 5 años (que es el aplicable a la condición tácita).⁷⁷⁴

Si se estipula en otros contratos. Las posiciones son las mismas. Sólo que, estando aquí más alejados de la situación específica reglada, el argumento de la analogía va perdiendo fuerza (y recíprocamente la va ganando el principio de la libertad contractual).

– *Pacto comisorio calificado*

Está regulado en el art. 1879. La novedad aquí consiste en la agregación del énfasis en el efecto resolutorio (“ipso facto”, que podría reemplazarse por expresiones equivalentes, como “de pleno derecho”, “de hecho y de derecho”, etc.).⁷⁷⁵

Para determinar las normas aplicables y, en particular, la forma en que opera, nuevamente debe distinguirse:

Si se estipula en la compraventa por el no pago del precio. Se rige por el art. 1879. No obstante el rigor de lo dispuesto por las partes, el texto ordena que aun el deudor puede pagar dentro del breve plazo que fija.

Ante el tenor del precepto, no se discute la necesidad de un juicio en el que se demande la resolución. a) El texto (art. 1879) dispone que el deudor puede hacer “subsistir” el contrato pagando dentro de las 24 horas (lo que demuestra que la resolución no se produjo de pleno derecho por el solo hecho del incumplimiento). b) Conforme al mismo precepto, el plazo de 24 horas se cuenta precisamente desde la notificación judicial de la “demanda”, lo cual implica juicio y, por tanto, sentencia. c) El art. 1878 dispone que el pacto (se ha entendido, simple o calificado)⁷⁷⁶ no priva al vendedor de la elección de acciones; entonces, si puede demandar el cumplimiento es porque el contrato aún no se ha resuelto. d) El art. 1879 permite hacerlo “subsistir”, lo que demuestra que aún no se ha resuelto. e) El elemento histórico conduce a la misma conclusión; en los proyectos quedó claro que el redactor se se-

⁷⁷⁴ Así, Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 425.

⁷⁷⁵ Así se ha resuelto. Por ej., *RDJ*, T. 17, p. 117; T. 46, p. 599; T. 65, secc. 2°, p. 22.

⁷⁷⁶ La regla está ubicada antes del pacto calificado; esta circunstancia y su claridad militan en favor de su aplicación sólo al simple; pero, acudiendo a la distinción, a la función de inductor al cumplimiento y a las demás reglas que lo regulan, las cuales armonizan mejor con su aplicación a ambos, la generalidad de la doctrina aplican el precepto también al calificado (así, por ej., Claro Solar Luis. Ob. cit. T. V, N° 179, p. 202; Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1708, p. 703, con cita de fallos; este autor agrega que la consignación de la norma entre los efectos del pacto es muestra también de su aplicación a ambos).

paró en este punto del modelo que en esta materia habitualmente siguió (el CC francés, particularmente con su art. 1656).⁷⁷⁷

Y respecto de *cuándo* se produce la resolución, hay a lo menos tres alternativas posibles (no habiéndose pagado dentro de las 24 horas): al quedar ejecutoriada la sentencia que declara la resolución (con ésta, la diferencia entre el pacto comisorio simple y el calificado residiría sólo en la abreviación en este último del plazo para pagar, si se estima que en el simple se puede pagar durante todo el juicio); al transcurrir las 24 horas; y al incumplirse, es decir, al día en que debió pagarse el precio (como lo estipularon las partes). Parece predominar la conclusión de que al transcurrir las 24 horas.⁷⁷⁸ Con la primera alternativa sería posible evitar la resolución si el deudor paga después de las 24 horas y el acreedor lo acepta.⁷⁷⁹

En todo caso, está claro que (sin la voluntad del acreedor) transcurridas las 24 horas el deudor ya no puede obstruir la resolución pagando.

El plazo es fatal (se emplea la voz “en” y debe relacionarse con el art. 49) y siendo de horas, no le es aplicable el art. 48 (que está dispuesto para plazos de días, meses o años).⁷⁸⁰⁻⁷⁸¹

⁷⁷⁷ Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., N° 346, p. 335, se extiende en el argumento histórico y sustenta la solución, citando a Claro Solar (en su obra aquí siempre citada) y a Alessandri (en su estudio sobre la compraventa). También Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 542 A., p. 425; Stitchkin, David. Ob. cit., N° 220, p. 152. Este último autor agrega que, como requiere de sentencia, si bien el demandado no puede pagar después de las 24 horas, puede oponer otras excepciones, lo que es natural; y, además, el acreedor pudiera voluntariamente recibir un pago posterior, con lo que detendría la resolución. Pero, como se dirá luego en el cuerpo, esta posibilidad depende de la interrogante de cuándo se resuelve el contrato, si a las 24 horas o el día de quedar firme el fallo.

⁷⁷⁸ Así, por ej., Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1704 y sgts., pp. 663 y sgts.; Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. Obligaciones, cit., N° 111, p. 135; Somarriva, Manuel, en Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 127, pp. 83 y 84.

⁷⁷⁹ Por otra parte, propone el profesor Somarriva (en la obra recién citada) que en el pacto comisorio simple, y –agreguemos– también en el calificado con la primera de las alternativas que hemos descrito, el cumplidor que primero demanda la resolución y no le pagaron dentro de las 24 horas, podría más tarde, dentro del juicio, desistirse y demandar el cumplimiento; lo que no sería posible en las otras alternativas.

⁷⁸⁰ Si la demanda es notificada cierto día a las 10 horas, el plazo vence a las 10 horas y no a las 24 horas del día siguiente. Pero aún más, no hay norma que disponga que el plazo de horas es de horas completas, de modo que si es notificada a las 10,20 horas, el plazo vence a las 10,20 horas del día siguiente y no a las 11. Como el plazo no es de horas completas, la regla requiere ya no del ca-

Si se estipula en la compraventa para otras obligaciones. Luego de estar trabadas en varios puntos, aquí las discusiones han disminuido, en términos que pueden tenerse por establecidas las siguientes conclusiones:

a) Puede estipularse en cualquier contrato, incluso en uno unilateral.

b) El pacto puede consignarse para el evento de incumplirse "una cualquiera de las obligaciones del contrato" o para cualquiera de las obligaciones de uno de los contratantes o para una determinada obligación de las varias que han surgido del contrato.

c) No hay fórmula sacramental. Puede emplearse la expresión legal (ipso facto) u otra equivalente.

Pero nuevamente surge la discordia respecto de las reglas por las que se regiría y, dentro de ellas, acerca de cómo opera. Las alternativas de respuesta se enfrentan conduciendo principalmente los argumentos descritos al comienzo: la analogía y la voluntad de las partes. Haciendo prevalecer la analogía, se aplican las reglas dadas para la obligación de pagar el precio, lo que significa que para la resolución se requiere de sentencia, prescribe en los cuatro años (contados como se indica) y en cuanto al específico punto de cuándo se produce la resolución, se mantiene la discusión de si el día de la sentencia o al transcurrir las 24 horas. Haciendo prevalecer la voluntad de las partes se prescinde de las reglas dadas para la obligación de pagar el precio, que son replegadas al campo al que se refiere su tenor y, tal como las partes lo expresaron, si se incumple la obligación el contrato se resuelve ipso facto, es decir, mediante el incumplimiento, no mediante la sentencia, en el instante en que se configura el incumplimiento, y la prescripción se regiría por las reglas generales, no por el art. 1880 (con lo que la acción prescribiría en 5 años, que es el plazo ordinario).

lendario, sino del otro instrumento medidor del tiempo, el reloj, que habitualmente se emplea hasta su fraccionamiento del tiempo en minutos (sin perjuicio de lo dicho respecto de los incumplimientos leves, proporcionalmente considerados).

⁷⁸¹ El pago, que debe efectuarse dentro de las 24 horas, debe contener todo lo exigible y pedido al notificarse la demanda, con todas las demás exigencias generales del pago.

Si el acreedor se niega a recibirlo, por cierto habrá de acudir al pago por consignación. Y no será fácil atendido el plazo. Para diversos pormenores sobre el pago dentro de este tan breve lapso puede verse Herrera Arrau, Alberto, "El pago que autoriza el art. 1879 del Código Civil". Cuándo y cómo debe hacerse. En *Rev. de Derecho. U. de Concepción*, N° 1, Concepción, 1933, pp. 31 y sgts.

En general, en la doctrina y la jurisprudencia tiende a predominar la alternativa de preferir a la voluntad de los contratantes. En síntesis, esta solución se adopta con fundamentos como los siguientes: a) Frente a la analogía debe considerarse el art. 1545. b) La condición resolutoria tácita, que es la base a la cual el pacto modifica, es un elemento de la naturaleza del contrato (se entiende incorporada sin necesidad de cláusula especial, como lo declara el art. 1444) y por tanto puede ser excluida o modificada por la voluntad de las partes, conforme a sus acuerdos, que es lo que aquí acontece. c) Las normas dispuestas para la compraventa, en la obligación de pagar el precio, se justifican por el rol que en la sociedad cumple este contrato, como instrumento fundamental en la circulación de los bienes, por lo que se tiende a que el contrato permanezca, evitando los trastornos que produce su resolución; siendo la situación más frecuente la del deudor que no paga el precio, en aquella dirección se le confirió una oportunidad para que cumpla y así se conserva el contrato aun a costa de reprimir la voluntad de las partes cuando pretenden que se resuelva ipso facto; pero no debe extenderse esa excepcional justificación ni a otras obligaciones en la venta ni menos a otros contratos. d) En casos de incumplimientos, la regla general es el estatuto de la condición tácita y por eso en el pacto comisorio simple se aplica esa normativa; pero en el calificado las partes expresamente quisieron separarse de ella (añadiendo la calificación de ipso facto), por lo que procede aplicar la regla aun más general, que es el estatuto aplicable a todas las condiciones, conforme al cual opera de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.⁷⁸²

⁷⁸² Así, por ej., Stitckin, David. Ob. cit., N° 223, p. 155 (emplea también el art. 1560); Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 543 B, p. 427; Santa Cruz, Víctor: Comentario a la sentencia de *RDJ*, T. 46, p. 109 (hace presente que siendo el pacto una condición resolutoria, se le aplica el art. 1484).

Don Luis Claro Solar sostiene una opinión bien distinta. Según él, el pacto comisorio calificado fuera del ámbito en el que está establecido (es decir, fuera de la obligación de pagar el precio en la compraventa) y, especialmente en otro contrato, no se rige por la voluntad de las partes y ni siquiera analógicamente por las reglas dadas para este pacto en la obligación de pagar el precio en la compraventa, sino por las reglas de la condición tácita; tratándose concretamente de cuándo se resuelve el contrato y hasta cuándo puede pagar el moroso, estima que la regla de pagar sólo hasta las 24 horas desde la notificación judicial de la demanda es una limitación excepcional dispuesta sólo para esa obligación de pagar el precio en la compraventa, de modo que fuera de esa situación no hay limitación, se vuelve a la regla de la tácita y, por tanto, el contrato se resuelve al dictar-

Al postular que rige exactamente la voluntad de las partes y que por tanto el contrato se resuelve automáticamente con el incumplimiento, a esta tesis se le denuncia el inconveniente de que, procediendo de ese modo, la pervivencia del contrato queda entregada a la mera voluntad del deudor, a quien le bastaría incumplir para con eso extinguir el contrato, situación que, por una parte, conduce a la nulidad, porque se trataría de una condición meramente potestativa que depende de la sola voluntad de la persona que se obliga; y, por otra parte, aunque no se llegara a esa nulidad, en todo caso esa situación (de que el deudor gobierne la suerte del contrato) no es satisfactoria. Esa objeción ha sido respondida. En primer lugar, la calificación como condición meramente potestativa dependiente del deudor es objetable; no depende de su mera voluntad, sino de un hecho voluntario (y entonces, conforme al art. 1478 inc. 2º, vale).⁷⁸³ Y en cuanto a la

se sentencia firme y el moroso puede pagar durante todo el litigio, hasta la firmeza del fallo (Ob. cit. T. V, N°s 183 y sgts. pp. 207 y sgts.). V. también Alessandri Arturo. *De la compra-venta...*, cit. T. II, N° 1703, pp. 655 y sgts.

