

RENÉ RAMOS PAZOS

Para Enrique Barros, estudiante
propieta y muy estimado colega,
con especial afecto

(acept - 26-4-2005)



**DE LAS
OBLIGACIONES**

© 2004 René Ramos Pazos

Editorial LEXIS NEXIS Chile
Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile.
Teléfono: 600 700 8000
www.lexisnexis.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 141.609

I.S.B.N. 956 - 238 - 500 - 0

DE LAS OBLIGACIONES

1ª edición octubre 2004

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

 **ADVERTENCIA**

La ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

**CAPÍTULO PRIMERO
CONCEPTOS GENERALES**

PRIMERA PARTE

1.- Derechos reales y derechos personales o créditos. El Código Civil en el artículo 576 expresa que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” y, en las disposiciones siguientes, define el derecho real como aquel “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (art. 577), y el personal como el “que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...” (art. 578).

2.- Las nociones de derecho personal o crédito y obligación son correlativas. Representan las dos caras de una misma medalla. En efecto, no puede concebirse una sin la otra, de modo que, en definitiva, se hablará de derecho personal o de obligación, según la relación entre los sujetos se mire desde el punto de vista del acreedor (titular de un crédito) o del deudor (obligado en esa relación). Así lo deja en evidencia el artículo 578 al definir el derecho personal o crédito.

Lo recién dicho nos obliga a formular algunas precisiones, que iremos desarrollando en los puntos siguientes.

En forma excepcional, las modalidades pueden no ser elementos accidentales, sino de la naturaleza del acto o incluso esenciales. Así, la condición resolutoria tácita que luego veremos, es un elemento de la naturaleza; y en el contrato de promesa, la condición pasa a ser un elemento de la esencia del mismo (art. 1554 N° 3).

- b) Son excepcionales, pues la regla general es que los actos sean puros y simples. Consecuencia de lo que decimos es que quien las alegue deberá probarlas; son de interpretación restringida; y no se presumen. Excepcionalmente en el caso de la condición resolutoria tácita, el legislador la presume (art. 1489: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de...").
- c) Requieren de una fuente que las cree, que puede ser el testamento, la convención o la ley. La sentencia judicial normalmente no es fuente de modalidades, salvo que la ley lo autorice expresamente, como ocurre en el art. 904, que faculta al juez para fijar un plazo al poseedor vencido para que restituya la cosa reivindicada.
- d) La regla general es que en el ámbito patrimonial, cualquier acto jurídico pueda ser objeto de modalidades. Por excepción, hay casos en que la ley no lo permite respecto de ciertos negocios. Ejs.: no se puede constituir un usufructo bajo una condición o un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio (art. 768); la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno (art. 1192). Lo mismo el pacto del artículo 1723 del Código Civil.

Lo contrario ocurre en derecho de familia, pues en él no se aceptan las modalidades, consecuencia ello de que no opera el principio de la autonomía de la voluntad, siendo sus normas de orden público. Así, las personas no pueden casarse a plazo o bajo condición; el reconocimiento de un hijo no es susceptible de modalidades (art. 189 inc. 2°).

Sección Primera *De las obligaciones condicionales*

136.- Concepto. Son obligaciones condicionales las que dependen de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no (artículo 1473).

De esta disposición y, además, de lo dicho en el artículo 1070 inc. 2°, que define la asignación condicional como "aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo", se ha valido la doctrina para definir la condición como "un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho y su correlativa obligación".

137.- Lugar en que están reguladas las condiciones en el Código Civil. Las condiciones están tratadas en el Código, en tres partes:

- a) a propósito de las asignaciones testamentarias condicionales párrafo 2° del Título IV del Libro Tercero del Código Civil, artículos 1070 y siguientes;
- b) en las obligaciones condicionales, que son las que estudiaremos en este curso, en el Título IV del Libro IV del Código Civil, artículos 1473 y siguientes, y
- c) finalmente, a propósito del fideicomiso, en el Título VIII del Libro II, artículos 733 y siguientes.

Es importante destacar que el Código, al tratar de las asignaciones condicionales, se remite a las obligaciones condicionales, en el artículo 1070 inc. 3°: "Las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título "De las obligaciones condicionales", con las excepciones y modificaciones que van a

expresarse”, y, por su parte, el artículo 1493, en las obligaciones condicionales, se remite a las asignaciones testamentarias condicionales: “Las disposiciones del Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes”.

Lo anterior nos demuestra que existe un concepto unitario de la condición.

138.- Elementos de la condición. Dos son los elementos de la condición: a) que sea un hecho futuro, y b) que sea un hecho incierto.

- a) Hecho futuro. Esto quiere decir que el acontecimiento que la constituye debe ocurrir con posterioridad a la celebración del acto. Así está dicho en el artículo 1071 inc. 2º (norma que cabe aplicar a las obligaciones condicionales por mandato del artículo 1493): “Lo pasado, presente o futuro se entenderá con relación al momento de testar (de contratar en este caso) a menos que se exprese otra cosa”.

La ley ha resuelto lo que ocurre si se fija como condición un hecho presente o pasado. Dice el artículo 1071: “La condición que consiste en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido, se mira como no escrita, si no existe o no ha existido, no vale la disposición.”

De manera que si yo digo “te doy \$ 1.000.000 si Chile fue campeón mundial de Fútbol el año 1962”, no vale esa obligación, porque Chile no fue campeón ese año. Si lo hubiera sido, la condición se tendría por no escrita, por lo que el acto sería puro y simple y tendría que pagar el \$ 1.000.000. Lo que se acaba de decir es independiente de que

las partes al contratar hubieren sabido o ignorado la existencia del hecho.

El artículo 1072 se pone en el caso de que la condición que se imponga como para tiempo futuro, consista en un hecho que se ha realizado en vida del testador. Si el testador al tiempo de testar lo supo y el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición. Si el hecho es de los que no pueden repetirse, se mirará la condición como cumplida. Si el testador no supo de la ocurrencia del hecho, se mirará la condición como cumplida cualquiera sea la naturaleza del hecho.

- b) Hecho incierto. Que el hecho sea incierto, quiere decir que puede acontecer o no. Este elemento es el que permite diferenciar a la condición del plazo, pues, en este último, el hecho necesariamente va a ocurrir, aunque no se sepa cuándo. El Código al tratar de las “asignaciones testamentarias a día”, precisa en qué consiste que el hecho sea incierto al decir que es incierto (el día) si puede llegar o no (1081, inc. 3º). La incertidumbre debe ser objetiva. Con ello se quiere significar que la incertidumbre no la determinan las partes. Así si digo “te doy \$ 1.000.000 si Pedro da a luz”, no hay condición, porque objetivamente es un hecho cierto que ello no podrá ocurrir.

139.- Clasificación de las condiciones. La condición admite diversas clasificaciones:

- a) expresas y tácitas.
- b) suspensivas y resolutorias;
- c) positivas y negativas;
- d) posibles e imposibles, lícitas e ilícitas;
- e) determinadas e indeterminadas, y
- f) potestativas, casuales y mixtas.

140.- Condiciones expresas o tácitas. La condición es expresa cuando se establece en términos formales y explícitos. Es tácita, en cambio, la que la ley da por establecida, como ocurre con la condición resolutoria tácita del artículo 1489;

141.- Condiciones suspensivas o resolutorias. Constituye la clasificación más importante, por la forma como incide en los efectos de los actos condicionales. Hace esta distinción el artículo 1479: "La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho".

Los autores definen la condición suspensiva como un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho y su correlativa obligación. Ej.: Te doy \$ 1.000.000 si te casas con María. Y definen la condición resolutoria diciendo que es un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho y de la correlativa obligación, Ej.: digo a Pedro te doy \$ 1.000.000, pero me los devuelves si yo viajo a Europa este año.

Bien miradas las cosas, un mismo hecho va a constituir una condición suspensiva o resolutoria, según el lugar que ocupen las partes. Así, en el ejemplo recién citado, lo que es condición resolutoria para Pedro, constituye para mí una condición suspensiva: recuperar el \$ 1.000.000, si viajo este año a Europa.

Lo importante de la distinción radica en que si la condición es suspensiva el derecho no nace; en cambio, cuando es resolutoria el derecho nace pero está expuesto a extinguirse si la condición se cumple.

142.- Condición positiva y negativa. Esta distinción la hace el artículo 1474 "la condición es positiva o negativa". "La positiva consiste en acontecer una cosa, la negativa, en que una cosa no acontezca".

Ej. de condición positiva: Te doy \$ 1.000.000, si viajas a Santiago el domingo.

Ej. de condición negativa: Te doy \$ 1.000.000, si no viajas el año 1998 a Santiago.

Esta distinción adquiere importancia para determinar cuándo la condición debe entenderse cumplida o fallida, pues según el artículo 1482 "se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado".

También es importante para los efectos contemplados en los artículos 1475 y 1476, pues el primero establece que "la condición positiva debe ser física y moralmente posible" (inc. 1º), agregando que "es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público". Termina esta disposición señalando que "se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles" (inc. 3º).

A su turno, el artículo 1476 prescribe que "si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición.

143.- Condiciones posibles e imposibles, lícitas e ilícitas. Está contemplada esta clasificación en los artículos 1475, 1476 y 1480.

Dice el artículo 1475 que la condición positiva debe ser física y moralmente posible. Y, en seguida, define a la físicamente imposible como "la que es contraria a las leyes de la naturaleza física". En los viejos libros, se ponía el ejemplo de condición físicamente imposible: Te doy \$ 1.000.000, si viajas a la luna. Nótese como, con

el desarrollo tecnológico, el ejemplo ya no sirve. Propongamos un ejemplo actual: "te doy \$ 1.000.000, si Pedro da a luz".

La condición es moralmente imposible cuando el hecho que la constituye es prohibido por la ley, o es opuesto a las buenas costumbres o al orden público (1475 inc. 2º). Ej. Te doy \$ 1.000.000, si matas a Pedro o si sales desnudo a la calle.

Se mira como condición imposible la que está concebida en términos ininteligibles. Ej. Te doy \$ 1.000.000, si no vas...