También *RDJ*, T. 24, p. 716; T. 37, p. 404; T. 41, p. 481; T. 46, p. 109, con comentario de don Víctor Santa Cruz; T. 51, secc. 2ª, p. 81; T. 52, p. 134; T. 54, p. 57; T. 65, secc. 2ª, p. 22; *F. del M.* N° 453, sent. 17, p. 1654, que hace prevalecer la voluntad de las partes sobre el art. 1977.

En contra, *G.T.* de 1889, T. I, N° 1415, p. 964; *RDJ*, T. 38, p. 318; T. 86, secc. 5ª, p. 92, Consid. 2.

Relativos al pacto comisorio en ciertos puntos específicos del arrendamiento, pueden verse fallos en *Gaceta Jurídica* N° 145, sent. 1, p. 80; *F. del M.* N° 453, sent. 11, p. 1631.

⁷⁸³ Aquí el análisis puede profundizarse. Aparentemente, el acto de "no pagar" o "no cumplir" implica inactividad y, por tanto, parece identificarse con la "sola (o mera) voluntad"; no se observa un "hecho" voluntario. Pero, en primer lugar, debe recordarse que hay incumplimientos que requieren de hechos, como en las prestaciones negativas, en que, consistiendo en no hacer, se incumplen "haciendo". En segundo, hay incumplimientos que se traducen en hechos dirigidos a ejecutar la prestación, pero resultaron inapropiados o insatisfactorios para el acreedor; allí hubo incumplimiento en calidad (se estimará que el deudor ejecutó "mal" la prestación). En estas situaciones de incumplimiento hay "hechos" y no sólo mera voluntad de incumplir. Entonces ahora el campo de la objeción está reducido. Se reduce a los incumplimientos: totales (en que el deudor "nada hizo") y parciales cuantitativos, en las prestaciones positivas. En los totales hay ausencia de "hecho" y, por tanto, como se dijo, esa actitud es identificable —se dirá— con la "sola voluntad"; en los parciales cuantitativos se pretenderá aplicar esta misma postura en el sentido de que si bien en lo que se alcanzó a ejecutar hubo "hecho" en lo no ejecutado hay "sola voluntad" de no ejecutar. Sin embargo estimamos que no debe identificarse la mera voluntad con la abstención de cumplir; desde

insatisfacción porque la suerte del contrato quede entregada a la voluntad del deudor, no es justificada, porque fueron las partes quienes, en su tiempo, así lo estipularon y bien pudieron prever la situación que se podría producir; pero, sobre todo, la objeción no tiene mucha consistencia desde que existe alternativa para la redacción del pacto; si quieren, y suele procederse así, pueden pactarlo como facultativo para el acreedor (por ej.: si el arrendatario no pagare la renta dentro del plazo convenido, el arrendador queda facultado para terminar de inmediato el contrato mediante declaración escrita formulada en tal sentido y entregada por un notario en el inmueble arrendado)⁷⁸⁴ (la solución del CC italiano para lo que llama "cláusula resolutoria expresa" es preferible: "la resolución se producirá de derecho cuando la parte

luego no en la abstención parcial y aun en la abstención total (incumplimiento total). La razón técnica es decisiva, lo cual ha de ser bastante porque la objeción es técnica y aun sólo legalista. La razón técnica es ésta: la regla del art. 1487 está dispuesta para la *generación* de la obligación; pero aquí la obligación en su tiempo ya nació y ahora sólo se trata de su extinción mediante el cumplimiento. El dilema de cumplir o no puede estar entregado al arbitrio del deudor, pero a lo que la regla se refiere es a que es nula la obligación "contraída" bajo una condición meramente potestativa; es decir, aquella cuyo *nacimiento* se supedita a un evento que depende sólo del que sería deudor si la condición se cumple. Y la situación presente está ubicada en otra etapa, en la del cumplimiento de una obligación que ya nació. Por otra parte, si se acude a la justificación de la regla, ya mencionada (la seriedad de la voluntad), tampoco aparece aquí, por lo mismo; no está en entredicho una voluntad sería para generar una obligación, sino para cumplirla o dejar de cumplirla. Por último, no puede identificarse la mera voluntad con la ausencia de actividad; la mera voluntad ("si quiero") implica capricho, decisión exenta de previos inductores para tomarla; en cambio aquí se está en presencia de una obligación ya creada, en que se trata de un deudor que está decidiendo si se convierte en incumplidor y que, por tanto, le traerá consecuencias indemnizatorias ante el acreedor y de otros géneros ante el grupo social; entonces su decisión, aunque se traduzca en una simple inactividad, no puede equipararse a una "pura" o "mera" voluntad.

⁷⁸⁴ Tratando de desvirtuar la objeción, también se ha planteado que no es tan efectivo que la suerte del contrato quede entregada al deudor, porque el acreedor puede renunciar a la resolución, conforme al art. 1487 (optando por el cumplimiento) (Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 543, p. 429). Pero tratándose de un pacto comisorio en el que se está postulando que opera de pleno derecho, es difícil admitir que pueda el acreedor renunciar a la resolución, pues, precisamente, se está sosteniendo que ya al acaecer el evento del incumplimiento, se resolvió; así, después ya no habría manera de detener esa resolución, porque ya se produjo.

interesada declare a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria" (art. 1456). Y ha sido seguido).⁷⁸⁵

Si se estipula en otros contratos. Las alternativas son las mismas de la situación precedente, con las respectivas consecuencias. Aquí el vigor de la analogía declina y, recíprocamente, se fortalece la autonomía de la voluntad. Así, el predominio de esta última, ya manifestado en la situación anterior, se enfatiza, hasta tener la solución casi por definitiva. Si se estipula que por el incumplimiento se resuelve el contrato de pleno derecho, así será.⁷⁸⁶

Ya se dijo que el pacto es frecuente en el contrato de arrendamiento. Allí, una inmediata y visible consecuencia (de que opere de pleno derecho, conforme a la autonomía de la voluntad) es que al producirse el incumplimiento lo procedente es —fundándose en él— pedir la restitución de la cosa dada en arriendo.⁷⁸⁷

4. La resolución del contrato y la distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer

El Código contiene tres disposiciones cuyo funcionamiento conviene aclarar respecto de la alternativa resolutoria. Se trata de los arts. 1489, 1553 y 1555.

⁷⁸⁵ En términos semejantes los códigos portugués (art. 436), boliviano (art. 569, más drástico), paraguay (art. 726); también el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1987 (art. 1203) y el Proyecto posterior, de 1998 (art. 1052).

⁷⁸⁶ Por ej. *RDJ*, T. 24, p. 716; T. 37, p. 404; T. 41, p. 481; T. 46, p. 109, comentario de don Víctor Santa Cruz S.; T. 51, secc. 2ª, p. 81; T. 52, p. 134; T. 54, p. 57; T. 65, secc. 2ª, p. 22, bastante desarrollado; *F del M.* N° 180, sent. 6, p. 214.

⁷⁸⁷ Y no la terminación del contrato, o el desahucio (que es una terminación por voluntad unilateral) y en consecuencia la restitución de la cosa, porque no se puede pedir que el juez declare la terminación de lo que ya terminó por obra del incumplimiento.

Por cierto así acontece también en todas las demás situaciones en que indudablemente la resolución opera de pleno derecho, como en la condición ordinaria. Entonces, si la duración del arriendo se sometió a una condición ordinaria (cualquier hecho futuro e incierto fuera del incumplimiento contractual), cumplida que sea, el arrendador pedirá directamente la restitución de la cosa arrendada; si se trata de una condición ordinaria incluida en una promesa de compraventa por la cual el contrato quedará sin efecto, y esa condición se cumple, el promitente vendedor podrá, sin previo trámite, disponer de la cosa que había prometido vender.

Respecto al pacto en el arrendamiento, puede verse *F del M.* N° 453, sent. 17, p. 654, conforme a la cual el pacto comisorio calificado prevalece sobre el art. 1977; *Gaceta Jurídica* 145, sent. 1, p. 80, para concluir que este último texto es de orden público (lo que no compartimos); y *F del M.* N° 453, sent. 11, p. 163, para la ineficacia del pacto en el arrendamiento de predios rústicos.

La redacción de los preceptos puede motivar algunas interrogantes como éstas: la opción del art. 1489 ¿está o no conferida para los contratos que generan obligaciones de hacer o no hacer?, ¿por qué en las obligaciones de dar no se consignan las varias alternativas que se ofrecen en las de hacer y no hacer?

El examen conjunto de los textos permite concluir lo siguiente:

La opción dispuesta en el art. 1489 (que nace al incumplirse) está dirigida al contrato; y es aplicable a todo contrato (bilateral), cualquiera sea la categoría de las obligaciones creadas en él (sean de dar, hacer o no hacer); concretamente, la alternativa resolutoria está disponible para todo contrato (bilateral), no sólo para los que generan obligaciones de dar; y el objeto de la opción es el contrato; puede pedirse que "el contrato" se cumpla o se resuelva. Los arts. 1553 y 1555 están referidos a ciertas obligaciones, las de hacer y no hacer; ante el incumplimiento, también confieren al acreedor la opción, si es posible; y en la alternativa cumplimiento las normas prodigan a su vez varias posibilidades, que se concretarán según la específica naturaleza de la prestación. Por otra parte, su redacción —que convendría haberla consignado en términos amplios, prescindiéndose de la fuente— aparece dirigida a las obligaciones contractuales (el art. 1553 N° 1 se refiere al hecho "convenido"; el N° 3 alude a "la infracción del contrato"; el art. 1555 inc. 2º asimismo se refiere "al tiempo de celebrar el contrato"); para obligaciones de otra fuente habrá que emplear, pues, la analogía en cuanto resulte apropiado.

—Si es de hacer y se infringe, luego de dos alternativas de cumplimiento, el art. 1553 añade (3º) la indemnización compensatoria (es compensatoria porque la moratoria ya está concedida en el inc 1º), la cual implica resolver la obligación. Si siendo de hacer proviene de contrato (bilateral), el acreedor puede pedir la resolución (del contrato) conforme al art. 1489 y, con ese texto y el art. 1553 N° 3 podrá pedir indemnización; y aun sin el art. 1489 podrá pedir directamente la indemnización (compensatoria por el N° 3 además de la moratoria del inc. 1º), sólo que al no acudir al art. 1489 sólo quedará sin efecto esa obligación. Si la obligación proviene de otra fuente (aparte de las alternativas de cumplimiento de los N°s 1 y 2, que pueden aplicarse por analogía suponiendo que, conforme al tenor, se está directamente tratando de las contractuales), no dispondrá del art. 1489, pero con el inc. 1º y el N° 3 (aplicados por analogía) podrá pedir directamente indemnizaciones (moratoria y compensatoria), sin necesidad de pedir formalmente la resolu-

ción, pero hay que entender que la obligación igualmente queda sin efecto, pues está pidiendo la indemnización equivalente.

—Si es de no hacer y se infringe, y no puede deshacerse lo hecho, naturalmente no podrá pedirse cumplimiento; la alternativa resolutoria es la única realmente posible; si la obligación proviene de contrato (bilateral), podrá acudir al art. 1489 pidiéndose la resolución del contrato más la indemnización; aun sin acudir al art. 1489, conforme al texto (1555 inc. 1°), puede pedirse la indemnización, para lo cual el precepto emplea la expresión “se resuelve en la de indemnizar”, dando a entender que “se convierte” en otra obligación, consistente en indemnizar; como no puede deshacerse lo hecho, ya no se justifica pedir resolución (de la obligación); en todo caso, al no acudir al art. 1489, la indemnización sólo se refiere a esta obligación; el contrato no ha quedado resuelto. Si proviene de otra fuente, y no puede deshacerse lo hecho, no es aplicable el art. 1489; puede aplicarse (por analogía) la regla (el inc. 1°) y se pedirá la indemnización. Si puede destruirse lo hecho, y la obligación proviene de contrato, podrá acudir al art. 1489 pidiéndose la resolución (o el cumplimiento) del contrato, con indemnización; si no se acude a ese texto, el art. 1555 sólo está confiriendo posibilidades de cumplimiento (con indemnización). Si proviene de otra fuente, no es aplicable el art. 1489; puede aplicarse (por analogía) el art. 1555 (incs. 2° y sgts.).⁷⁸⁸

5. La resolución del contrato y la protección al consumidor

La tendencia de protección al consumidor (adquirente o usuario) debido a excesos que con alguna frecuencia padecen ante la producción y comercialización masiva de bienes y servicios, llega a concretarse en muchas legislaciones en estatutos normativos y conviene examinar, aunque sea someramente, nuestro estado al respecto.

Del examen de algunos textos y comentarios, particularmente en Chile (principalmente con la Ley 19.496), puede desprenderse que la atención se ha fijado fundamentalmente en los instrumentos que procede ofrecer al consumidor para ayudarlo ante las denominadas cláusulas abusivas (en contratos generalmente de adhesión) y en he-

⁷⁸⁸ Tal como se ha dicho en otra ocasión, el tema del cumplimiento no se está tratando aquí; en todo caso, que las diversas alternativas para obtener cumplimiento se ofrezcan en las obligaciones de hacer y no hacer, y no en las de dar, parece natural, atendida sus respectivas naturalezas.

rramientas jurídicas para obtener reparaciones de objetos y complementos de servicios y, aun, en indemnizaciones (aparte de sanciones al infractor), pero siempre sobre la base de la conservación del contrato; es decir, sobre el supuesto de que el vínculo y sus consecuencias principales han de permanecer. En otros términos, la alternativa resolutoria aparece poco considerada.

No obstante la sólida justificación social para favorecer la preservación del contrato, con la misma motivación protectora parece también conveniente avanzar, en un grado prudente, en esta alternativa resolutoria.

Para ese efecto algunas medidas pueden consistir en: a) facilitar al consumidor el ejercicio de la opción de resolución por incumplimiento, disminuyendo las exigencias comunes, que se han estado examinando; b) disponer la ineficacia de eventuales estipulaciones desfavorables sobre la materia contenidas en las condiciones generales de los contratos, como la renuncia de la acción resolutoria; c) disponer limitaciones a eventuales pactos comisorios contenidos en las condiciones generales, que puedan dejar el total control de la subsistencia del contrato ante incumplimientos en el contratante proveedor del respectivo bien o servicio.

A esos respectos algunas reglas de la citada Ley 19.496 pueden ser mencionados. El art. 16 letra a) declara ineficaz en los contratos de adhesión las cláusulas que faculden, salvo excepciones, “a una de las partes” para dejar sin efecto el contrato. El art. 20, ante varios defectos en la prestación de la contraparte, entre otras opciones confiere al consumidor la de pedir “la devolución de la cantidad pagada”, regla que (examinadas las causales por las que confiere la opción) efectivamente constituye una disminución de las exigencias del incumplimiento en relación a las normas comunes. Sólo que es lamentable la muy rudimentaria expresión “devolución de la cantidad pagada” (desde luego, la aludida “cantidad” habrá que entenderla referida al dinero, que, de paso, abandona el natural concepto de precio), que permite llevar a la duda, tan fácilmente evitable, de si sólo permite eso o se estará refiriendo a la opción que consiste simplemente en pedir la resolución del contrato por incumplimiento, que es de lo que se trata.⁷⁸⁹

⁷⁸⁹ La conclusión es que lo consagrado es la resolución por incumplimiento, y el error consiste en confundir un concepto (la resolución) con una de sus principales consecuencias, la restitución de una de las prestaciones.

D. LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Es el instrumento procesal destinado a pedir la resolución del contrato.

Ya se ha dicho que conforme al art. 1489 ante el incumplimiento el acreedor tiene una opción: pedir el cumplimiento o la resolución. La acción indemnizatoria a la que alude se rige por las reglas generales (integrando la denominada responsabilidad contractual, que se trata en los "efectos de las obligaciones").

La opción la ejercita "a su arbitrio"; por tanto, no tiene que justificar su decisión ni procede cotejar las consecuencias de la alternativa elegida con las de la abandonada para enjuiciarla y deducir alguna limitación. Pero no debe olvidarse que este punto se vincula a dos temas ya tratados: el de los incumplimientos intrascendentes y el de los derechos potestativos (deben tenerse aquí presente).

No es posible pedir simultáneamente el cumplimiento y la resolución, porque son dos acciones incompatibles,⁷⁹⁰ pero puede pedirse una en subsidio de la otra (como lo admite el art. 17 del CPC).⁷⁹¹

Un fallo (antiguo) parece estimar que si el acreedor acepta la indemnización, posteriormente no podría pedir la resolución;⁷⁹² para tal conclusión parece necesario previamente conocer la composición y características de la indemnización y los términos en que fue aceptada. Una pura recepción de un valor, aun a título de indemnización, no parece suficiente para impedir posteriormente solicitar la resolución.

Se estima que es admisible que, habiendo demandado el cumplimiento, más tarde el acreedor abandone esa petición y exija la resolución y viceversa; si aún no hay fallo, se podría, porque no opera de pleno derecho, sino previa sentencia;⁷⁹³ si lo hay, porque no hay cosa juzgada ante el otro juicio.⁷⁹⁴ La juris-

⁷⁹⁰ Así, *RDJ*, T. 24, secc. 2ª, p. 60.

⁷⁹¹ V. al respecto, Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., p. 358.

⁷⁹² *RDJ*, T. 4, p. 344.

⁷⁹³ Así Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 171, p. 194.

⁷⁹⁴ Así Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1848 y sgts., pp. 938 y sgts.; con la debida claridad, el autor primero manifiesta que el ejercicio de una acción no importa renuncia de la otra, y luego añade que ejercitada una puede abandonarse y ejercitarse la otra, advirtiendo que esta última afirmación es consecuencia de la primera, porque constituye la manera de concretar aquella primera posición. También Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 544, p. 429.

prudencia ha vacilado.⁷⁹⁵⁻⁷⁹⁶ Un fallo ha resuelto que acogida la acción subsidiaria de cumplimiento, no existe agravio por haberse rechazado la principal de resolución, para los efectos de la casación.⁷⁹⁷

El examen del cumplimiento corresponde al tema de los efectos de las obligaciones. Aquí sólo baste observar que lo pedirá en el procedimiento que corresponda conforme al título en el que la obligación consta. Si en título ejecutivo, podrá iniciar el juicio ejecutivo; si no, deberá iniciar juicio ordinario (declarativo) para obtener un fallo con el cual ejecutar al deudor. El carácter ejecutivo de la acción prescribirá en 3 años; persiste como ordinaria por otros dos y así prescribe al quinto año.⁷⁹⁸ La resolución procederá siempre en procedimiento ordinario, pues el incumplimiento no constará en el título ejecutivo de que se pueda disponer.

En cuanto a la indemnización de perjuicios que también contempla el precepto, asimismo su examen corresponde al tema de los efectos de las obligaciones. Por ahora sólo conviene consignar que del texto se desprende que ella es dependiente de las acciones principales de cumplimiento o resolución, de modo

⁷⁹⁵ Se ha aceptado; por ej., *RDJ*, T. 24, p. 716; T. 37, p. 404. Y se ha rechazado; por ej., *G.T.* de 1889, T. I, N° 1415, p. 964.

⁷⁹⁶ Puede también verse al respecto, Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, N° 214, p. 224, con cita de otros y especial decisión de admitir la resolución después de intentada la de cumplimiento, cuando ésta resultó inútil; Colin, Ambrosio, y Capitant, H. Ob. cit. T. III, p. 391; el anotador para el derecho español (De Buen) admite la resolución después de ejercer la acción de cumplimiento, "cuando éste resultare imposible" (nota 416).

⁷⁹⁷ *F. del M.* N° 239, sent. 2, p. 285. El fallo tiene dos votos disidentes. El tema es interesante y de presencia frecuente, pues, como se sabe, es habitual la formulación de acciones interpuestas subsidiariamente. La materia es procesal (y de admisibilidad del recurso). Los votos disidentes postulan que hay agravio, advirtiendo que por algo es que el actor propuso una acción como principal; al serle rechazada, es natural que quede agraviado.

⁷⁹⁸ Conviene también al menos dejar constancia que en la doctrina nacional se ha discutido ampliamente la situación que se produce, cuando se pide el cumplimiento de un contrato bilateral, en cuanto a la distribución del peso de la prueba con relación al art. 1552, si el demandado sostiene que el actor no ha cumplido por su parte. Y, con el punto agregado de la oportunidad en que debería demostrarse que el demandante ha cumplido por su parte, cuando lo iniciado es un juicio ejecutivo. Y la jurisprudencia tampoco ha sido uniforme.

que no puede pedirse ni acogerse sola.⁷⁹⁹ Pero, teniendo presente otros dos preceptos, se concluye que su aparente amplitud queda reducida al campo de las obligaciones de dar. En efecto, debe distinguirse entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Para las de dar, rige lo dicho, en base al art. 1489. Para las de hacer se dispone del art. 1553, que confiere alternativas al acreedor y una de ellas es la de simplemente demandar indemnización (sola). Y para las de no hacer rige el art. 1555, con posibilidad semejante.

Debe recordarse que tratándose de la condición ordinaria, la resolución opera de pleno derecho. En tal situación no surge acción resolutoria; quedó resuelto por la sola circunstancia de acaecer el hecho condicionante; no hay resolución alguna que pedir porque ya está resuelto; no puede pedirse que se resuelva lo resuelto; por eso es que se dice que no se requiere de sentencia judicial.

Así, la acción resolutoria surge cuando la resolución no se produce de pleno derecho; es decir, cuando es necesario pedirla y que sea decretada. Y ello ocurre: en la condición tácita del art. 1489; en el pacto comisorio simple; en el pacto comisorio calificado en la compraventa por incumplimiento de la obligación de pagar el precio (quienes sostienen que las reglas del pacto comisorio calificado, de la compraventa por el no pago del precio deben aplicarse por analogía a tal pacto convenido para otras obligaciones de la compraventa sostendrán como consecuencia que asimismo en ese pacto la resolución no opera de pleno derecho, sino previa sentencia judicial y por tanto, para ellos también existe en tal situación la acción resolutoria; y otro tanto se dirá por quienes sostienen que se aplican esas reglas por analogía al convenido en otros contratos).

⁷⁹⁹ Así, por ej., Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., p. 290 (con cita de fallos en el mismo sentido y algunos en contrario). Pero más adelante (cuando trata la acción resolutoria) deja a salvo una situación: si se demanda resolución con indemnización de perjuicios y la primera es rechazada porque el deudor enervó la acción pagando dentro del litigio, concluye que ahí sí que procede acoger la petición indemnizatoria sola; se apoya en el texto del art. 1557 (Nº 380, p. 379). Por nuestra parte ya dijimos que preferimos la solución de que demandada la resolución, el deudor no puede pagar dentro del juicio; pero, ubicados en la doctrina mayoritaria, a la que el autor adhiere, no se puede menos que compartir esa salvedad que disminuye los inconvenientes que puede provocar al aplicarse a casos.

También RDJ, T. 6, secc. 2ª, p. 70; T. 30, p. 495 (con voto disidente que estima que basta demostrar el incumplimiento); F. del M. Nº 241, p. 382 (consids. 3ª y 5ª).

Examinado su origen desde otro punto de vista, con lo expuesto puede verse que la acción resolutoria surge en la situación de incumplimiento (salvo las discutidas situaciones de pacto comisorio calificado), en la que el acreedor cumplidor tiene la opción de pedir cumplimiento o resolución, como el medio para concretar la alternativa de resolución.

Ahora puede formularse un concepto más substancial que el anterior y al mismo tiempo descriptor de su (restringido) alcance: la acción resolutoria es la que emana del efecto resolutorio de la condición consistente en el incumplimiento, en las situaciones en que ella requiere de sentencia judicial, y en virtud de la cual el contratante cumplidor pide que ante el incumplimiento del deudor se deje sin efecto el contrato.

Características:

a) Es personal.

Ya se ha dicho que emana del incumplimiento contractual. Se ejercita con ella un derecho personal, emanado del contrato; uno de esos que "sólo pueden reclamarse de ciertas personas" (art. 578), en este caso del otro contratante. No de quien tenga la cosa (a la que el contrato se refiera). Lo que se pide es la resolución "del contrato", por lo que la ejercita uno de los contratantes contra el otro, para concretar una de las alternativas de su opción (de cumplimiento o resolución).