En cuando a los efectos que producen estas condiciones, los indican los artículos 1476 y 1480:

- a) Si la condición es positiva imposible o ilícita, sus efectos serán distintos según la condición sea suspensiva o resolutoria.
 Suspensiva: Ej. te doy \$ 1.000.000, si el sol aparece por el poniente o si matas a Pedro. La condición se tiene por fallida, lo que significa que el derecho no llegará a nacer (art. 1480 inc. 1º).
 Resolutoria: Te doy \$ 100.000, y me los devuelves si el sol aparece por el poniente (o si matas a Pedro). Se tiene por no escrita (art. 1080 inc. final), lo que significa que el derecho nace puro y simple, que no va a tener que devolver los \$ 100.000.
- b) "Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible la obligación es pura y simple". Ej.: te doy \$ 1.000.000, si Pedro no da a luz un niño. Es pura y simple, tengo que dar los \$ 1.000.000 (art. 1476). En este caso, como se puede ver, no se distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias.
- c) La condición es negativa de un hecho ilícito (Ej. te doy \$ 1.000.000, si no matas a Pedro) vicia la disposición (art. 1476). Que vicie la disposición quiere decir que el acreedor

condicional no va a poder exigir el pago. La sanción es curiosa y se explica, porque se estima inmoral que se reciba un pago por no cometer un hecho ilícito.

144.- Condiciones determinadas o indeterminadas. Por definición la condición es un hecho futuro. La pregunta que cabe formularse entonces es cuánto tiempo habrá que esperar para que se verifique el acontecimiento que la constituye. Este problema nos lleva a hablar de las condiciones determinadas e indeterminadas.

Condición determinada es aquella en que el hecho que la constituye debe ocurrir en una época prefijada. Ej. Te doy \$ 1.000.000, si te recibes de abogado antes del año 2000. Condición indeterminada es aquella en que no se fija una época para la ocurrencia del hecho. Ej. te doy \$ 1.000.000, si te recibes de abogado.

La condición indeterminada plantea el problema de saber cuánto tiempo habrá que esperar para saber si se cumple o no la condición. O dicho de otra manera, cuándo la condición se tendrá por fallida.

145.- Límite en el tiempo de la condición indeterminada. Hasta antes de la dictación de la ley N° 16.952 del 1º de octubre de 1968 (que acortó los plazos de prescripción) se estimaba que las condiciones indeterminadas tenían que cumplirse dentro del plazo que el artículo 739 establecía para el cumplimiento de la condición en el fideicomiso. En ese entonces, ese plazo era de 15 años (antes había sido de 30 años). Así lo entendía la doctrina (con excepción de don Jorge Solís de Ovando)¹⁴⁵ y, en general, también la jurisprudencia.

¹⁴⁵ Jorge SOLÍS DE OVANDO: "De la caducidad de las Condiciones", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37, Primera Parte, págs. 24 y siguientes.

Se fundaba esta opinión en el Mensaje del Código: "Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, en general, se reputan fallidas si tardan más de 30 años en cumplirse".

Hubo en todo caso, algunos fallos que estimaban que el art. 739 sólo regía para el fideicomiso (T. 15, sec. 1ª, pág. 601).

No había problemas, pues el plazo establecido en el artículo 739 correspondía también al de la prescripción extraordinaria, lo que llevaba a concluir que ese era el plazo máximo de incertidumbre, transcurrido el cual se consolidaban y estabilizaban todos los derechos (También era de 30 años y después 15, el plazo máximo establecido en otras normas, como el artículo 963 incisos 3º y 4º, lo que demostraba la idea del legislador de que todas las situaciones jurídicas se consolidaran en ese plazo).

Sin embargo, toda esta armonía del Código se destruyó con la ley Nº 16.952, pues acortó el plazo de prescripción extraordinaria de 15 a 10 años lo mismo que el plazo del art. 962. Sin embargo, en el artículo 739 la rebaja no fue a 10 años, como debió haber sido para mantener la situación de equilibrio, sino que a 5 años, con lo que el sistema se rompió.

Lo anterior nos lleva a preguntar cuánto tiempo habrá que esperar para que la condición indeterminada se cumpla. ¿Seguimos aplicando el art. 739 y decimos que 5 años?; o, por el contrario, ¿aplicamos la norma de la prescripción extraordinaria (artículo 2511) y concluimos que debe esperarse 10 años?

No merece duda que el plazo de caducidad de las condiciones es de 10 años, pues ese es el tiempo máximo establecido por el Código para dar estabilidad a todas las situaciones jurídicas. No hay razón para seguir aplicando la regla del art. 739, claramente

excepcional y en tal sentido debe entenderse la referencia del Mensaje. En este sentido Abeliuk¹⁴⁶. Así también la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales.

146.- f) Condiciones potestativas, casuales y mixtas. Esta clasificación la hace el artículo 1477: "Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor, casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso, mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso".

Hay una omisión del Código, en cuanto a que también es condición mixta la que en parte depende de la voluntad del deudor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.

Ejs. de condición potestativa de la voluntad del acreedor: Te doy \$ 1.000.000, si vas a Santiago el domingo;

Ej. de condición potestativa de la sola voluntad del deudor. Te doy \$ 1.000.000, si voy a Santiago el domingo.

Ej. de condición casual te doy \$ 10.000, si llueve el domingo o si Pedro viene de Santiago el domingo.

Ejs. de condiciones mixtas te doy \$ 1.000.000, si vas a Santiago el domingo y está bueno el tiempo. Te doy \$ 1.000.000, si el próximo año te casas con María.

147.- Subclasificación de las condiciones potestativas. Las condiciones potestativas pueden ser de dos clases: a) simplemente potestativas y b) meramente potestativas.

Son condiciones simplemente potestativas las que dependen de un hecho voluntario, causado, del acreedor o del deudor. Ej. te doy \$ 1.000.000, si te casas con María.

¹⁴⁶ ABELIUK: ob. cit., T. I, Nº 487, pág. 391.

Frente a estas condiciones están las “meramente potestativas” que son aquellas que dependen del mero arbitrio de las partes. Ej.: Te doy \$ 1.000.000 si quiero; te doy \$ 1.000.000, si quieres. Se les conoce por frases como “si quiero”, “si quieres”; “si se me antoja”, etc. Se ha fallado que no constituye condición meramente potestativa de la voluntad del deudor la cláusula según la cual el deudor pagará el saldo de precio cuando tenga disponibilidad de dineros (T. 78, sec. 2ª, pág. 1).¹⁴⁷

Esta clasificación se desprende del artículo 1478, que nos dice que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga”.

Comentario:

- 1.- Es importante entender que lo que se anula es la obligación, no la condición (art. 1478).
- 2.- Es importante también tener en cuenta que las únicas condiciones que anulan la obligación son las meramente potestativas de la voluntad del deudor, porque en ellas no hay voluntad seria de obligarse. Ej. te doy \$ 1.000, si quiero.¹⁴⁸ Las meramente potestativas de la voluntad del acreedor son válidas. Ej. te doy \$ 1.000.000, si quieres. Lo prueban, el mismo texto del art. 1478 y el que el legislador la acepte en algunos casos, como el art. 1823 (la venta a prueba, sujeta a condición que acepte el acreedor). Lo mismo el artículo 131 del Código de Comercio.
- 3.- Además, las únicas condiciones meramente potestativas que producirían la nulidad de la obligación serían las meramente potestativas de la voluntad del deudor y suspensi-

¹⁴⁷ Ver también, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 83, sec. 5ª, pág. 94.

¹⁴⁸ Véase sentencia Corte Suprema de 21 de octubre de 1991, *Gaceta Jurídica* 136, sent. 2, pág. 23.

vas. Las resolutorias serían válidas. Así Alessandri¹⁴⁹, Fueyo¹⁵⁰, Efraín Vío Vásquez¹⁵¹ y Claro Solar¹⁵². Ej. te doy \$ 10.000, si quiero. En este sentido se ha orientado la jurisprudencia T. 19, sec. 1ª, pág. 15; T. 35, sec. 2ª, pág. 19; T. 43, sec. 1ª, pág. 399).

Lo anterior, por las siguientes razones:

- a) en las condiciones resolutorias la obligación ha podido formarse y producir todos sus efectos, ya que la condición resolutoria no afecta a la existencia de la obligación, sino únicamente su extinción; y
- b) el mismo Código las acepta, como ocurre en las donaciones revocables, en que el donante se reserva la facultad de recobrar la cosa donada cuando quiera (art. 1136). También las aceptaría en el pacto de retroventa (art. 1881).

En contra de esta opinión está la de Abeliuk¹⁵³, para quien no valen las meramente potestativas de la voluntad del deudor, ni las suspensivas ni las resolutorias, porque:

- a) nada autoriza para hacer esta distinción, en circunstancias que el art. 1478, no la establece;
- b) porque el 1478 está ubicado antes del artículo 1479, que es el que hace la distinción entre condiciones suspensivas y resolutorias, lo que demuestra que es aplicable a ambas;

¹⁴⁹ ALESSANDRI: ob. cit., pág. 143.

¹⁵⁰ FUEYO: ob. cit., N° 85, págs. 104-105.

¹⁵¹ Efraín Vío VÁSQUEZ: “Las Obligaciones Condicionales”. Memoria, Universidad de Concepción, 1945, N° 35, págs. 51-52.

¹⁵² CLARO SOLAR: ob. cit., T. X, N° 77, pág. 86.

¹⁵³ ABELIUK: T. I, N° 489, págs. 391- 394.

- c) porque el fundamento de la nulidad de la obligación es el mismo en ambas condiciones, así, por ejemplo, si digo te presto mi casa y me la devuelves si quieres, no habría obligación seria del comodatario, y
- d) porque, finalmente, en los casos de las disposiciones señaladas (arts. 1136 y 1881) si se observa con cuidado, se verá que se trata de casos en que las condiciones dependen de la sola voluntad del acreedor (y no del deudor).

148.- Reglas comunes a las condiciones. Estas reglas comunes dicen relación con los siguientes aspectos:

- A) Estados en que se puede encontrar la condición;
- B) Forma como deben cumplirse;
- C) Caducidad de las condiciones;
- D) Retroactividad de las condiciones cumplidas;
- E) Riesgos de la cosa debida bajo condición.