Es cierto que como consecuencia de la resolución se puede afectar a terceros; concretamente a terceros que adquirieron cosas (o derechos en ellas) sobre las que el contrato versaba (tema que se examinará pronto). Observando que esos terceros son afectados, podría pretenderse que la acción resolutoria es real o al menos mixta. No procede esta calificación. La afectación a terceros se explica por el efecto retroactivo de la resolución; con ese efecto retroactivo (con la ficción que implica), se entiende que el enajenante (cuyo contrato se ha resuelto) nunca tuvo el derecho que en el tiempo intermedio transfirió (a semejanza de lo que acontece en la nulidad).⁸⁰⁰ Como que la acción resolutoria es personal, lo que proce-

⁸⁰⁰ A vende una cosa a B. B queda adeudando un saldo de precio. Luego vende la cosa a C. Más tarde no paga el saldo a A. A demanda y obtiene la resolución de la primera venta; con esa resolución el derecho de C se extingue, porque se entiende que su antecesor (B) nunca tuvo el derecho como para transferírselo, y A nunca lo transfirió. Resuelto el primer contrato, C quedó sólo como poseedor (no dueño) de la cosa, y en tal situación A (dueño no poseedor) puede reivindicarla.

de contra el tercero adquirente para concretar su afectación no es la misma acción resolutoria, sino la real emanada del derecho de dominio sobre la cosa, la reivindicatoria.

Por cierto, no hay inconveniente en ejercitar conjuntamente (en un mismo litigio) la acción resolutoria en contra del contratante y la reivindicatoria en contra del tercero (conforme al art. 18 del CPC).⁸⁰¹

b) Es patrimonial.

Emerge de los contratos patrimoniales y, por tanto, tiene asimismo naturaleza patrimonial. La resolución no procede en los actos de familia.

Por esta naturaleza patrimonial tiene otras características consecuenciales.

c) Es renunciable.

Como está establecida en su solo beneficio, el acreedor puede renunciarla, conforme al art. 12. Debe tenerse en cuenta también que, como "va envuelta" en los contratos bilaterales, y no se observa fundamento para que se le califique de elemento de su esencia, es de la naturaleza (art. 1444), los cuales mediante estipulación pueden ser excluidos. En favor de la renuncia suele citarse además una regla para la materia de condiciones en general y que es aplicable a esta del art. 1489, que expresamente admite la renuncia; el art. 1487;⁸⁰² y así se ha resuelto⁸⁰³ (pero debe tenerse en cuenta que esta regla está dispuesta sólo para la renuncia una vez cumplida la condición; no para la anticipada).

La renuncia puede ser expresa o tácita. Es tácita la que deriva de hechos, actitudes o circunstancias que inequívocamente revelen la decisión del acreedor en el sentido de la renuncia⁸⁰⁴ (recuérdese que, con vacilaciones de la jurisprudencia, se dijo que el hecho de pedir el cumplimiento no importa renunciar a la resolución).

La renuncia puede tener lugar en el mismo contrato bilateral o posteriormente, antes o después del incumplimiento.

⁸⁰¹ En las Actas de la Comisión Mixta (sesión N° 23) que revisó el Proyecto de CPC quedó constancia de que se consideraba como una situación del ejercicio conjunto de acciones emanadas de un mismo hecho en contra de distintas personas, aquella en que se deducen las de nulidad o resolución y la reivindicatoria consecuencial.

⁸⁰² Así Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, N° 549, p. 432.

⁸⁰³ RDJ, T. 53, p. 165.

⁸⁰⁴ V., por ej., RDJ, T. 30, p. 277.

En la práctica la renuncia no es tan inusual (a veces expresamente en el mismo contrato o más tarde mediante una estipulación para el efecto). Ciertamente es una importante concesión del acreedor al deudor. El deudor puede obtenerla graciosamente pero es probable que lo logre a cambio de alguna concesión recíproca de su parte, en una verdadera negociación. Al adquirente de un inmueble le interesa cuando, adeudando parte del precio, pretende, desde luego, purificar el título, eliminando de su derecho el carácter de resoluble, para variados fines (entre otros para poder presentarlo a un futuro acreedor en garantía hipotecaria). Ofreciendo al enajenante acreedor alguna caución para el pago del saldo (o alguna otra ventaja), es factible que éste renuncie a la resolución (es claro que, renunciando a la resolución el acreedor no tiene la opción, pero, por otra parte, no queda desprovisto; cuando se haga exigible el saldo de precio, pedirá el cumplimiento).⁸⁰⁵

d) Es transferible y transmisible.

Conviene detenerse en la realización concreta de estos caracteres.

En cuanto a la transferencia: la posibilidad de la transferencia (cesión) de acciones autónomamente, separada de los derechos a los que se vinculan, constituye un tema que no pertenece al que aquí se está tratando. Para nuestra materia eso implicaría la posibilidad de que pudiese transferirse la acción resolutoria sola, separada del derecho del respectivo acreedor. Desde luego, es fácil constatar que no es frecuente (tal vez más, es extraña). En todo caso, repudiamos la posibilidad, por lo que se dirá pronto. La eventualidad que observamos como más factible es la de la transferencia de la acción junto a la del derecho. Cuando el acreedor transfiere el derecho que le ha surgido del contrato (en la denominada comúnmente "cesión de créditos"), es concebible que pueda transferir la acción resolutoria que pueda asistirle (como va vinculada al derecho, se manifestará cuando sea la obligación correlativa de ese derecho la que se incumpla); más aún, ésta aparece como la primera forma en que se concreta aquel carácter de ser transferible. Esta transferencia ha sido admitida. Y entre quienes la admiten ha surgido una controversia: la de la especial referencia a ella en la cesión del crédito. Se ha pos-

⁸⁰⁵ Aquella aludida regla del art. 1487 dispone que el acreedor puede ser obligado por el deudor a pronunciarse por su opción. El Código no describe mayormente el procedimiento para esta conminación, el plazo que tiene el acreedor para pronunciarse, etc.

tulado que emanando directamente del derecho (que se manifiesta en su incumplimiento), no se necesita especial mención.⁸⁰⁶ En contra, se ha sostenido que la sola cesión del crédito no lleva implícita la transferencia de la acción resolutoria; se necesitaría estipulación expresa.⁸⁰⁷ Discrepamos. Estimamos que la transferencia del derecho no incluye *ni puede incluir* la transferencia de la acción resolutoria. Este es el momento de recordar (ya lo dijimos) que la condición tácita (de donde emerge la acción resolutoria) tiene la destacada característica que se establece para el contrato en su conjunto; cuando esta especial condición se cumple, el resultado no afecta sólo a la obligación incumplida; afecta al contrato en su integridad; es el contrato el que se resuelve. Y ocurre que el cesionario no ha quedado como contratante; él sólo adquiere cierto crédito emanado del contrato (con la obligación correlativa del otro contratante); pero los contratantes siguen siendo los originales. De este modo, la transferencia de la acción implicaría que un tercero, no contratante, pueda afectar integralmente al contrato (hasta destruirlo), sin ser parte. Más aún, téngase en cuenta que pueden ser varias las obligaciones (por ambas partes) las generadas y él sólo adquirió el crédito de una; todo el resto del contrato permanece. En esta última circunstancia admitir la transferencia conduce también a una multiplicación de titulares de la acción, porque el acreedor de las varias obligaciones puede proceder a dispersar los varios créditos cediendo cada uno a cierto sujeto, quedando ahora muchos que tendrán injerencia en un contrato que permanece con los dos contratantes originales. Además, nótese que los elementos del contrato no se han configurado con el cesionario, que sí podrá afectarlo. Por último, el texto del art. 1489 dispone que en tal caso el otro "contratante" podrá pedir el cumplimiento o resolución. No un tercero que sólo es cesionario de cierto derecho de ese contrato. En suma, esta circunstancia de que por adquirir un derecho pueda inmiscuirse en todo el negocio sin ser contratante, funda nuestra negativa a la transferencia de la acción aun con pacto expreso (y así queda fundada, simultáneamente, nuestra reprobación a una transferencia de la acción sola, que ya

⁸⁰⁶ En este sentido, Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 433, nota.

⁸⁰⁷ Así Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1729, p. 738. Enfrentándose al art. 1906 el autor explica que esta acción no es privilegio ni acción; tampoco un accesorio (para intentar acudir al principio de la accesoriidad). Vio Vásquez, Efraín. Ob. cit. N° 363, p. 364 (con al menos una aparente contradicción).

manifestamos). En estos términos, la posibilidad de transferencia de la acción (que la estimamos transferible) sólo la contemplamos en la denominada cesión de contrato (mejor denominada "cesión de la posición contractual", como la llama el CC portugués).⁸⁰⁸

Si un tercero paga con el consentimiento del deudor, conforme al art. 1610 N° 5 se subroga en los derechos del acreedor (con más precisión, debe decirse: en el derecho correlativo a la deuda pagada al acreedor). Se ha sostenido que entonces si el acreedor pagado tenía la acción resolutoria, ahora la tiene el tercero pagador.⁸⁰⁹ Por el mismo razonamiento expuesto para la cesión de derechos, estimamos que no.

En cuanto a la transmisión: pueden ejercitarla los herederos del acreedor, como sus continuadores y sucesores en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (que es la regla muy general; arts. 951 y 1097).⁸¹⁰

e) Es prescriptible.

Se incluye en la regla general de la prescriptibilidad de las acciones.

Para las consecuencias, debe distinguirse considerando las reglas legales y las discusiones que antes se han expuesto.

La acción resolutoria que emana de la condición tácita no tiene plazo especial, por lo que se aplica la regla general del art. 2515⁸¹¹ (recuérdese que el pacto comisorio no regulado, en la compraventa por incumplimiento de otras obligaciones que la de pagar el precio y en otros contratos, en la postura de hacer preva-

⁸⁰⁸ En los países en que es admitida. Recuérdese que entre nosotros expresamente no está admitida la cesión de deudas ni la de contrato, sin perjuicio de que pueden ser sostenidos sin norma expresa (y están sostenidos).

⁸⁰⁹ V. los autores y obras recién citados.

⁸¹⁰ La transmisión a título singular es más dudosa. Algunos autores lo han afirmado, sin extenderse en explicaciones. Así, Vio Vásquez, Efraín. Ob. cit., N° 352, p. 354, y N° 362, p. 363, con cita de fallos, antiguos y no concluyentes, especialmente el de G.T. de 1884, sent. 109, p. 83; Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1723, p. 730; este autor menciona expresamente a los legatarios, suponiendo que el causante "lega el contrato de venta o los derechos que de él emanan" (y cita el fallo de G.T. de 1884 recién mencionado). El legado del "contrato" es difícil de admitir, puesto que el causante no es el único titular de él. Si así lo dispone, habría que entenderlo referido a la "posición contractual" con todos sus derechos y obligaciones; si tal legado es admisible, parece aceptable que incluye la acción resolutoria. Si sólo lega los derechos que del contrato emanan, aunque sean todos, estimamos que no se incluye, por lo que dijimos antes respecto de la cesión de derechos.

⁸¹¹ Así se ha resuelto, por ej., en *RDJ*, T. 12, p. 143; T. 21, p. 616.

lecer la voluntad de las partes excluyendo la analogía, opera de pleno derecho, de modo que –en tal posición– no surge acción resolutoria).

Se trata de una acción ordinaria, que prescribe en 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

Se tiene entendido que la acción resolutoria no puede ser ejecutiva, pues es necesario que en el juicio se establezca el incumplimiento, el cual no puede constar en el título.⁸¹² Concordamos con la solución, pero previniendo que la explicación es controvertible y agregando otro fundamento.

La explicación es controvertible porque podría sostenerse que así como para pedir el cumplimiento de la obligación no es necesario que en el título conste que no está ejecutada, lo mismo puede decirse para pedir la resolución. El punto se relaciona con la prueba. Conforme al art. 1698, al acreedor le basta probar la existencia de la obligación o, más precisamente, que una obligación se generó. Probada esa generación, al deudor le corresponde probar que se extinguió; mediante el cumplimiento (pago) o por otro modo de extinguir. Entonces, si la obligación consta en título ejecutivo, con eso basta para iniciar la ejecución, porque se presume incumplida; asimismo, podría pedirse la resolución porque se presume incumplida. Y en ambas alternativas el deudor podrá probar que está extinguida; si el modo –según él– fue el cumplimiento y se había demandado la resolución, ciertamente habrá enervado la resolución. El fundamento que añadimos a la conclusión es el del rol o la finalidad del procedimiento ejecutivo. Este procedimiento se ha diseñado para obtener el cumplimiento de obligaciones, para lograr su ejecución; no para su extinción o destrucción.