149.- A) Estados en que puede encontrarse la condición. Toda condición puede encontrarse en tres estados: a) pendientes, b) fallida y c) cumplida.

- a) Condición pendiente. Que esté pendiente la condición, significa que aún no ocurre, pero puede ocurrir el hecho que la constituye. Ej. te doy \$ 1.000.000 si viajas a Alemania. Aún el sujeto no ha viajado, pero está en el plazo en que puede hacerlo.
Los efectos van a ser diferentes según se trate de una condición suspensiva o resolutoria, como luego veremos.
- b) Condición fallida. El artículo 1482 señala que "Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el

acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado".

Luego, las reglas serán distintas según la condición sea positiva o negativa. Si es positiva, falla la condición cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella o, cuando ha expirado el tiempo dentro del cual ha debido verificarse, y no se ha verificado. Ej. te doy \$ 1.000.000, si te casas con María y María fallece antes del matrimonio.

Si la condición es negativa, te doy \$ 10.000, si no viajas a Santiago, la condición falla si se realiza el viaje.

- c) Condición cumplida. Para saber cuándo se cumple la condición habrá que distinguir según sea positiva o negativa. Si la condición es positiva, se cumple cuando se verifica el hecho que la constituye. Ej. Te doy \$ 1.000 si te casas, y la persona se casa.

Si la condición es negativa, para saber cuándo se cumple la condición habrá que ver si es determinada o indeterminada. Si es determinada: Ej. te doy \$ 1.000, si no vas a Santiago el domingo, la condición se cumple cuando expira el plazo dentro del cual no debía realizarse el hecho, sin que se realizara. Si es indeterminada, habría que esperar los 10 años, según hemos visto. Si en este plazo no pasa nada, se tiene por cumplida la condición. Ej.: te doy una casa si no te casas. Y pasan 10 años, sin casarse.

150.- B) Forma como deben cumplirse las condiciones. Tratan de esta materia los artículos 1483 y 1484, normas que, según algunos, serían contradictorias. Nosotros no vemos la contradicción. Se aplica primero la regla del art. 1483 "la condición debe cumplirse del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese,

y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes" (1483 inc. 1º). Esta regla guarda perfecta concordancia con la norma del art. 1560 "conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". El inciso 2º, del artículo 1483 coloca un ejemplo: "Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y ésta lo disipa".

Precisado lo anterior, entra a operar la regla del artículo 1484 "las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida". O sea, determinada la forma como las partes querían que se cumpliera, tiene que cumplirse de esa manera y no de otra. No pueden cumplirse por equivalencia. Excepciones a esta regla en el art. 250 N° 2; y en las asignaciones modales, art. 1093.

151.- Cumplimiento ficto de la condición. Esta situación la contempla el inciso 2º del artículo 1481. Se trata de que la persona que debe dar la prestación si se cumple la condición (deudor condicional), se vale de medios ilícitos para que ésta no se cumpla. La ley lo sanciona, teniendo por cumplida la condición. Es aplicación del principio de que nadie se puede favorecer con su propio dolo.

En el Proyecto de 1853, se contiene un ejemplo que grafica muy bien la institución. "Mi heredero dará tal cosa a Pedro si éste se casare con su hija María". El heredero se vale de medios violentos para que su hija se case con Martín o abrace una profesión religiosa, o calumnia a Pedro para que María rehúse casarse con él; deberá el legado".

Esta institución viene desde Ulpiano, pasando después a las Partidas y, en seguida, con pequeñas variaciones, a las diversas legislaciones. Bello la tomó de Pothier.

Algunos autores sostienen que no cabe el cumplimiento ficto si la obligación es potestativa de la voluntad del deudor, pues en tal caso él es "dueño" de la condición, como dicen los comentaristas franceses, y, en tal carácter, puede impedir el cumplimiento de la condición que depende de su sola voluntad, sin hacerse acreedor a ninguna sanción.¹⁵⁴

Frente a esta afirmación, Daniel Peñailillo es de opinión que la norma debe aplicarse aunque se trate de una condición simplemente potestativa de la voluntad del deudor, si el deudor impidió el cumplimiento para sustraerse del cumplimiento de la obligación, porque al ser ilícito el fin, el medio también lo es¹⁵⁵. Señala algunos fallos que han resuelto el asunto de esta forma, uno chileno, publicado en la Gaceta de los Tribunales del año 1862, pág. 286; y otro, español, publicado en la Revista de Derecho Privado, septiembre de 1953, N° 438, pág. 749.

El mismo profesor plantea, en el artículo recién citado, varios otros problemas en relación con el cumplimiento ficto de la condición, que trataremos de resumir en los puntos siguientes:

1.- Esta institución la establece el artículo 1481 inciso 2º del Código, norma ubicada en el Título IV del Libro IV del Código Civil, esto es: "De las Obligaciones condicionales y modales". Sin embargo, los términos en que está consagrada son más propios de las asignaciones condicionales. Nótese que habla de "la persona que debe prestar la asignación", y el inciso 1º de la misma disposición en forma reiterada hace mención a los "asignatarios".

La observación anterior puede hacer dudar que tenga aplicación en las obligaciones condicionales.

¹⁵⁴ VIO VÁSQUEZ: ob. cit., pág. 116.

¹⁵⁵ DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO: "El cumplimiento Ficto de la Condición", *Revista de Derecho* Universidad de Concepción N° 178, págs. 7 a 36.

La generalidad de la doctrina sostiene que es de aplicación general: Abeliuk¹⁵⁶, Vío Vásquez¹⁵⁷, Alessandri¹⁵⁸ y Luis Claro Solar.¹⁵⁹

La opinión anterior, según el profesor Peñailillo, puede ser controvertida por las siguientes razones:

- a) texto del art. 1481, ya explicado;
- b) es una sanción y además constituye una excepción, pues la regla es que las condiciones tienen que cumplirse en forma efectiva y, por lo mismo, debe dársele una interpretación restringida;
- c) no cabe aplicar a este caso la norma del artículo 1498, pues en conformidad a esta disposición, lo que también rige para las convenciones es lo dicho en el Título IV del Libro III, y el artículo 1481, obviamente, no está en ese título.

En apoyo de la tesis mayoritaria, pueden darse algunos argumentos:

- a) historia de la disposición que demuestra que en los Proyectos 41-45 y 46-47, aparecía dentro de las obligaciones condicionales. En cambio, en el de 1853, se la coloca en ambos libros. Ello permite pensar que Bello trató el tema únicamente en Libro IV, para evitar lo que, seguramente, se estimó una repetición inútil, sin reparar que algunos de los términos empleados podrían prestarse a confusiones; y

¹⁵⁶ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 493, pág. 395.

¹⁵⁷ VÍO VÁSQUEZ: ob. cit., N°s. 108 y 115 y ss.

¹⁵⁸ ALESSANDRI: ob. cit., pág. 151.

¹⁵⁹ CLARO SOLAR: ob. cit., T. X N° 100, pág. 106.

- b) que la norma se justifica plenamente tanto para las asignaciones condicionales como para las obligaciones condicionales, lo que lleva a pensar que de no estar establecida expresamente en la ley para el último caso, se trataría de un vacío legal, que debería ser integrado con la misma solución dada para el primero.

2.- ¿Cuál es el fundamento de la institución? Dos soluciones, dice Peñailillo, son posibles: estimar que lo que se pretende es sancionar la mala fe del deudor, aplicándole el principio de que nadie se puede aprovechar de su propio dolo; o bien, que es una forma especial de indemnizar a la víctima de un hecho ilícito. Y lo que se resuelva sobre este punto, es importante, pues frente a un caso concreto en que la condición de todas formas habría fallado (aun sin la actuación del deudor), el resultado es distinto, según el fundamento que se le dé. Si se estima que es una sanción, la condición debe tenerse por cumplida, pues de todas formas el deudor actuó de mala fe. En cambio, si se considera como una forma de indemnización, la conclusión debe ser la contraria, porque la actitud del deudor no es la que produjo el daño que sólo vino a resultar de un hecho extraño.

3.- Otro problema que crea el artículo 1481, es resolver qué entiende el artículo 1481, por "medios ilícitos". ¿Se refiere a una ilicitud general, como, por ejemplo, si para evitar que se pueda entregar la cosa debida bajo condición, la hurta o la roba? o considera como ilícito a cualquier hecho —que en abstracto pudiera no ser reprobable— pero que dada la finalidad con que se realiza —evitar el cumplimiento de la condición— debe estimarse ilícito. Peñailillo está por esta última tesis, opinión que compartimos plenamente, pues no nos merece duda que lo que pretende la ley es sancionar el

fraude, y la realización de un hecho aparentemente inofensivo para obtener un resultado indebido constituye en nuestro entendimiento una forma de fraude civil.

- 4.- Para que se aplique el artículo 1481 ¿tiene que existir dolo del deudor condicional o basta una actitud culpable, negligente? Peñailillo cree que si sólo hubo culpa del deudor, no rige la norma puesto que “lo que se persigue con ella es frustrar la pretensión maliciosa del deudor que actúa con el propósito o finalidad de impedir el cumplimiento de la condición” (artículo cit. pág. 20). Compartimos plenamente esta opinión, pues ya hemos dicho que lo que la ley pretende es evitar el fraude del deudor condicional.
- 5.- Otro problema. En el supuesto que la condición establecida por las partes, constituya al mismo tiempo un requisito establecido por la ley, para que se pueda cumplir la obligación o ejecutar el negocio, ¿cabe también el cumplimiento ficto de la condición? El ejemplo, que corresponde a una situación que se da bastante en la vida profesional, es el del contrato de promesa en que el promitente vendedor se obliga a celebrar el contrato prometido, —venta de un sitio— una vez que la autoridad competente autorice el loteo correspondiente. ¿Procede o no en este caso el cumplimiento ficto. Algunos afirman que no, porque una parte no puede llevar a la otra a una contravención de la ley, además de que en la práctica la autoridad correspondiente no autorizaría esa operación.¹⁶⁰
- Peñailillo cree que para encontrar la solución debe tenerse en cuenta, que se deben distinguir dos etapas distintas: la contratación, que da nacimiento a la obligación; y el cumpli-

¹⁶⁰ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*, T. 1º, 2º. Vol. 2º, Parte General, pág. 685, cit. por PEÑAILILLO.

miento o ejecución efectiva de ésta. Partiendo de ese punto, es sostenible que si se cumplen las exigencias para la aplicación de la regla ella debe aplicarse, provocándose el cumplimiento ficto de la condición, y con ello el nacimiento de la obligación. Ello aun cuando la obligación, por imposibilidad legal o administrativa, no pueda cumplirse, caso en que el acreedor no podrá exigir el cumplimiento de la obligación en especie pero sí el cumplimiento por equivalencia, demandando la correspondiente indemnización.

- 6.- Otra interrogante que plantea la norma, es determinar si cabe el cumplimiento ficto, cuando el deudor condicional ha adoptado una actitud pasiva, es decir, no despliega ninguna actividad.

Aparentemente la respuesta debería ser negativa, puesto que al hablar el artículo 1481 de medios ilícitos, pareciera desprenderse que exige un actuar en el deudor. Sin embargo, si esta inactividad tiene por objeto justamente que la condición no se cumpla, no vemos inconveniente en la aplicación de la institución. En el mismo sentido, Daniel Peñailillo.

- 7.- Finalmente, cabe preguntarse qué ocurre en el caso en que sea el acreedor quien despliegue medios para que la condición se cumpla, con el objeto de que nazca su derecho y demandarlo. Peñailillo afirma que “por haber adoptado el acreedor una conducta tendiente a que la condición se cumpla, si se cumplió realmente, y fue debido a esa conducta del acreedor, aplicar la regla significará que la condición se tendrá por fallida”. No obstante algunas reservas, Peñailillo es de opinión que se aplica la regla, no por el texto del 1481, que claramente se refiere al deudor, sino porque se está frente a una situación no tratada, de un vacío legal, que debe ser integrado, aplicándose la misma solución dada para caso del deudor.

152.- Principio de la indivisibilidad de la condición. Lo establece el artículo 1485 inc. 1º “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente”. Ej.: Te daré esta casa, si previamente das \$ 1.000.000 a Juan y \$ 1.000.000 a María. Es obvio que no puede reclamar la casa, mientras no se cumplan ambas obligaciones.

153.- C) Caducidad de las condiciones. Ya hemos explicado que para saber cuándo falla la condición, será necesario distinguir entre condiciones positiva y negativa. Falla la condición positiva, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella o, cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado (artículo 1482). Ya hemos explicado que si la condición es indeterminada, falla si transcurren 10 años sin que el hecho se verifique.

Si la condición es negativa, falla cuando ocurre el hecho que no debía ocurrir.

El efecto de la caducidad es el siguiente: Si la condición es suspensiva y falla, el acreedor condicional no va a llegar a adquirir el derecho condicional; y si es resolutoria, se consolida el derecho en poder del deudor condicional, que ya nada deberá restituir.

154.- D) Retroactividad de la condición cumplida. Que el cumplimiento de la condición opere retroactivamente significa que una vez cumplida, los efectos del acto o contrato se retrotraigan al momento en que dicho acto se celebró.

Si la condición es suspensiva, se considera que el acto jurídico, ha tenido siempre el carácter de puro y simple. “El acreedor por lo tanto se reputará haber adquirido el derecho desde el momento de la celebración del acto o contrato y no desde la realización del hecho condicional. El deudor, por su parte, se estimará que ha

quedado obligado desde la misma fecha del acto o contrato condicional”.¹⁶¹

Si la condición es resolutoria, y se cumple, se extingue o se resuelve el derecho. Las partes quedan, al operar la retroactividad, como si jamás hubieran estado vinculadas entre sí. Luego el deudor condicional debe restituir todo lo que recibió al momento de celebrarse el acto o contrato.

La retroactividad, es una ficción destinada a proteger al acreedor condicional de los actos o gravámenes que pudiera haber realizado el deudor condicional, mientras la condición estuvo pendiente. Como dice Luigi Mosco, “si la resolución se limitase sólo a resolver el vínculo contractual se crearía una situación de enriquecimiento injusto en favor de una u otra parte. Para evitar esto la ley recurre aquí, como en muchísimas hipótesis de disolución del vínculo contractual, a un medio de técnica jurídica que, aun no desconociendo los hechos que se han verificado tiende, no obstante, a eliminar en cuanto sea posible las consecuencias económicas y jurídicas que de los mismos se derivan”, y agrega “Este medio de técnica jurídica es, como se sabe, la retroactividad, la cual tiende a restablecer la situación jurídica y económica existente antes del nacimiento de la resolución jurídica extinguida (resuelta, rescindida o revocada)”¹⁶². En relación con el efecto retroactivo de la condición, puede verse una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 30 de septiembre de 1983 (T. 80, sec. 2ª, pág. 126).

155.- La retroactividad de la condición en Chile. En Francia hay una norma expresa —el art. 1179 del Código Civil— que resuelve el problema “la condición cumplida tiene efecto retroactivo al día en que se haya contraído la obligación”.

¹⁶¹ Vio VASQUEZ: ob. cit., Nº 127 y siguientes, págs. 144 y siguientes.

¹⁶² Luigi Mosco: “La resolución de los contratos por incumplimiento”, pág. 371, Dux Ediciones y Publicaciones S.A. Barcelona.

En Chile falta una norma semejante a la francesa y ello genera problemas, pues hay casos en que se acepta el efecto retroactivo de la condición; y otros en que se rechaza.

156.- Casos en que se acepta el efecto retroactivo (artículos 1486, 2413, 1487, 1490 y 1491). Veámoslos:

- a) El artículo 1486, por cuanto esta norma señala que el acreedor tiene derecho a los aumentos y mejoras de la cosa, ocurridos cuando estaba pendiente la condición (inc. 2º);
- b) El artículo 2413, pues da pleno valor a la hipoteca desde la fecha de su inscripción en el conservador de Bienes Raíces una vez cumplida la condición suspensiva bajo la cual se otorgó (inc. 2º);
- c) El artículo 1487, porque cuando se cumple la condición resolutoria el deudor debe restituir todo lo que hubiere recibido con tal motivo;
- d) Los artículos 1490 y 1491, en cuanto privan de valor a las enajenaciones hechas por el deudor en el tiempo intermedio, a menos que se cumplan determinados requisitos.

157.- Casos en que se rechaza el efecto retroactivo. Hay varias disposiciones que rechazan el efecto retroactivo. Se mencionan los artículos 1488, 1078 inc. 3º; 758; 1490 y 1491. Analicemos estos casos:

- a) el artículo 1488. De acuerdo a esta disposición cumplida una condición resolutoria, no se deben restituir los frutos producidos por la cosa mientras estuvo pendiente la condición. Si se aceptare la retroactividad, el deudor condicional debería, al cumplirse la condición, restituir la cosa y los frutos;
- b) el artículo 1078, inc. 3º, contiene la misma idea en las asignaciones testamentarias;

- c) el artículo 758 en el fideicomiso. Esta norma autoriza al fiduciario para mudar la forma de la propiedad fiduciaria. Si la condición operara con efecto retroactivo, no podría existir esta norma. También se acepta universalmente que cumplida la condición, y operada la restitución al fideicomisario, subsisten los arrendamientos hechos por el fiduciario. Si operara la retroactividad ello no se podría aceptar, porque quien arrendó lo habría hecho sin ningún derecho;
- d) los artículos 1490 y 1491. De acuerdo a estas disposiciones, los actos de enajenación realizados por el deudor estando pendiente la condición, generalmente valen, lo que no sería posible si la condición operara con efecto retroactivo.

158.- En los casos no reglamentados en la ley ¿opera el efecto retroactivo? Hay quienes sostienen que el Código Civil acoge en general la retroactividad y que aquellas disposiciones de excepción son meras limitaciones al principio habitual, de manera que conforme a él deben resolverse las situaciones no previstas por la ley¹⁶³. Somarriva sostiene que la situación es al revés: la retroactividad constituye la excepción en nuestra legislación, y como ficción que es, no puede extenderse a otros casos que los previstos expresamente. En el mismo sentido, Abeliuk¹⁶⁴ y Vío Vásquez¹⁶⁵, ob. cit. N° 148, pág. 157.

Luis Cousiño Mac Iver después de analizar el problema concluye: "no podemos decir en términos generales la condición tiene efecto retroactivo, o la condición no tiene efecto retroactivo, sino que en cada caso particular podremos pensar este efecto proviene de la retroactividad"¹⁶⁶.

¹⁶³ STITCHKIN: ob. cit., N° 245, págs. 173-174.

¹⁶⁴ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 501, pág. 400.

¹⁶⁵ VÍO VÁSQUEZ: ob. cit., N° 148, pág. 157.

¹⁶⁶ LUIS COUSIÑO MAC-IVER: "De la condición suspensiva". Memoria de Prueba Universidad de Chile, 1926, N° 97, págs. 96-97.

159.- E) Riesgos de la cosa debida bajo condición. Bajo este título queremos resolver el problema de quien soporta la pérdida de la especie o cuerpo cierto debido a que se destruye fortuitamente mientras pende la condición y, para el caso de que la obligación condicional incidiera en un contrato bilateral, si subsiste la obligación de la contraparte.

El artículo 1486 señala que "si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación..." (inc. 1º, primera parte). Cousiño Mac-Iver¹⁶⁷ afirma que esta norma es defectuosa al decir que "se extingue la obligación". Eso es falso, agrega, "la obligación no puede extinguirse porque no ha existido nunca. Lo que ocurre es que deja sin objeto una de las obligaciones que puede posteriormente nacer, y que, por lo tanto, deja sin causa la otra obligación correlativa...". Podríamos decir, que más que se extinga la obligación se extingue el contrato (o sea no sólo se extingue esta obligación sino también la de la contraparte, porque carecería de causa).