– La acción resolutoria emanada del pacto comisorio regulado (por el no pago del precio en la compraventa) y la emanada del pacto en otras obligaciones de la compraventa y en otros contratos para quienes les aplican las reglas del primero por analogía prescribe conforme al art. 1880.

Conviene destacar algunas características.

– Parece evidente que se aplica tanto al simple como al calificado (de los arts. 1878 y 1879).⁸¹³

⁸¹² Así Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 433.

⁸¹³ Así también se ha resuelto. Por ej., G.T. de 1925, 2º sem., Nº 88, p. 460. En el mismo sentido Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, Nº 1869 p. 961.

– Se trata de un plazo especial de prescripción, de los aludidos en el art. 2524. Por tanto, no se suspende (salvo disposición expresa, conforme al art. 1524); y, a falta de norma especial, se interrumpe conforme a las reglas de la de largo tiempo.⁸¹⁴

– La norma dispone expresamente que puede abreviarse y que no puede extenderse.⁸¹⁵

– Se cuenta, no desde que la obligación se hizo exigible, que es lo lógico y lo muy general, sino –así lo dispone el texto– desde la celebración del contrato. Esta es una notable impropiedad que en la doctrina nacional ha sido suficientemente denunciada. Con tal regla puede configurarse la inaceptable situación de que la acción prescriba antes de que pueda ejercitarse. Tal acontecerá cuando conforme al contrato el deudor tenga un plazo superior a los 4 años para cumplir y después de ese plazo incurra en el incumplimiento.⁸¹⁶

A propósito de esta situación se ha pretendido que cuando se estipula pacto comisorio, ese pacto no excluye a la condición tácita (del art. 1489) y, por tanto, a la acción resolutoria derivada de ella, que prescribe en 5 años, y que se cuenta –como corresponde– desde que la obligación se hizo exigible.⁸¹⁷ Compartimos la respuesta negativa a ese planteamiento⁸¹⁸ porque, como se ha dicho, el pacto no es sino la condición tácita expresada, de modo que esa proposición llevaría a la conclusión no aceptable de que habría dos condiciones, una tácita y otra expresa.

⁸¹⁴ El art. 1524 nada dispone sobre la interrupción, pero es evidente que podrá interrumpirse. Y las reglas que rigen esa interrupción tendrán que ser las de la prescripción de largo tiempo, que se tiene por las reglas generales.

⁸¹⁵ La norma se tiene presente cuando se examina el tema de si los plazos de prescripción fijados por la ley pueden modificarse (abreviarse o extenderse).

⁸¹⁶ Por ej., se confiere al comprador el plazo de 6 años para pagar el precio (o un saldo), con seis cuotas anuales, y al quinto año no paga; ya no podrá ejercitarse la acción resolutoria del pacto, porque transcurrió el plazo de prescripción de 4 años contado, como se ordena, desde la celebración del contrato.

⁸¹⁷ Con este planteamiento, cuando ya ha prescrito la acción del pacto, el acreedor pretendería todavía demandar sosteniendo que está ejercitando no la acción del pacto, sino la del art. 1489, que aún no prescribe; y no habría prescrito tanto porque dura un año más, como porque, sobre todo, se cuenta desde que la obligación se hizo exigible.

⁸¹⁸ Así Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., Nº 348, p. 343; con el pacto –expresa– se decidió someterse a sus reglas y no a las de la tácita, de modo que hay una renuncia tácita a ella (cita una opinión contraria); Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, Nº 1874, p. 964; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 434.

También se ha llegado a presentar la situación inversa. Estando en ejercicio la acción de la condición tácita, se ha pretendido aplicar el plazo de 4 años del pacto comisorio. En general se ha rechazado, lo que compartimos.⁸¹⁹

Entre la prescripción de la acción resolutoria emanada de la condición tácita y la del pacto comisorio regulada en el art. 1880 se observan varias diferencias:

1º) En cuanto al plazo.

2º) En cuanto al momento en que el plazo comienza a correr.

3º) En cuanto a su calificación, con incidencia en la suspensión.

La primera es prescripción ordinaria de largo tiempo y por tanto, conforme al art. 2520, se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509. La segunda es especial y por tanto, conforme al art. 2524, no se suspende. La primera se interrumpe en las formas que dispone el art. 2518. La segunda carece de reglas de interrupción (y es evidente que tiene que admitirse la interrupción), y aunque pudiera discutirse, estimamos que se aplican esas mismas reglas, las de la interrupción de la ordinaria, que constituyen la regla general (no las reglas de interrupción de las de corto tiempo consignadas en el art. 2523).⁸²⁰

f) Tiene naturaleza mueble o inmueble dependiente.

Para su calificación de mueble o inmueble (lo que a su vez tiene importancia para otros efectos)⁸²¹ le es aplicable el art. 580. Para

⁸¹⁹ G.T. de 1884, N° 1705, p. 1063; *RDJ*, T. 12, p. 143; T. 21, p. 616.

En ocasiones se ha aplicado el plazo de prescripción de 4 años, pero no aludiendo al plazo del pacto comisorio, sino al plazo de 4 años de la acción de nulidad relativa, porque indebidamente la resolución fue calificada de acción "rescisoria". *G.T.* de 1884, N° 109, p. 83 (con voto en contra); *G.T.* de 1869, N° 645, p. 320 (con la referida calificación de acción rescisoria, el plazo de 4 años lo cuenta desde que la obligación se hizo exigible, lo que aparece como consecuencia natural).

⁸²⁰ Hemos dicho que podría discutirse sosteniendo que se le aplican las reglas de la interrupción de las de corto tiempo sobre la base de que el art. 2524 inicia la regulación de las especiales llamándolas "de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales...". Entonces podría postularse que las especiales (como la del pacto comisorio) pertenecen al género de las de corto tiempo, por lo que su interrupción se regiría por sus reglas (contenidas en el art. 2523). Pero estimamos que aquella expresión es sólo un defecto perturbador, y las especiales constituyen una categoría distinta de las de corto tiempo, de modo que en materia de interrupción simplemente carecen de reglas, por lo que esa ausencia debe suplirse con las destinadas a la interrupción de las acciones ordinarias de largo tiempo que constituyen la regla general.

⁸²¹ Por ej., para la aplicación de reglas que atribuyen competencia a los tribunales.

esta calificación esta regla establece la comunicación de naturaleza entre la cosa y el derecho (y la acción respectiva). Más precisamente, esa comunicación la dispone con determinación de la cosa hacia el derecho (y la acción). Es la naturaleza de la cosa la que determina la naturaleza del derecho (y de la acción).

Pero, como se sabe, también hay derechos (y acciones) que no versan sobre cosas, sino sobre hechos (como la obligación de cantar). Entonces cobra aplicación el art. 581.

Una última observación puede formularse respecto del objeto directo de la acción. Cuando un sujeto tiene un derecho, es comprensible que si consiste en exigir que se le dé un automóvil, el derecho sea mueble, porque mueble es el vehículo; asimismo la acción para acudir al tribunal. Pero aplicado el racionio al contrato, surge una incomodidad. Si en lugar de exigir que se ejecute la prestación (que se dé el automóvil), se pide que se resuelva el derecho, con alguna consecuencia para el incumplidor, también se comprende que esa alternativa destructora tenga la naturaleza de la cosa; será mueble, porque mueble es el vehículo que no se ha dado. Pero acontece que, conforme al art. 1489, cuando no se da el vehículo la alternativa destructora no consiste en que quede sin efecto el derecho; consiste (como ya lo hemos dicho para otros efectos) en que quede sin efecto *el contrato* en su integridad. Que la alternativa consista en eso, en agredir a todo el contrato, es también comprensible. La dificultad surge con la calificación. Nótese que no estamos justificando la regla; estamos calificando la acción; y la resolutoria (no la de cumplimiento). Y ahora nos encontramos con que lo que se pide con ella, directamente, es la destrucción del contrato (no del derecho frustrado y la obligación correlativa); del contrato en su totalidad. Se ha cambiado el objeto de la acción. Luego, para la calificación deberíamos preguntarnos qué naturaleza tiene, mueble o inmueble, "el contrato".⁸²² Con todo, estimamos que no debemos llegar más allá y sólo admitir que la calificación se torna mediata. La acción tiene como objeto inmediato el contrato, el cual a su vez versa sobre una cosa (mueble o inmueble); entonces, acción tiene, mediatamente, la naturaleza de la cosa.

g) Predomina la calificación de indivisible.

Y esta indivisibilidad es descrita con dos concreciones:

⁸²² Eso podría conducirnos a sostener que el contrato es un hecho (jurídico) y a aplicar el art. 581, conforme al cual los hechos se reputan muebles, concluyendo que la acción resolutoria sería siempre mueble.

1°) Es objetivamente indivisible; el actor no puede pedir en parte el cumplimiento y en parte la resolución.

2°) Es subjetivamente indivisible; si son varios los acreedores, deben ponerse de acuerdo para pedir el cumplimiento o la resolución, porque se trata de acciones incompatibles, y si son varios los deudores, deben ser todos demandados en el mismo sentido (pidiendo contra todos el cumplimiento o la resolución); suele citarse a este respecto el art. 1526 N° 6.⁸²³

Pero se ha sostenido que es divisible. Se comienza refutando la cita del art. 1526 N° 6; fuera de los casos en que efectivamente se ha pactado una obligación con varios objetos alternativamente adeudados, si lo contratado tiene unidad de objeto, al incumplirse sigue debiéndose lo mismo; en otros términos, por el incumplimiento la obligación no cambia de naturaleza, no se convierte en alternativa, de modo que, aunque haya pluralidad de acreedores, siempre lo debido es aquel único objeto; la circunstancia de que puedan pedir el cumplimiento o la resolución no implica obligación alternativa; eso constituye una opción, distinta de lo que es una obligación con pluralidad de objetos; así, si hay varios compradores incumplidores, lo debido es sólo el precio. En este punto podemos añadir que al nacer para el cumplidor la opción, puede pedir el cumplimiento (lo debido) o la "resolución", y la resolución no es un "objeto", "prestación" u "obligación" que se deba. Se agrega que en la realidad no se ve inconveniente para que uno de varios acreedores demande el cumplimiento pidiendo que a su respecto se le cumpla su cuota que le corresponde en el crédito y otro opte por la resolución, para así quedar liberado de la parte que debe en contraprestación y se le restituya la parte que él alcanzó a pagar, si es del caso; por lo demás, el Código expresamente admite una situación muy semejante tratándose de la nulidad: si varios contratan con un tercero, puede quedar nulo para uno y válido para otro (art. 1690). Por último, no se justifica que cuando se pide el cumplimiento de una prestación tan netamente divisible como lo es una suma de dinero (por ej., el precio de una compraventa), los varios acreedores tengan que demandar necesariamente de consuno.⁸²⁴

⁸²³ Así Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N°s 1747 y sgts., pp. 778 y sgts. (el autor admite la excepción "cuando la venta se compone de varias partes, cuando se divide en varias otras"); Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. T. III, N° 134, p. 89; Stitchkin, David. Ob. cit. N° 238 p. 168; G.T. de 1907, T. II, N° 1025, p. 633; RDJ, T. 57, p. 253.

⁸²⁴ Así Meza Barros, Ramón. Ob. cit. N° 164, pp. 117 y 118.