Luego, si yo debo entregar un automóvil bajo condición, y pendiente ésta se destruye fortuitamente, se extingue mi obligación y se extingue también la obligación de la contraparte de pagar el precio. Esto significa que el riesgo es mío (del deudor condicional,) porque no voy a poder exigir a la contraparte el cumplimiento de su propia obligación (que me pague el precio), pues tal obligación carecería de causa.

En esta materia, como veremos en su oportunidad, se separó el Código Civil de la regla general contemplada en el artículo 1550, según el cual el riesgo es del acreedor. Y es justo que así sea pues pendiente la condición, la cosa es del deudor y las cosas se pierden para su dueño. La regla la reitera en la venta condicional suspensiva, el artículo 1820.

¹⁶⁷ COUSIÑO MAC IVER: ob. cit., N° 133, pág. 131.

Lo que venimos diciendo rige para la destrucción total y fortuita de la especie o cuerpo cierto debida bajo condición. Si la destrucción es culpable, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios (artículo 1486).

Si la destrucción es parcial y fortuita, rige la regla del inciso 2º del 1486, según la cual la cosa deberá recibirla el acreedor en el estado en que se encuentre, sin derecho a la rebaja en el precio. Ahora, si es parcial y culpable, la misma disposición señala que el acreedor tendrá un derecho alternativo a que se rescinda (debería decir resuelva) el contrato o que se le entregue la cosa en el estado en que se encuentra y, además, en ambos casos tendrá derecho a indemnización de perjuicios. Concuerda en esta parte con los artículos 1548 y 1672.

Finalmente, el art. 1486 en su inciso final señala que "todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa". El ejemplo típico es el caballo de carrera que se rompe una pata.

160.- Efecto de las condiciones. Para estudiar los efectos de las condiciones, debemos distinguir entre condiciones suspensivas y resolutorias; y, además, ver los efectos de cada una de ellas, en los tres estados en que puede encontrarse: pendiente, cumplida y fallida.

161.- Efectos de la condición suspensiva, pendiente.

- 1.- No nace el derecho ni la obligación correspondiente;
- 2.- El vínculo jurídico existe, y
- 3.- El acreedor tiene una simple expectativa.

Analicemos estos efectos en los números siguientes.

162.- No nace el derecho ni la obligación. Por definición la condición suspensiva obsta el nacimiento del derecho. No hay derecho ni hay obligación.

Consecuencias que derivan de este efecto:

- 1.- El acreedor no puede exigir su cumplimiento. Así lo dice el artículo 1485 inciso 1º: "No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente".
- 2.- Si el deudor paga antes del cumplimiento, paga lo no debido y puede pedir restitución. El artículo 1485 inc. 2º prescribe: "Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido". En su momento, veremos que en el caso del plazo pendiente, ocurre exactamente lo contrario (artículo 1495);
- 3.- El acreedor condicional, no puede ejercer la acción pauliana —que establece el art. 2468— pues tal acción corresponde a los acreedores, calidad que todavía no tiene porque no se ha cumplido la condición;
- 4.- No hay obligación actualmente exigible. Por ello:
 - a) la prescripción no está corriendo, pues ello sólo va a ocurrir desde que la obligación se hace exigible (artículo 2514 inc. 2º);
 - b) no se puede novar esa obligación (artículo 1633);
 - c) no puede operar la compensación (artículo 1656 N° 3);
 - d) el deudor no está en mora.

163.- El vínculo jurídico existe. El acto o contrato se generó, si bien el derecho y la correlativa obligación no han nacido.

Consecuencias:

- 1.- Al contratarse la obligación deben reunirse todos los requisitos de existencia y validez del acto o contrato;

- 2.- El deudor no puede retractarse, pues no puede desvincularse por su propia voluntad. Vulneraría con ello el principio contenido en el artículo 1545 del Código Civil, de que todo contrato es ley para las partes contratantes.
- 3.- La obligación condicional se rige por la ley vigente al momento de otorgarse el contrato, en conformidad al artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo.

164.- El acreedor tiene una simple expectativa de derecho. El derecho no nace mientras no se cumpla la condición. Pero existe una expectativa de derecho en el acreedor condicional, que la ley respeta. Algunos dicen que hay un germen de derecho, o derecho en potencia o latente. Así Abeliuk.¹⁶⁸

Consecuencias:

- a) El acreedor condicional puede impetrar providencias conservativas, mientras está pendiente la condición (artículos 1492 inc. 3º, 1078 inc. 1º; y en el fideicomiso el artículo 761 inc. 2º, otorga el mismo derecho al fideicomisario (que es acreedor condicional suspensivo).
¿En qué consisten estas medidas conservativas? La ley no lo ha dicho, quedando, dice Abeliuk, entregada a la decisión del juez: puede ser una caución, un nombramiento de depositario, etc.
- b) Este germen de derecho lo transmite el acreedor condicional a sus herederos: "el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos, y lo mismo sucede con la obligación del deudor" (1492 inc. 1º). Esta regla no rige, en dos casos:

¹⁶⁸ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 512, pág. 406.

- 1.- en las asignaciones testamentarias condicionales (1078 inc. 2º). Lo que se explica porque el asignatario tiene que existir al momento en que fallece el causante, según el artículo 962; y
- 2.- respecto del donatario condicional, por ser la donación un contrato *intuitu persona* de donde se sigue que tiene que estar vivo para adquirir lo donado.

165.- Efectos de la condición suspensiva fallida. Si la condición falla, quiere decir que el derecho y la correlativa obligación no van a nacer, desapareciendo, de esa manera, la expectativa del acreedor condicional.

Por esta razón si habían medidas conservativas, éstas quedan sin efecto. Todos los actos de administración o disposición celebrados por el deudor condicional en el tiempo intermedio, quedan firmes.

166.- Efectos de la condición suspensiva cumplida. Los efectos son exactamente los contrarios a los señalados para la condición suspensiva pendiente. Veamos:

- a) nace el derecho y la obligación correspondiente,
- b) el acreedor puede exigir su cumplimiento;
- c) si el deudor paga, el pago es válido. No puede repetir (1485 inc. 2º);
- d) según algunos (Alessandri), se produce el efecto retroactivo, lo que, según hemos visto, es a lo menos discutible;
- e) debe el deudor entregar la cosa debida condicionalmente en el estado en que se halle, favoreciendo al acreedor los aumentos y soportando las pérdidas (artículo 1486) siempre que estas últimas sean fortuitas;
- f) por regla general, no se entregan los frutos que la cosa produjo en el tiempo intermedio (mientras la condición

estuvo pendiente). Así lo dice el art. 1078 inc. 3º. Y, en cierto sentido, la misma idea se puede extraer del artículo 1488, que está dada para la condición resolutoria, y

- g) Los actos de administración (arrendamientos, por ejemplo) celebrados por el deudor se mantienen, sin perjuicio de que el cumplimiento de la condición importe una causal de extinción del contrato como lo prueba el artículo 1950 Nº 3. Este principio se desprende del artículo 758, que otorga al propietario fiduciario —que es un deudor condicional— la facultad de administrar.

167.- Efectos de la condición resolutoria. Recordemos que la condición resolutoria se define como el hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho. Ej. Te vendo mi casa, porque me voy a radicar a París, pero me la restituyes si vuelvo de Europa dentro de los próximos 3 años.

Para estudiar los efectos de la condición resolutoria tenemos que señalar que esta condición en nuestro derecho positivo puede revestir tres modalidades:

- a) Condición resolutoria ordinaria;
- b) Condición resolutoria tácita, y
- c) Pacto comisorio.

168.- Condición resolutoria ordinaria. Es el hecho futuro e incierto, que no sea el incumplimiento de una obligación contraída, verificado el cual se extingue un derecho y la correlativa obligación.

Efraín Vío la define diciendo que “es aquella condición estipulada por los contratantes o expresada por el testador, que consiste en un hecho cualquiera que no sea la infracción o inejecución de obligaciones contraídas. Ej. Te regalo mi casa; pero si te separas de

tu mujer me la restituyes¹⁶⁹ (Vfo Vásquez, ob. cit. N° 216, pág. 214).

169.- Condición resolutoria tácita. Concepto. Es la que deriva del artículo 1489 y se define como la que va envuelta en todo contrato bilateral para el caso de no cumplirse por la otra parte lo pactado. Dice el art. 1489: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado" (inciso 1°). Ej. Si el comprador no paga el precio, el vendedor puede pedir la resolución del contrato, por haberse cumplido la condición resolutoria tácita. La estudiaremos luego.

170.- El pacto comisorio. Concepto. Es la condición resolutoria tácita expresada. En el mismo contrato de compraventa, las partes dejan constancia que si el comprador no paga el precio, la otra parte podrá pedir la resolución del contrato. También será objeto de nuestro estudio, más adelante.

171.- Efectos de la condición resolutoria ordinaria. Estos efectos se deben estudiar, en los tres estados en que se puede encontrar la condición: pendiente, fallida y cumplida, lo que iremos haciendo en los números siguientes.

172.- Condición resolutoria ordinaria pendiente. Mientras está pendiente la condición el acto o contrato produce todos sus efectos, igual que si fuera puro y simple. De consiguiente, las partes pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones. Y el que tiene el dominio de una cosa sujeta a condición resolutoria puede ejercer los derechos que le otorga ese título, igual que si fuere un propietario puro y simple. Naturalmente que su derecho está expuesto a

¹⁶⁹ Vfo VÁSQUEZ: ob. cit., N° 216, pág. 214.

extinguirse si se cumple la condición. Puede realizar actos de administración, enajenación y gravamen, sujetos a resolverse si se cumple la condición. (Véase por ej. el art. 1950 N° 3°, en el caso del arriendo.). Si se trata de un asignatario condicional resolutorio, se produce la inmediata delación de la herencia (artículo 956), y puede incluso pedir partición.

El deudor condicional resolutorio tiene la obligación de cuidar la cosa y conservarla como un buen padre de familia, para restituirla al acreedor si se cumple la condición. Así fluye del art. 1486 y tratándose del fideicomiso del artículo 758 inc. 2°.

Por su parte, el acreedor condicional, podrá impetrar providencias conservativas (art. 1492 inc. final) y art. 761 inc. 2° en el fideicomiso.

173.- Condición resolutoria ordinaria fallida. Si la condición resolutoria falla el derecho del deudor condicional se consolida. Pasa a ser dueño puro y simple, y los actos realizados mientras estuvo pendiente la condición quedan firmes. Si se habían solicitado medidas conservativas por el acreedor condicional, éstas se extinguen.

174.- Condición resolutoria ordinaria cumplida.

a) Cumplida la condición resolutoria, quien adquirió derechos sujetos a ella, se extinguen. Dice el artículo 1487: "Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere". Esta norma concuerda con el artículo 1479, que define a la condición resolutoria, y con el artículo 1567 N° 9, "las

obligaciones se extinguen, 9 "Por el evento de la condición resolutoria".

Por consiguiente, el deudor condicional debe restituir lo que recibió sujeto a esa condición. Por regla general, no se aplican a estas restituciones las normas sobre prestaciones mutuas porque el Código da reglas propias en los artículos 1486 y siguientes. Así, por ejemplo, el art. 1488 (y también el 1078 inc. 3º) establece que no se restituyen los frutos, "salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario". La ley ordena restituir los frutos, por ejemplo, en la compraventa por no pago del precio (artículo 1875); en las donaciones, cuando el donatario no cumple con lo que se obligó (1426 inc. 2º); en las asignaciones modales, cuando opera la cláusula resolutoria (artículo 1090).

En materia de expensas o deterioros rige el artículo 1486, ya visto: el acreedor se aprovecha de las mejoras y sufre los deterioros producidos por caso fortuito.

- b) Respecto a los actos de administración que pueda haber realizado el deudor condicional, caducan y se extinguen. (Ver 1950 N° 3, en materia de arrendamiento). El 1958, reitera lo mismo. En cuanto a las enajenaciones y gravámenes, volveremos después sobre el punto, pues esta materia está tratada en los artículos 1490 y 1491, que luego estudiaremos.

175.- Forma de operar la condición resolutoria ordinaria. La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho. No requiere de declaración judicial. Nótese que el artículo 1487 dice "cumplida la condición —no dice declarada la resolución— deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición". Es, como señala Víctor Santa Cruz Serrano, "una manera de expresar que el

cumplimiento de la condición resolutoria produce ipso facto su efecto de terminar o resolver el contrato, de extinguir los derechos nacidos de él..."¹⁷⁰. Nótese, por otra parte, que el artículo 1479 define la condición resolutoria como la que por su cumplimiento extingue un derecho y no como la que da derecho al acreedor para que se declare extinguido un derecho. Así lo entienden todos los autores y la jurisprudencia. Si las partes van a pleito, el tribunal sólo se limitará a constatar que la condición operó, y los efectos se producen a partir del momento en que se cumple.

Es importante que opere de pleno derecho, porque produce efectos universales, pudiendo oponerse la resolución a cualquier persona que pretenda hacer valer derechos emanados del contrato respectivo. Del mismo modo, el tercero favorecido puede invocar la resolución.

176.- Efectos de la condición resolutoria tácita. Ya hemos dicho que está establecida en el artículo 1489. Va envuelta en todos los contratos bilaterales. Abeliuk¹⁷¹ la define como "aquella que va envuelta en todo contrato bilateral, y en que el hecho futuro e incierto que puede provocar la extinción del derecho de una de las partes es el incumplimiento de sus obligaciones. Agrega, que la condición resolutoria tácita se funda en la falta de cumplimiento del deudor.

Se ha fallado que "conforme lo dispone el artículo 1489, para encontrarse frente a una condición resolutoria tácita, es menester que el evento futuro e incierto, que constituye la condición, sea, necesariamente, la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones que una de las partes contrajo en virtud del contrato bilateral.

¹⁷⁰ VÍCTOR SANTA CRUZ SERRANO: Comentario a sentencia publicada en T. 46 sec. 1º, pág. 109.

¹⁷¹ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 521, pág. 411.

En consecuencia, cualquier otro evento futuro e incierto, aun cuando él constituya la falta de cumplimiento de un hecho que se atribuya a un tercero, debe ser calificado como constitutivo de una condición resolutoria ordinaria" (Corte de Santiago. T. 92, sec. 2ª, pág. 7).

El incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral, da a la otra parte un derecho alternativo para solicitar o el cumplimiento o la resolución, y en ambos casos, con indemnización de perjuicios.

177.- Fundamento de la condición resolutoria tácita. Se dan diversas explicaciones: equidad; voluntad presunta de las partes; falta de causa; interdependencia de las prestaciones en un contrato bilateral, forma de indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento, etc.

Así, una vieja sentencia de la Corte Suprema, apoyándose en la equidad, resolvió que "los fundamentos que inspiran la disposición del artículo 1489 son de equidad y justicia, y no son otros que subentender o presumir que en los contratos bilaterales cada una de las partes consiente en obligarse a condición de que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones (T. 28, sec. 1ª, pág. 689). Esta es también la opinión de don Arturo Alessandri.¹⁷²

Jorge Giorgi estima que el fundamento de la condición resolutoria se encuentra en la voluntad presunta de las partes. Señala "y vista en la condición resolutoria tácita una presunción legal de voluntad de los contratantes, la buena lógica forense nos enseñará a incluirla entre las instituciones jurídicas fundadas en consideraciones de

¹⁷² ALESSANDRI: *De la compraventa y promesa de venta*, T. II, N° 1632, pág. 494. Véase también T. 99 N° 1, sec. 2ª, pág. 11.

conveniencia más que sobre principios de equidad natural, por poder alguna vez expresar una afirmación contraria a la verdad del hecho no tiene su justificación en la equidad, sino en las necesidades de la vida social".¹⁷³

Según algunos, el fundamento de la condición resolutoria tácita estaría en el hecho de que si en un contrato bilateral una de las partes no cumple con sus obligaciones, la obligación del otro contratante carecería de causa. Así lo sostienen Henri Capitant y sus seguidores, especialmente Joulliot de la Morandière. En Chile sigue esta tesis Mera y también puede verse sentencia publicada en T. 30 sec. 2ª, página 1. Sin embargo, se argumenta en contra de esta opinión señalándose que de faltar la causa, el contrato sería nulo, por lo que el contratante diligente no podría pedir el cumplimiento. Si lo puede hacer —y el artículo 1489 le da esa opción— es porque la obligación tiene causa. La verdad es que nada tiene que ver el incumplimiento de una de las partes, con la existencia de la causa. El requisito de la causa debe verse al momento en que el contrato se celebró, y a ese momento la causa existía, pues ambas partes contrajeron obligaciones recíprocas. El incumplimiento posterior no hace desaparecer la causa. En este sentido los hermanos Mazeaud.¹⁷⁴

También se ha dicho que la resolución sería una consecuencia de la interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático. Sin embargo, como acotan los hermanos Mazeaud, "esta explicación carece de precisión y no da cuenta de las diferencias que separan la resolución y la teoría de los riesgos".¹⁷⁵

Los hermanos Mazeaud concluyen que "en realidad, la resolución judicial es un modo de reparación del perjuicio que causa al

¹⁷³ Jorge GIORGI: ob. cit., Vol. IV, N° 205, págs. 213 - 214.

¹⁷⁴ Henri y Leon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. III, N° 1089, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1960, pág. 344.

¹⁷⁵ MAZEAUD: ob. cit., N° 1089, págs. 344-345.

acreedor el incumplimiento de la obligación del deudor". Según estos autores "al dispensarle al acreedor de cumplir con su propia obligación, o al permitirle recuperar la prestación por él efectuada, la resolución se presenta como un modo de reparación de mayor eficacia...".¹⁷⁶

Para Augusto Elgueta Ortiz el fundamento del artículo 1489 está en que cada parte ha contratado bajo una presuposición real, efectiva, de que su contraparte habrá de cumplir con su obligación y así aquélla podrá obtener la ventaja que se propuso y en consideración de la cual consintió en obligarse. Ahora bien, si la contraparte no cumple, esta presuposición, que es supuesto del contrato, falla, y es por esto que la ley autoriza para pedir la resolución...".¹⁷⁷

178.- Características de la condición resolutoria tácita.

- a) es un tipo de condición resolutoria;
- b) es tácita, puesto que el legislador la subentiende en todo contrato bilateral. Por ello es un elemento de la naturaleza y, por lo mismo, renunciable;
- c) es negativa: consiste en que no ocurra un hecho: que una de las partes no cumpla su obligación;
- d) es simplemente potestativa, pues depende de un hecho voluntario del deudor;
- e) no opera de pleno derecho, sino que requiere de declaración judicial. Volveremos sobre este punto.

¹⁷⁶ MAZEAUD: ob. cit., N° 1089, págs. 344-345.

¹⁷⁷ AUGUSTO ELGUETA ORTIZ: "La resolución y el incumplimiento recíproco", Memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1947). En el mismo sentido, AUGUSTO ELGUETA ORTIZ: *Resolución de contratos y excepción de pago*, Editorial Jurídica de Chile, 1981, págs. 59-60).

179.- Requisitos de la condición resolutoria tácita.

- a) Que se trate de un contrato bilateral;
- b) Incumplimiento imputable de una de las partes;
- c) que quien la invoca haya a su vez cumplido o esté llano a cumplir su propia obligación, y
- d) que sea declarada judicialmente.

180.- a) **Que se trate de un contrato bilateral.** En este sentido se inclina la mayor parte de la doctrina: Stitckin¹⁷⁸, Alessandri¹⁷⁹, Vío Vásquez¹⁸⁰ y Abeliuk¹⁸¹. En contra Claro Solar, quien cree que opera aun en los contratos unilaterales.¹⁸²

Razones de Claro Solar:

- a) el artículo 1489 sólo dice que la condición resolutoria tácita va envuelta en los contratos bilaterales, pero no excluye la posibilidad de que también pueda darse en los unilaterales;
- b) Varias disposiciones demuestran que el Código Civil no ha entendido restringida la condición resolutoria tácita exclusivamente a los contratos bilaterales. Así, por ejemplo, en el comodato, no obstante ser contrato unilateral, se otorga al comodante la facultad de solicitar la restitución de la cosa prestada aun antes del vencimiento del plazo, cuando el comodatario no la destina al uso convenido (artículo 2177). En el contrato de renta vitalicia –también contrato unilateral– la ley ha tenido que señalar en forma expresa que "el acreedor no podrá pedir la rescisión (entiéndase resolución)

¹⁷⁸ STITCKIN: ob. cit., T. I, N° 195, pág. 133.