Reconociendo la calidad de los argumentos de esta última opinión y, particularmente, compartiendo la observación respecto de la obligación alternativa, por nuestra parte preferimos la conclusión de la indivisibilidad, sin acudir al art. 1526 N° 6, fundamentalmente porque cualquiera sea la naturaleza de las obligaciones generadas, y aunque sea materialmente posible la resolución (y el cumplimiento) por partes debido a la divisibilidad de las obligaciones, de lo que se trata no es de la resolución de las obligaciones, sino de la resolución del contrato, el que fue consentido en su integridad; admitir la divisibilidad de la acción resolutoria viene a implicar una verdadera modificación (mediante resolución parcial) del contrato, modificación que atenta en contra de lo consentido por los contratantes, y que no procede imponerlo ni siquiera por la razón de ser la parte demandada una incumplidora. Por cierto si los varios obligados lo son en prestación indivisible o lo son en prestación divisible pero solidaria, la resolución parcial traerá consecuencias graves para los que queden exentos de la resolución cuando se les pida el cumplimiento; pero aunque se trate de mancomunados, la resolución parcial implicará aquella aludida reforma del contrato que no parece aceptable.⁸²⁵

Luego de este examen, conviene recapitular sobre diversas causales de ineficacia de actos y contratos y las respectivas acciones, para distinguirlas y así evitar confusiones prácticas. En general pueden mencionarse la resolución, la terminación, la imposibilidad de cumplimiento, la resciliación, la revocación, la revocación o renuncia unilateral (desahucio), la nulidad. Aquí estos conceptos serán

⁸²⁵ Pero la presencia de ciertas situaciones impone a esta indivisibilidad algunos matices. Desde luego, recuérdense las salvedades (ya expuestas) de aquellos contratos con prestaciones recíprocas ejecutadas que por su naturaleza son de imposible restitución, y la de aquellos en los que una es por su naturaleza de restitución imposible y como consecuencia la recíproca tendrá que mantenerse (o ejecutarse) por elemental equidad (o, si se prefiere, para mantener el sinalagma funcional), las cuales pueden implicar una resolución parcial (sólo para el futuro) y, vista la situación desde el campo de la acción resolutoria, conducen a su ejercicio dividido. Por otra parte, en un plano —al menos para nosotros— doctrinario, recuérdese lo relatado en una nota precedente (al tratar la resolución en los contratos de ejecución duradera) respecto al derecho argentino en cuanto se ha propuesto que, con su art. 1204 en aplicación no restrictiva, ciertas prestaciones recíprocas cumplidas deben mantenerse (aunque por naturaleza sean de restitución posible), lo que en cierta medida también trae consigo un ejercicio parcelado de la acción.

sólo descritos en general, cotejándolos con el de resolución, para conformar un panorama (en otros capítulos se examinan con el debido detenimiento).

— Ya se ha visto que la resolución constituye ineficacia en general por el efecto resolutorio de la condición y en particular por el incumplimiento de obligaciones contractuales. El contrato es válido, pero se cumplió la condición impuesta, la cual produce un efecto resolutorio y, si se trata de la tácita o pacto comisorio, es válido, pero se ha incumplido. Como se ha visto, en algunas de estas situaciones hay acción resolutoria; en otras no (porque la resolución se produce de pleno derecho) y en otras es discutible.

— La terminación importa igualmente la ineficacia por el efecto resolutorio de la condición y especialmente por el incumplimiento de obligaciones contractuales, pero la expresión se reserva para los contratos con obligaciones que por su naturaleza no pueden restituirse para volver al estado anterior, es decir, en las que no puede producirse la ineficacia con retroactividad, que viene a ser la diferencia con la resolución (generalmente se trata de obligaciones de ejecución continuada). En definitiva, es la resolución sin retroactividad. Pero esta expresión es también usada en un sentido más amplio, para la extinción en general de contratos con obligaciones de ejecución duradera y en los que normalmente no es posible la retroactividad, aunque la causal sea distinta del incumplimiento (así acontece en el arrendamiento, que puede "terminar" sea por el incumplimiento, por destrucción de la cosa arrendada, por extinción del derecho del arrendador, desahucio o decisión unilateral; en el mandato ocurre algo semejante).

— La imposibilidad de ejecución o de cumplimiento se asemeja a la resolución, porque en ambas hay incumplimiento, pero mientras en la resolución es imputable, y por lo mismo no deja liberado al deudor (debe indemnizar), en la imposibilidad de cumplimiento el deudor queda liberado, pues incumplió porque no fue posible evitarlo.

— La resciliación consiste en la extinción de la obligación (y aun del contrato en su integridad) por acuerdo adoptado entre el acreedor y el deudor (o entre los contratantes) (art. 1567). No hay pues incumplimiento. Y se tiene entendido que cuando una obligación ya está cumplida, en rigor no es posible resciliarla, puesto que al cumplirse ya se extinguió y siendo la resciliación un modo de ex-

tinguir, se incurriría en el absurdo de pretender extinguir lo ya extinguido.⁸²⁶

— La revocación consiste en dejar sin efecto un contrato celebrado en perjuicio de acreedores de alguno de los contratantes. Constituye la denominada acción pauliana (tratada entre nosotros en el art. 2468 del CC, aparte de las normas sobre quiebras). No existe pues incumplimiento ni la ejerce un contratante contra el otro, sino un acreedor de alguno de los contratantes. El actor deberá demostrar que aquel contrato fue celebrado para perjudicarlo y que efectivamente le perjudica y que debe dejarse sin efecto restituyéndose los bienes al contratante que los transfirió para poder así obtener el actor el pago de su crédito. Son, pues, rasgos característicos de la acción las circunstancias de que el contrato se celebró para perjudicarlo (con el denominado fraude pauliano) y que con ese acto su deudor quedó insolvente o se agravó la insolvenza ya existente.

— También es llamada revocación, o renuncia unilateral, la facultad de un contratante para dejar sin efecto el contrato por su unilateral decisión. Suele también denominarse, al menos en ciertos contratos, desahucio. Esta ineficacia tampoco se funda en un incumplimiento. Aquí lo más novedoso es que esta facultad contradice la fundamental regla del art. 1545. Pero se justifica en ciertos contratos en los cuales, atendida su naturaleza, de no permitirse esta extinción unilateral se corre el riesgo de convertirlos en un compromiso indefinido y, más aún, eterno, situación que repugna al carácter transitorio de la obligación (descrito al comienzo, en la teoría general) y, en definitiva, a la libertad de las personas. Se acude a este mecanismo, por ejemplo, en el mandato, en el arrendamiento, en el contrato de trabajo. Es un acto unilateral. A veces, para satisfacer requerimientos masivos, el legislador lo regula con cierta estrictez; por ejemplo, exigiendo al desahuciante la declaración y prueba de una causa que justifique su unilateral decisión,

⁸²⁶ Así, cumplida una de las varias obligaciones de un contrato, ya no sería posible resciliarlo; en la práctica, debido a la libertad contractual, como están de acuerdo, las partes suelen resciliar no obstante el cumplimiento de alguna de las obligaciones y aun de todas, efectuándose las compensaciones que convienen. Incluso, se ha postulado la resciliación como medio de destruir un contrato ya ejecutado (sin celebrar un nuevo contrato inverso), y como concepto distinto de la resciliación, modo de extinguir las obligaciones que entre nosotros menciona el art. 1567. El tema (que incluye el interesante punto de la retroactividad), pertenece a otro capítulo (los modos de extinguir las obligaciones).

manteniendo el vínculo por algún tiempo después de comunicada a la contraparte, etc. Por cierto, lo muy general es que no hay retroactividad.

— Como se sabe, la nulidad constituye una ineficacia debida a que el acto padece de algún defecto en su estructura, en el cual se ha incurrido, por tanto, al celebrarse. Por cierto, los textos la reservan para defectos de cierta gravedad, considerando la justificación de los elementos y requisitos que imponen en la confección de los actos jurídicos. Tampoco hay pues incumplimiento. Por lo mismo, no puede declararse resuelto un acto nulo; la resolución supone un acto válido.⁸²⁷ Como es válido, debe cumplirse, y al no cumplirse, puede pedirse su resolución por incumplimiento.⁸²⁸ Entre la resolución y la nulidad pueden anotarse las siguientes diferencias: a) La nulidad provoca la ineficacia por un defecto en la elaboración del acto jurídico, el cual, por su gravedad, según la ley conduce a esa consecuencia. La resolución (aparte del efecto resolutorio de la condición ordinaria) provoca la ineficacia por el incumplimiento de alguna obligación (hecho posterior a la celebración) de un acto válido; y por lo mismo también puede pedirse, alternativamente, el cumplimiento. b) Ambas producen la ineficacia, pero, al menos en nuestros textos, los efectos de la resolución no son tan profundos, particularmente en las consecuencias frente a terceros (así se aprecia si se comparan los arts. 1687 y 1689 con los arts. 1487, 1488, 1490 y 1491).⁸²⁹ c) La nulidad procede en toda clase de actos jurídicos; la resolución tiene un campo de aplicación más restringido, sólo en los contratos patrimoniales bilaterales (discutiblemente en los unilaterales). d) Los plazos de prescripción de las acciones son también distintos (10 en la nulidad absoluta, 4 en la relativa, 5 en la resolutoria, 4 en el pacto comisorio).⁸³⁰ e) En materia de prestaciones mutuas hay también algunas diferencias (concretamente en frutos: en la nulidad el poseedor de mala fe debe restituílos

⁸²⁷ RDJ, T. 46, secc. 2ª p. 79.

⁸²⁸ Pero es claro que pueden pedirse conjuntamente la nulidad y la resolución, sirviéndose de la subsidiariedad. Se sostendrá que el acto es nulo por cierto defecto; y se agregará que si el tribunal lo considera válido (porque el defecto no existe o porque existiendo no es conducente a la nulidad), entonces que lo declare resuelto, porque cierta obligación está incumplida. Así, RDJ, T. 19, p. 241.

⁸²⁹ Ya observamos los inconvenientes de estos efectos ante terceros al tratar el principio de protección a la apariencia, en la teoría general de la obligación.

⁸³⁰ No se justifica tanta variedad.

y en la resolución simplemente no se restituyen; y en mejoras: en la nulidad las necesarias deben abonarse y no en la resolución).

E. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Ya se ha avanzado en buena medida en el examen del que denominamos efecto resolutorio de la condición. Como ha podido observarse, el estudio de este efecto impuso analizar las tres categorías de condición que se trataron (ordinaria, tácita y pacto comisorio), que difieren en la forma en que operan, es decir, en qué circunstancias se desencadenan los efectos. Asimismo se examinó también el efecto resolutorio en los estados de pendiente y fallida de la condición. Recordamos también lo dicho en orden a que difiriendo en la forma en que operan, los efectos son los mismos para las tres mencionadas categorías.

Entonces, procede ahora tratar propiamente los efectos de la resolución, es decir, el efecto resolutorio cuando la condición se ha cumplido.

Este efecto se concreta en dos materias: la restitución de la cosa por el deudor condicional; y el alcance del efecto respecto de terceros, cuando pendiente la condición el deudor condicional enajenó la cosa, constituyó gravámenes sobre ella o al menos contrajo obligaciones con relación al objeto de que se trata.

Para percatarse mejor del campo de acción, conviene efectuar tres prevenciones.

La primera: esta restitución y su alcance respecto de terceros se producen cuando la obligación condicional versa sobre cosas (porque no debe olvidarse que también la obligación condicional puede referirse a hechos y abstenciones).⁸³¹

La segunda: la voz "restitución" se emplea aquí en el sentido amplio de transferir; se aplica no solamente cuando debe "devolverse" algo que previamente se había recibido del que ahora es acreedor condicional, sino también cuando, sin recepción previa de manos del acreedor condicional, debe entregársele la cosa que siempre había estado en poder del deudor.⁸³²

⁸³¹ Por ej., cuando se establece que si ocurre cierto hecho el deudor cantará; en tal caso, no habrá "restitución".

⁸³² Un ejemplo: si mañana llueve, te devolveré el paraguas que me has dado; otro: si mañana llueve, te daré mi paraguas.

Y la tercera: en los últimos tiempos ha surgido preocupación por el efecto de la resolución de un contrato (como de otras causales de ineficacia contractual) en otro contrato relacionado y, sobre todo, interdependiente, situación que, como es bien sabido, es muy frecuente en la actividad económica actual (puede citarse el ejemplo de una compraventa en la cual para pagar el precio el comprador celebra con un Banco un contrato de mutuo; se trata de averiguar el efecto que ha de producir en el mutuo la resolución de la compraventa y viceversa). Aún no se ha logrado solución definitiva ni se ha impuesto en la doctrina el mecanismo con el cual proceder a definir el impacto de la ineficacia de un contrato en el otro relacionado (o en varios otros). Por lo menos, una completa indiferencia o ausencia de efecto no parece aceptable atendida esa real vinculación, aunque conviene advertir que habitualmente las partes en los varios contratos no son las mismas; y las partes de cada contrato han tenido la oportunidad de adoptar precauciones mediante pactos comisorios, condiciones o acuerdos equivalentes.⁸³³

1º) La restitución de la cosa.