¹⁷⁹ ALESSANDRI: ob. cit., N° 166.

¹⁸⁰ VÍO VÁSQUEZ: ob. cit., N° 273, pág. 252.

¹⁸¹ ABELIUK: ob. cit., T. I, pág. 527, pág. 414.

¹⁸² CLARO SOLAR: ob. cit., T. X, N°s. 157-158, págs. 169 y siguientes.

del contrato en caso de no pagársele la pensión..." (artículo 2271). En el contrato de prenda -artículo 2396- en que el deudor puede pedir restitución inmediata de la cosa empeñada si el acreedor abusa de ella.

La tesis de Claro Solar no ha encontrado acogida en nuestra doctrina. Las razones que se dan son, en síntesis, las siguientes:

- a) el propio tenor literal del artículo 1489, que habla de "contratos bilaterales";
- b) Tratándose de los contratos unilaterales, el Código ha ido resolviendo en cada caso particular, lo que ocurre cuando el deudor no cumple. Esa es la explicación de los artículos 2177, 2271 y 2396. En cambio, nada ha dicho tratándose del mutuo, que es donde el problema ha sido discutido (Gaceta 1885, N° 2635, pág. 1574);
- c) el fundamento de la condición resolutoria tácita radicaría, según algunos en la interdependencia de las prestaciones, lo que sólo puede ocurrir en los contratos bilaterales.

La jurisprudencia se ha inclinado definitivamente por la tesis de que sólo procede la acción resolutoria en los contratos bilaterales¹⁸³. Se ha fallado que no procede la resolución si el subastador no consigna el precio en la oportunidad establecida en las bases.¹⁸⁴

181.- La resolución en los contratos de tracto sucesivo. La resolución también opera en los contratos de tracto sucesivo, pero pasa a llamarse terminación, porque sus efectos no operan retroac-

¹⁸³ Véase: *Gaceta* 1886, N° 1292, pág. 875; *Gaceta* 1893, T. Y, N° 1253, pág. 858; *Gaceta* 1899, T. II, N° 39, pág. 33; T. 3, sec. 1°, pág. 66; *Gaceta* 1921, 2° semestre, N° 299, pág. 1222; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 90, sec. 1°, pág. 14.

¹⁸⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 94, sec. 1°, pág. 50.

tivamente sino sólo para el futuro en razón de que las prestaciones de una de las partes no se pueden devolver. Ej. En el contrato de arrendamiento, ¿cómo podría el arrendatario devolver el goce de la cosa? La Corte de Santiago ha resuelto que el contrato de construcción, "por su especial naturaleza impide que la resolución tenga el efecto retroactivo propio de los contratos destinados a producir efectos jurídicos inmediatos, lo que supondría borrar las etapas cumplidas y reponer las cosas al estado anterior a su celebración, lo cual carece de sentido y violenta el principio de equidad que inspira la modalidad de que se trata. Por tal razón, la resolución del contrato debe afectar únicamente a la etapa no cumplida produciendo más bien el término del contrato en el estado de cumplimiento en que se encuentra".¹⁸⁵

182.- La resolución no tiene lugar en la partición. Es corriente que en una partición se produzcan alcances en contra de alguno de los comuneros. Pues bien, ¿qué pasa si no se pagan estos alcances? ¿Se puede pedir resolución de la partición? La respuesta es clara: no hay resolución. Así lo afirma en forma unánime la doctrina nacional.¹⁸⁶

Razones:

- a) porque no es contrato bilateral;
- b) porque se opone a ello el efecto declarativo de la partición (artículo 1344) que supone que lo adjudicado a cada comu-

¹⁸⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 99, sec. 2°, pág. 104.

¹⁸⁶ SOMARRIVA: *Indivisión y Partición*, Editorial Jurídica, segunda edición, N° 586, págs. 373-375; CLARO SOLAR: ob. cit., T. XVII N° 2653 a 2658, págs. 242 y siguientes; MARCOS SILVA BASCUÑÁN: *La Partición de Bienes*, Edit. Jurídica de Chile, 1948, N° 365, págs. 286 a 288; PEDRO LIRA URQUIETA: *La Partición de Bienes*, Edit. Jurídica de Chile, 1948, N° 121, págs. 207 a 209; ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 530, pág. 416. En el mismo sentido, jurisprudencia, T. 3, sec. 1°, pág. 66; T. 5, sec. 1°, pág. 400. En sentido contrario, T. 46, sec. 1°, pág. 459, con 2 votos disidentes (Alfredo Larenas y Abogado Integrante Marcos Silva Bascuñán).

- nero deriva directamente del causante, no del acto de partición;
- c) el artículo 1489 es doblemente excepcional: primero porque da al acto el carácter de condicional; y, en seguida, porque presume la condición. Luego debe darse a la norma una interpretación restringida aplicable únicamente al caso regulado, que es el de los contratos bilaterales;
- d) el art. 1348 hace aplicables a la partición acciones propias de los contratos, como la nulidad y la rescisión, pero nada dice de la resolución, lo que demuestra claramente su intención de excluir esta acción;
- e) el artículo 662 del Código de Procedimiento Civil estableció una hipoteca legal cuando en las particiones se adjudica un inmueble a un comunero, y se producen alcances en su contra que superan el exceso a que se refiere el artículo 660 del mismo código. Se afirma por algunos que esta hipoteca, la estableció el legislador justamente porque los comuneros carecían de acción resolutoria para el caso de que el comunero adjudicatario no pagare la diferencia adeudada.

183.- b Incumplimiento imputable de una de las partes. El incumplimiento de una de las partes constituye justamente el hecho condicional. Nótese que el incumplimiento tiene que ser imputable al deudor, esto es, debido a su dolo o culpa. En ese sentido, la opinión absolutamente mayoritaria de la doctrina.¹⁸⁷

¿Dónde está establecido este requisito? Se desprende del mismo 1489, que establece que producido el incumplimiento la otra

¹⁸⁷ Luis CLARO SOLAR (ob. cit., T. 10 N° 164, págs. 180 a 184); Arturo ALESSANDRI *De la Compraventa y Promesa de Venta*. T. II, N° 1654; Efraín VIO VÁSQUEZ: ob. cit., N° 281, págs. 264 y 265; SOMARRIVA: *Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia*, sent. 14, pág. 11.

parte puede pedir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos, con indemnización de perjuicios, y precisamente uno de los requisitos para que opere la indemnización de perjuicios es que el deudor esté en mora (art. 1557) y uno de los requisitos de la mora es el dolo o culpa. Reiteran esta misma idea, en la compraventa, los artículos 1826 y 1873.

Se da también como argumento el art. 1546, según el cual los contratos deben cumplirse de buena fe, de donde se sigue que si el deudor no puede cumplir por un hecho ajeno a su voluntad, sería contrario a la equidad sancionarlo con la resolución del contrato. En este sentido, la sentencia publicada en T. 33, sec. 1ª, pág. 486.

Augusto Elgueta Ortiz, sustenta una opinión en alguna medida diferente. Distingue entre las obligaciones de entregar una especie o cuerpo cierto, de entregar un género y las de hacer.

Respecto de las primeras, y partiendo del principio de que el riesgo es del acreedor (art. 1550), concluye que no cabe la resolución, "ya que de otro modo se autorizaría al acreedor para repetir un pago legítimo y debido"¹⁸⁸. Pero, en cambio, en los casos en que el riesgo es del deudor —agrega— debe admitirse la resolución pues si "no puede exigir el cumplimiento de la obligación correlativa que se le adeuda, es forzoso concluir que es procedente y necesaria la resolución del contrato, ya que de no ser así, y al poder obtener la satisfacción de su crédito, se produciría el efecto contrario al querido por la ley, esto es, los riesgos ya no serían soportados por él; sino por su contraparte, toda vez que ésta se vería forzada a cumplir su obligación y no obtendría en cambio la satisfacción de su crédito, satisfacción que impide el caso fortuito o la fuerza mayor".

¹⁸⁸ Augusto ELGUETA ORTIZ: "La resolución y el incumplimiento recíproco". Memoria de prueba, pág. 66.

En las obligaciones de género, según este mismo autor, no hay problemas, pues el género no perece, por lo que el deudor siempre está en condiciones de cumplir.

Finalmente, en las obligaciones de hacer, si el deudor no puede cumplir por razones enteramente ajenas, debe buscarse la solución, fuera de la teoría de los riesgos. Señala que si no puede cumplir por una causa sobreviniente al contrato, se extingue su obligación (arts. 1567 N° 7 del Código Civil y 534 del Código de Procedimiento Civil), pero no el contrato. Sin embargo, en este caso procedería la resolución, porque la obligación de la contraparte carecería de causa. En el mismo sentido de Augusto Elgueta Ortiz.¹⁸⁹

184.- Procede la resolución por incumplimientos de poca monta. ¿Cualquier incumplimiento es suficiente para demandar la resolución? ¿Incluso de una obligación secundaria? Tradicionalmente se ha enseñado que al no distinguir la ley, cualquier incumplimiento sería suficiente. Así Arturo Alessandri¹⁹⁰, ob. cit., pág. 166. En el mismo sentido Somarriva.¹⁹¹

El primero que entre nosotros plantea una opinión distinta es Claro Solar, quien piensa que el incumplimiento de una obligación secundaria no es suficiente para pedir la resolución¹⁹². Funda su opinión en la equidad. Posteriormente lo han seguido otros autores. Entre otros: Abeliuk¹⁹³ y Fueyo¹⁹⁴. Hay un fallo clásico en esta materia, de la Corte de Talca de 12 de noviembre de 1920, Gaceta, año 1920, Segundo Semestre N° 142, que negó la resolución por el

¹⁸⁹ AUGUSTO ELGUETA ANGUIETA: *Resolución de contratos y excepción*, Edit. Jurídica de Chile 1981, págs. 46-47.