La restitución está tratada en el art. 1487. Cumplida la condición, debe restituirse la cosa, salvo la posibilidad de renuncia ahí contemplada.

Los términos de esta restitución ya se han expuesto. En recapitulación:

- Los aumentos y mejoras son del acreedor, sin aumento de su prestación.
- Las disminuciones y deterioros los sufre el acreedor, sin derecho a rebaja de la contraprestación, salvo que haya existido culpa del deudor.

⁸³³ V. al respecto Larroumet, Christian. Ob. cit., vol. I, N° 476, pp. 375 y sgts. (aparte del tratamiento del tema de la ampliación de la responsabilidad contractual a contratos relacionados). El autor resume que buena parte de la doctrina francesa conviene en imponer consecuencia de ineficacia en el segundo contrato, empleando en los interdependientes el concepto de causa del contrato, pero que la jurisprudencia ha resultado hostil a esa conclusión (al menos a través de ese concepto) y se ha estado rehusando a considerar que aquella vinculación económica vaya acompañada de un vínculo jurídico; sólo leyes especiales han podido implantar consecuencias de la vinculación.

El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado contiene algunas normas para el subcontrato, y entre ellas algunas que admiten el ejercicio recíproco de acciones entre un contratante y el subcontratista de la otra, en nombre e interés propio (arts. 1035 y sgts.).

- Si la cosa se perdió fortuitamente, se extinguió la obligación, pero si la pérdida fue culpable, se debe el precio y la indemnización.

- Los frutos son del deudor.

- Los actos de administración del deudor condicional quedan firmes.

Cuando la resolución por incumplimiento se refiere a un contrato bilateral, estos efectos se modifican y deben completarse debido precisamente a la existencia en ellos de obligaciones recíprocas e interdependientes. Aquí se observa una falencia de nuestros textos, atribuible en alguna medida a esa ya apuntada circunstancia de que la resolución por incumplimiento contractual se implantó no en unas reglas generales aplicables a los contratos, sino en las obligaciones y, más aún, en una categoría de ellas (las condicionales), lo que induce a regular la materia sólo con dirección a una obligación. No han sido dispuestas reglas generales para las restituciones en el contrato bilateral una vez resuelto por incumplimiento.

Ante este estado y empleando conceptos y elementos examinados, podemos enunciar algunos criterios para solucionar las variadas hipótesis que se pueden producir. En primer lugar, una regla básica (y natural, considerando la categoría de contrato de que se trata) es que la restitución ha de ser recíproca. Luego, tendrá que evitarse un enriquecimiento injustificado para alguno de los contratantes (efecto que tiene probabilidades de generarse por obra de varios factores que se mencionarán); de advertirse, podrá evitarse con el mantenimiento de alguna prestación, no obstante ser restituible, o con el pago de una indemnización compensatoria. Y, en fin, en la actividad específica de estas restituciones deberá procederse siempre de buena fe. Todo sin perjuicio de normas especiales que se consignan para determinados contratos (v., por ej., el art. 1875 inc. 2º para la resolución de la compraventa por no pago del precio).⁸³⁴

Los factores que van incidir en la creación de distintas hipótesis son: la naturaleza de las prestaciones (como restituibles o irrestituibles); la cantidad de partes cumplidoras (si ambas incumplieron o sólo una); la medida del incumplimiento (si hubo incumplimiento total o parcial de la prestación de que se trate).

Tratándose de prestaciones irrestituibles, ya se ha dicho que para ellas surge la terminación (o resolución sin retroactividad),

⁸³⁴ V. también *RDJ*, T. 21, p. 172; T. 65, secc. 2ª, p. 39.

que implica, justamente, que al no poderse restituir una (debido a su naturaleza), se impone que no obstante ser la recíproca restituible, no se restituirá.⁸³⁵

La presencia aquí del incumplimiento (cumplimiento) parcial merece una aclaración, porque ya fue mencionado. Lo que ocurre es que genera particularidades en dos momentos: en la resolución y en las restituciones (que es lo que aquí estamos examinando). Ya se examinó para determinar la *procedencia de la resolución*; allí se dijo que existiendo incumplimiento parcial, procede la resolución, y que está discutido si los incumplimientos leves o intrascendentes bastan para pedirla (o sólo podría pedirse el cumplimiento de lo que falta). De lo que se trata ahora es de las *restituciones* (ya producida la resolución) en situación de incumplimiento (cumplimiento) parcial.

También puede ocurrir que para uno de los contratantes la parte de la prestación que fue ejecutada le sea inútil.⁸³⁶ En tal situación podría sostener que al serle inútil nada debe ejecutar por su parte o, si ya cumplió, debe restituirsele todo. Tendrá que examinarse el caso concreto para proceder en consecuencia, considerando la utilidad que reporta lo parcialmente ejecutado atendiendo el objetivo del contrato. Esta conclusión mantiene armonía con lo dispuesto para el incumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer en los arts. 1553 y 1555, los cuales están más bien redactados: a) sobre la base de incumplimiento total y b) sin preocupación por la contraprestación.

No se justifica examinar cada una de las distintas hipótesis, que serán solucionadas con criterios como los que se expusieron (combinando factores, un ejercicio demuestra cómo se van configurando: si una es restituible y la otra no, y ambas están cumplidas, la restituible permanece no obstante que puede restituirse; si está cumplida una, y es la restituible —por ej., se pagó la renta y no se ocupó el inmueble— se restituye; en la inversa —se ocupó el inmueble

⁸³⁵ Recuérdese lo relatado en una nota anterior (al tratar la resolución en los contratos de ejecución duradera) en cuanto a lo propuesto por cierta doctrina (especialmente argentina, con su art. 1204) de mantener lo ejecutado, aunque se trate de prestaciones restituibles, cuando ambas partes han cumplido parcialmente sus prestaciones recíprocas fungibles divisibles, en medida equivalente.

⁸³⁶ Incluso, como lo dijimos al tratar la clasificación en obligaciones de dar, hacer y no hacer, se ha sostenido que en las de no hacer, en general, no hay cumplimiento parcial; si no se cumple en algún sentido, simplemente hay incumplimiento.

ble y no se pagó la renta— se declarará la terminación y, como había quedado exigible la prestación incumplida, se exigirá (o deberá restablecerse el equilibrio indemnizándose).

Finalmente, se ha resuelto que siendo la ley (el art. 1487) quien ordena que cumplida la condición debe restituirse lo que se deba bajo tal condición, cuando una sentencia simplemente declara la resolución de un contrato, en ella se incluye *tácitamente la obligación legal de restituir*.⁸³⁷

2º) El alcance del efecto restitutorio respecto de terceros.

En el lapso transcurrido entre la creación de la obligación condicional y el cumplimiento de la condición el deudor pudo celebrar con terceros actos jurídicos respecto de la cosa de que se trata, en virtud de los cuales los terceros adquirieron la cosa o derechos inferiores al dominio. Desde el punto de vista del deudor: procedió a enajenar o constituir gravámenes. Cumplida la condición, el efecto resolutorio impone restituirla. Entonces, se trata de definir la suerte de esas enajenaciones y gravámenes o, dicho de otro modo, se trata de averiguar si la resolución afecta o no a esos terceros adquirentes. Si las enajenaciones y gravámenes se extinguen o se mantienen. Y como puede concebirse una solución intermedia, podemos también plantearlo así: en qué medida se mantienen o extinguen.

Para el análisis, dos principios deben aquí considerarse: la retroactividad y la buena fe (que integra la protección a la apariencia, como se ha dicho y se referirá).

a) La retroactividad de los efectos del acto al día de su celebración luego de cumplirse la condición, impone la conclusión de que se extinguen. Siendo resoluble el derecho del enajenante, producida la resolución se entiende que nunca lo tuvo, por lo que el tercero adquirente nunca lo recibió. Como se dijo en su oportunidad, en la alternativa se ha visto una ficción, porque se afirma por una parte que mientras pende la condición el derecho no le ha nacido al acreedor condicional, y luego se considera que al cumplirse la condición, el acreedor condicional ha tenido el derecho desde la

⁸³⁷ *RDJ*, T. 80, secc. 2ª, p. 14 (consid. 7º). Omitida, pues, en la sentencia la declaración de restituir, cuando más tarde se pide su cumplimiento y concretamente la entrega de la cosa, con este razonamiento la omisión del fallo queda salvada. A su vez, la sentencia puede haber dejado de declararlo por simple omisión o porque en la demanda de resolución no le fue solicitada la consecuencia de la restitución de la cosa.

celebración del contrato y, por ende, lo ha tenido durante todo el tiempo en que la condición estaba pendiente, tiempo durante el cual entonces se entiende que el deudor no lo tuvo. Y esa ficción es acompañada del principio lógico de que "nadie puede transferir más derechos que los que tiene" (y que equivale, expuesto en otro sentido, al adagio de que "resuelto el derecho del causante, resuelto el derecho del causahabiente").

b) La protección a la actuación de buena fe convoca a una solución diversa (no contraria); discriminatoria. Propone distinguir si el tercero estaba de buena o mala fe, y, más apropiadamente según diremos, si sabía o no que el derecho de su antecesor era resoluble, debiendo procederse en consecuencia. Si lo sabía, le afecta y su derecho se resuelve; si no, si tenía la convicción de que el derecho de su antecesor era absoluto, se mantiene el suyo.

El principio de protección a la apariencia (ya expuesto en la teoría general), fundado en la buena fe, más conciliador, propone que debe agregarse una segunda distinción: la naturaleza del título de la adquisición del tercero. Y así: si el tercero está de buena fe (ignoraba que el derecho era resoluble) y adquirió a título oneroso, su derecho se mantiene; si adquirió a título gratuito, se resuelve; y si sabía que el derecho era resoluble, sin más distinciones se resuelve.

Para completar el panorama, debe agregarse el elemento del Registro. Como se sabe, en la generalidad de los países (entre ellos el nuestro) y por varias buenas explicaciones, existe un Registro para la propiedad inmueble, que da cuenta de su titularidad y estado jurídico general. Por los beneficios que reporta, son varias las categorías de muebles que para diversos efectos también son registrados. Por cierto, la existencia de este instrumento conduce a la necesidad y conveniencia de su previa revisión por quien se disponga a contratar con el titular de un bien registrado, como un medio (más o menos, según las características de su diseño) seguro de percatarse del estado en que el bien se encuentra; y, desde otro punto de vista, la calificación de la diligencia del adquirente estará en íntima relación con la actitud que haya adoptado frente al Registro antes de contratar.

Entre nosotros, los arts. 1490 y 1491 regulan la situación en que quedan los terceros o, refiriendo el tema a los derechos, el estado en que quedan las enajenaciones y gravámenes constituidos mientras pendía la condición, luego de cumplirse. El primero se refiere a los muebles y el segundo a los inmuebles.

Para analizarlos conviene primero recordar el significado inicial de la noción de buena fe (en base a lo dicho al respecto en la teoría general) y otros conceptos cercanos que suelen relacionarse con ella, para luego aplicarlos a la situación que nos ocupa y, finalmente, con estos elementos, examinar los textos legales citados.

1. Fe es convicción frente a lo que se entiende por actuación correcta, lícita. Entonces, buena fe es la convicción de actuar correctamente, lícitamente. Mala fe, la convicción contraria. Cuando se debe evaluar la fe de un sujeto, como es imposible detectar su conciencia y, por otra parte, no será practicable creer a su sola palabra, se procede a calificar la fe del sujeto en base a su objetivo comportamiento en relación a lo que se considera una conducta diligente atendidas las circunstancias (también denominado "comportamiento socialmente exigible"). Este método objetivo para evaluar la fe del sujeto conduce a un acercamiento entre la fe y la diligencia.

Diligencia es comportamiento cuidadoso. En rigor, fe y comportamiento son conceptos distintos; un sujeto puede estar de buena fe y ser descuidado (y viceversa). Pero como el derecho repudia a ambos, a la mala fe y al descuido (o al menos no protege al descuido), en ocasiones la norma legal decide equipararlos; el descuido es tratado igual que el sujeto de mala fe.⁸³⁸ Y cuando la literalidad del texto no es concluyente, puede resultar aceptable que la interpretación conduzca a esa asimilación. Algo así acontece en nuestros textos, como se verá.

La actuación arriesgada también suele ser atraída por la norma a un tratamiento semejante. Riesgo es albur, posibilidad de que ocurra algo perjudicial al adoptar cierta actitud o ejecutar cierto hecho. El sujeto asume un riesgo cuando toma conocimiento y acepta que un daño puede producirse al adoptar cierta actitud o ejecutar cierto hecho que le reportará beneficio. También es dis-

⁸³⁸ V. al respecto Santos Briz, Jaime. Ob. cit., p. 290; extrayendo algunas conclusiones jurisprudenciales (españolas), el autor expresa: "Es incompatible con la buena fe no sólo la actuación dolosa o culposa, sino también la mera negligencia (sentencia de 11 de mayo de 1909)". En lugar de simplemente incluir a la negligencia en las situaciones de mala fe (que es lo que se deduce al decir que es incompatible con la buena, a menos que se conciba una zona neutra), para llegar a aplicarle los efectos preferimos proceder más exactamente por asimilación; la negligencia es distinta de la mala fe, pero en ciertas circunstancias puede justificarse que se le apliquen ciertos efectos de la mala fe.

tinto de la fe; el sujeto puede tener conocimiento de un eventual perjuicio que puede surgirle al actuar y, asumiéndolo, actúa, y estar de buena fe; arriesgarse es perfectamente compatible con la buena fe. Pero en ocasiones puede resultar justificado tratar jurídicamente al arriesgado igual que al de mala fe.

Debido a que en ocasiones (particularmente al comentar este específico tema) la doctrina simplemente identifica esas actitudes es que formulamos estas precisiones, para el resguardo de la integridad de las personas a quienes importará que sus conductas sean debidamente calificadas, sin perjuicio de las posteriores equiparaciones en el trato jurídico.

2. Conviene ahora aplicar estos conceptos a la situación que nos ocupa (todavía con prescindencia de los textos legales): la adquisición de una cosa por un tercero, sobre la cual su antecesor tiene un derecho resoluble, cuya condición se cumplió y en consecuencia le exigen la restitución de la cosa.

En cuanto a la fe, si adquiere ignorando que el derecho era resoluble, está de buena fe.

En cuanto a diligencia, pudo haber sido cuidadoso o descuidado. Depende cuánto averiguó y cuánto dejó de averiguar antes de adquirir, y el grado de diligencia que le exijamos; si el bien es de los registrables y la condición constaba en el Registro, el haberlo examinado es un elemento fundamental en la calificación de su diligencia. Si el examen de su comportamiento concluye que fue descuidado al adquirir, podrían aplicársele las mismas reglas del de mala fe.

En cuanto a la asunción de riesgo, puede estar en conocimiento de que el derecho es resoluble y todavía estar de buena fe; en tal situación el sujeto simplemente ha asumido el riesgo de que la condición se cumpla y sea afectado (por el principio de que resuelto el derecho del causante se resuelve el del causahabiente) y esa asunción de riesgo es legítima. Si adquiere sabiendo que el derecho era resoluble, estará efectivamente de mala fe cuando, coludido con el enajenante, pretendía defraudar al acreedor condicional si se cumplía la condición; también cuando, habiéndose cumplido la condición, en lugar de restituir voluntariamente se opone y pretende que ignoraba la condición. Pero es muy probable que, al menos originalmente, esté de buena fe, porque lo único que hizo fue asumir un riesgo (de que si se cumplía la condición tendría que restituir). Ya se ha dicho que la asunción del riesgo es perfectamente legítima y no hay razón para calificarlo, por ese solo he-

cho, de sujeto de mala fe.⁸³⁹ Con todo, si asumió el riesgo al adquirir, podrían aplicársele las mismas reglas del de mala fe.

En suma: si adquirió *ignorando* que el derecho era resoluble, está de buena fe; y será negligente o no según el cotejo entre lo que hizo y dejó de hacer con lo que la norma o el juez estimen que es la cuidadosa manera de proceder en esa situación. Si adquirió *sabiendo* que el derecho era resoluble, asumió un riesgo, y pudiera estar de mala fe. Con todo, al negligente y al que asumió el riesgo podrían aplicársele las mismas reglas aplicables al de mala fe.

3. Y ahora procede aplicar estas puntualizaciones a los textos de los arts. 1490 y 1491.

Conviene una advertencia: la redacción de los preceptos ha facilitado las discrepancias en su comprensión. En los proyectos de Código se aprecia la vacilación del redactor entre diversas alternativas posibles, que finalmente decidió, pero con expresiones controvertibles.

— Una amplia polémica se ha desatado en torno a *las situaciones a las que los textos se aplican* considerando sus expresiones. Aquí sólo la resumiremos. Para un análisis detallado, que contemple las muchas alternativas que la exégesis de los preceptos permite, deben tenerse en cuenta diversos conceptos y principios del derecho de obligaciones. Entre ellos particularmente: 1°) la dualidad título-modo vigente entre nosotros para la transferencia de bienes; 2°) el tema de la retroactividad de los efectos del acto condicional; y 3°) aquella postura nuestra de concebir no dos categorías de condiciones (suspensiva y resolutoria), sino una sola que tiene para una parte un efecto suspensivo y para la otra uno resolutorio.

El art. 1490 dice referirse al “que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria”.

Se tiene entendido que la regla no es aplicable al que debe una cosa *a plazo*, porque él es sólo un usufructuario, conforme al art. 1087 (aplicable a las obligaciones condicionales por el art. 1498) (sin perjuicio de otros títulos de mera tenencia). Así, es sólo un mero tenedor de la cosa. Si de hecho la transfiere, dispuso de cosa ajena, que será inoponible al dueño (art. 1815 para la ven-

⁸³⁹ Incluso, es probable que la existencia de la condición, conocida por ambos, haya constituido un elemento influyente en los términos de la negociación; conocida por ambos la calidad de resoluble del derecho, el valor de la cosa baja notablemente y la contraprestación del tercero disminuye en consecuencia.

Así, calificarlo simplemente como sujeto de mala fe parece injusto y tal vez ofensivo para él.

ta), quien podrá reivindicarla con buena o mala fe del tercero (mientras no se cumpla y alegue la prescripción adquisitiva).⁸⁴⁰

En cuanto a la referencia al que debe la cosa bajo condición *suspensiva o resolutoria*, conforme a nuestro planteamiento (antes expuesto) de que no existen dos categorías de condiciones, sino dos efectos provocados por un mismo evento, aquí concluimos que hay una impropiedad de redacción; habría sido más simple (y menos defectuoso) referirse sólo al que debe una cosa bajo condición; para él (para el que tiene la cosa pero la debe) tiene por cierto un efecto resolutorio. Entonces, si en ese estado la enajena y después se cumple la condición, el tercero (adquirente) será afectado si sabía o debía saber de la resolubilidad del derecho.

Pero hemos dicho "el tercero será afectado" y no "el acreedor condicional podrá reivindicar contra el tercero", porque aquí hay que distinguir dos situaciones:

1ª) Si en virtud del contrato condicional el acreedor condicional es un sujeto que sólo ahora, al cumplirse la condición, va a ser dueño, no podrá reivindicar, porque no se le alcanzó a efectuar la tradición; entonces sólo tendrá las acciones contractuales contra el deudor condicional por no haber mantenido la cosa en su poder para poder cumplirle (A dará su paraguas a B si llueve; más tarde A enajena el objeto a C; y luego llueve. B, acreedor condicional, no podrá reivindicar, porque no alcanzó a recibir en tradición el paraguas; no llegó a ser dueño y, por tanto, no podrá reivindicar).⁸⁴¹

⁸⁴⁰ Para ese mayor análisis textual pueden verse las obras que aquí han sido frecuentemente citadas en la materia de obligaciones condicionales, como las de don Luis Claro Solar, don Arturo Alessandri (principalmente su estudio sobre la compraventa), don Efraín Vío Vásquez. Debe agregarse el trabajo de González von Marées, Jorge: "Los artículos 1490 y 1491 del Código Civil". En *RDJ*, T. 17, 1ª parte, pp. 69 y sgts.

⁸⁴¹ Para intentar aplicar la regla (y la reivindicación) a esta situación, al menos dos alternativas son concebibles:

1ª) Habría que postular que, con el solo compromiso obligacional (daré mi paraguas si llueve) el dueño convirtió su dominio en resoluble; cuando más tarde, rompiendo el acuerdo, lo transfirió, el tercero lo habría adquirido con ese carácter; después, al llover, si el tercero supo o debió saber, ipso jure regresa (el dominio) al enajenante (deudor condicional), quien tendría que reivindicar y luego efectuar la tradición al acreedor condicional. La ostensible infracción de la obligación de garantía, del deudor condicional para con el tercero (si le transfirió la cosa por venta) se justificaría porque le transfirió un dominio que ya se había obligado a transferir al acreedor condicional y se parte del supuesto que el tercero (comprador) lo supo o debió saberlo (el profesor Alessandri rechaza esta posibilidad de comprender el texto. Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 180).

2ª) El acreedor condicional tendrá acción reivindicatoria contra el tercero cuando él era el dueño inicialmente y le transfirió la cosa al que ahora es deudor condicional, el cual la adquirió con la condición de restituirla si se cumplía una condición y después la enajenó a un tercero; al cumplirse la condición se resuelve su derecho y se entiende que nunca lo perdió el acreedor condicional y ahora éste puede reivindicar contra el tercero (si éste sabía o debía saber de la resolubilidad del derecho) (A da su paraguas a B —y se lo entrega— y se añade que, si llueve, B se lo restituirá; luego B lo enajena a C y más tarde llueve. A podrá reivindicar contra C, si éste sabía o debió saber...).⁸⁴²

Podrá notarse que siempre el que tiene la cosa y, por tanto, el que la enajena al tercero, la tiene bajo condición que para él produce un efecto resolutorio.

Sin desenvolver esta alternativa y sobre la base de que quien tiene la reivindicatoria es el deudor condicional (dueño) un autor ha propuesto que el que la ejerce será el acreedor condicional (porque el deudor condicional no tendrá interés en ejercerla) quien, mediante subrogación, la ejerce en lugar y a nombre del dueño (Alcalde, Enrique: "La resolución y la nulidad y el ejercicio de la acción reivindicatoria por terceros: dos hipótesis de subrogación", en *Rev. Chilena de Derecho*. Vol. 27, N° 3. U. Católica de Chile. Santiago, 2000, p. 463). Deja pendiente sí el punto de la tradición. El planteamiento debería completarse ante el éxito de la reivindicatoria, precisándose cómo adquiere el dominio el acreedor condicional (tal vez se dirá que, luego de obtener con la reivindicatoria, el acreedor condicional demandará al deudor condicional para que le efectúe la tradición).

2ª) Y ésta ha sido sostenida. Se ha postulado que el acreedor condicional puede reivindicar no obstante no ser dueño; atendido el tenor, se habría introducido aquí una importante excepción a la regla general sobre reivindicación (Rozas, Fernando, y Vial, Víctor: "Análisis del art. 1490 del Código Civil". En *Rev. Chilena de Derecho*. Vol. I, N° 1, 1974, p. 84) (debería también completarse en cuanto a la adquisición del dominio por el acreedor condicional).

⁸⁴² Debido a la dualidad título-modo, en la primera situación la denominada "resolubilidad" alcanzó solamente al derecho personal, primera etapa del proceso enajenativo. En cambio en la segunda alcanzó también al derecho real; siendo el inicial dueño el que sometió el traslado del dominio al evento, otorgando el título a condición y luego efectuando el modo atado causalmente a ese título condicionado, es comprensible que él pueda más tarde reivindicar; al cumplirse la condición, el dominio regresa a su patrimonio, porque en su tiempo lo transfirió condicionado. Por su parte, el adquirente (deudor condicional) recibió un dominio resoluble y con ese carácter lo transfirió al tercero. Nótese —por si alguien no lo acepta— que, al cumplirse la condición, el planteamiento está incluyendo una operación ipso jure en el regreso de todo el proceso enajenativo; no sólo queda resuelto ipso jure el derecho personal del adquirente, sino también ipso jure se produce la destrucción del modo y el regreso del dominio al acreedor condicional; de ahí que éste puede reivindicar contra el tercero.