¹⁹⁰ ALESSANDRI: ob. cit., pág. 166

¹⁹¹ SOMARRIVA: *Las Obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia*, sentencia 19, pág. 14.

¹⁹² CLARO SOLAR: ob. cit., T. X, págs. 190-193.

¹⁹³ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 532, pág. 418.

¹⁹⁴ FUEYO: *El cumplimiento o incumplimiento de las Obligaciones*, pág. 306.

incumplimiento de una obligación de poca monta, en atención a que las obligaciones infringidas tenían muy poca influencia en cuanto a la consecuencia de los fines que las partes se habían propuesto al contratar. También participa de esta idea Augusto Elgueta Anguita¹⁹⁵, fundado en que “no hay interés en obrar si la acción de resolución se funda en un incumplimiento insignificante”. Hay algunos fallos más nuevos en este mismo sentido. Sobre ese punto, véase.¹⁹⁶

Este problema también lo toca la doctrina extranjera. Así, en Argentina, Ramella, sostiene que aunque no lo diga expresamente el art. 1204 del Código Civil argentino, “no todo incumplimiento autoriza la resolución sino que es menester que éste sea importante o, en otras palabras, no de escasa importancia”¹⁹⁷. En el mismo sentido Juan Luis Miquel, quien afirma que “el incumplimiento contractual debe ser relevante a los efectos del funcionamiento de la facultad resolutoria. La obligación dejada de cumplir debe tener una importancia básica en la concertación del negocio Jurídico...”¹⁹⁸. “Los hermanos Mazeaud, afirman que “todo incumplimiento, sea cual sea su importancia, no lleva consigo necesariamente resolución: el juez dispone de un poder soberano para apreciar el grado de gravedad del incumplimiento susceptible de acarrear la resolución. Apreciará si ese modo de reparación excede, o no, el daño”¹⁹⁹. Esta última opinión guarda armonía con el fundamento que estos autores dan a la condición resolutoria tácita (forma de indemnización de perjuicios).

¹⁹⁵ AUGUSTO ELGUETA ANGUIETA: ob. cit.

¹⁹⁶ ENRIQUE ALCALDE RODRÍGUEZ. “Distinción entre obligaciones principales y secundarias...”, *Revista Chilena de Derecho*, mayo-agosto 2003 (Vol. 30 N° 2).

¹⁹⁷ Cit. por FUEYO: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, pág. 302.

¹⁹⁸ JUAN LUIS MIQUEL: *Resolución de contratos por incumplimiento*, Edit. Desalma, 1979, págs. 125-126.

¹⁹⁹ MAZEAUD: ob. cit., N° 1098, pág. 352.

En Italia se contempla expresamente la hipótesis, señalando que un incumplimiento de poca importancia no autoriza la resolución (artículo 1455 Código italiano).

185.- ¿Procede la resolución si el incumplimiento es parcial? No hay duda que sí. Tanto es así que el código lo permite expresamente en el artículo 1875 inc. 2°. En esta parte hay unanimidad de la doctrina y jurisprudencia.²⁰⁰

186.- Incumplimiento recíproco de los contratantes. ¿Qué pasa cuando ambos contratantes incumplen? En rigor, no cabe resolución. Así, en general, lo ha resuelto la jurisprudencia. Sin embargo, en algunos casos, se ha dado lugar a la resolución pero sin indemnización de perjuicios (por faltar el requisito de la mora), con el objeto de no dejar amarradas a las partes a un contrato que ninguno ha demostrado interés en cumplir. Se trataba de contratos de promesa. Los fallos se fundan en el espíritu general de la legislación y en la equidad. T. 28, sec. 1ª, pág. 689 y T. 57, sec. 1ª, pág. 274. Somarriva, comentando la primera de estas sentencias se pregunta si “¿no podría observarse que el artículo 1489, al conceder la acción al contratante diligente, implícitamente se la niega a aquel que no ha cumplido sus obligaciones?”. Además argumenta que “el artículo 1552 del Código Civil impide que se dé lugar a la resolución si ambos contratantes son negligentes”.²⁰¹

187.- Quien demanda la resolución debe haber cumplido su propia obligación o allanarse a cumplirla. Este requisito no

²⁰⁰ SOMARRIVA: ob. cit., N° 19, pág. 14; ABELIUK: ob. cit., N° 532, pág. 418. Igual opinión, en la doctrina extranjera, hermanos MAZEAUD: *Derecho Civil*, parte II, Vol. III, N° 1098, página 352. En el mismo sentido, la jurisprudencia, T. 28, sec. 1ª, pág. 689.

²⁰¹ SOMARRIVA: *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, N° 20, pág. 15, segunda edición, 1984.

aparece del artículo 1489, sino que derivaría del artículo 1552, en cuya virtud “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

De consiguiente, si quien demanda la resolución no ha cumplido con su propia obligación, se le opondrá por el demandado la excepción del contrato no cumplido. En ese sentido la doctrina.²⁰² Hay abundante jurisprudencia. Así, por ejemplo, se ha fallado que “si una de las partes del contrato de promesa de compraventa no ha cumplido enteramente con su obligación de pagar el precio, mal puede demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios a la otra, que tampoco ha cumplido con la de las principales obligaciones contraídas...” (T. 81, sec. 1ª, pág. 158).

Una opinión distinta encontramos en Elgueta Anguita, discrepancia que se explica porque él no participa de la idea de que para que opere la resolución se requiera de la mora del deudor. “A nosotros, dice Elgueta Anguita, nos parece que no se puede resolver el caso aplicando el artículo 1552. Esta disposición sólo establece que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora no cumpliendo, mientras la otra no cumpla por su parte. Ni siquiera consagra, a nuestro entender, la excepción del contrato no cumplido...”. Y agrega más adelante, “La excepción de contrato no cumplido sólo se da al demandado como medio de defensa cuando se le exige el cumplimiento, mas no es defensa apta para enervar la acción resolutoria, ya que no es congruente con ésta”.²⁰³

²⁰² CLARO SOLAR: ob. cit., N° 165, pág. 184 y siguientes; Abeliuk: ob. cit., N° 534, pág. 419, Arturo ALESSANDRI, comentario a la sentencia, publicada en el T. 28, sec. 1ª, pág. 693.; SOMARRIVA: ob. cit., N° 20, pág. 14.

²⁰³ ELGUETA ANGUITA: ob. cit., págs. 51 y siguientes.

188.- Que una sentencia judicial declare la resolución del contrato. El último requisito para que proceda la acción resolutoria tácita es que la resolución se declare por sentencia judicial. Vemos de inmediato una diferencia notable con la condición resolutoria ordinaria en que, como lo hemos explicado, opera de pleno derecho.

Nuestro Código no lo dice en forma expresa. Sin embargo, fluye con absoluta claridad del propio tenor literal del artículo 1489, que en su inciso 2º, señala: "Pero en tal caso" ... dando a entender que en este caso no ocurre lo mismo que en el de la condición resolutoria ordinaria. Además, el inciso 2º emplea la expresión "pedir a su arbitrio", lo que implica demandarlo a un tribunal, que naturalmente deberá resolverlo.

Se suele también dar como argumento el que de operar la resolución de pleno derecho, no se ve cómo podría el acreedor usar la opción que le otorga el artículo 1489, para pedir el cumplimiento. No parece lógico que pueda pedir el cumplimiento de una obligación ya extinguida. Abeliuk afirma que este razonamiento no es convincente desde que el artículo 1487 —norma aplicable tanto a la condición resolutoria ordinaria como a la tácita— permite al acreedor renunciar a la resolución. De tal suerte, explica que "aun cuando ella operara de pleno derecho, al acreedor le bastaría con manifestar su renuncia, para poder exigir el cumplimiento".²⁰⁴

En todo caso, como el acreedor tiene que ejercer su opción —solicitando el cumplimiento o la resolución— tendrá para ello que entablar la acción correspondiente (de cumplimiento o de resolución) que tendrá que ser resuelta en una sentencia judicial. Nos parece entonces que no admite dudas, que la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho. En este sentido toda la doctrina.²⁰⁵

²⁰⁴ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 535, pág. 420.

189.- Consecuencia de que la resolución requiera de sentencia judicial. Se suele señalar que como la resolución, en el caso de la condición resolutoria tácita, requiere de sentencia judicial, viene a resultar que el deudor podría enervar la acción de resolución, pagando hasta antes de la citación para sentencia en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda instancia.

190.- ¿Es cierto que demandada la resolución, el deudor puede enervar la acción pagando? Así se ha sostenido casi invariablemente por nuestros autores. En ese sentido, Claro Solar: "Mientras la resolución del contrato no ha sido declarada por la sentencia que ha de poner término al juicio, el contrato subsiste; y, por lo mismo, hallándose requerido judicialmente el demandado con la notificación de la demanda, puede evitar la resolución ejecutando la obligación, efectuando la prestación de lo debido durante toda la secuela del juicio"²⁰⁶, Fueyo²⁰⁷, Abeliuk²⁰⁸, Stitchkin²⁰⁹, Vío Vásquez²¹⁰ y Somarriva²¹¹. En el mismo sentido abundante jurisprudencia de nuestros tribunales.²¹²

²⁰⁵ ABELIUK: ob. cit., N° 535, pág. 420; VÍO VÁSQUEZ: ob. cit., pág. 292; STITCHKIN: ob. cit., pág. 205; FUEYO: *Derecho Civil*, T. IV, pág. 126; CLARO SOLAR: ob. cit., T. X., N° 161, pág. 176; SOMARRIVA: "Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia", comentario a sent. N° 15, pág. 12. En ese comentario se cita abundante y reiterada jurisprudencia (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 12, sec. 1ª, pág. 376; T. 33, sec. 1ª, pág. 514; T. 35, sec. 1ª, pág. 400; T. 38, sec. 1ª, pág. 318 y T. 77, sec. 2ª, pág. 777, T. 87, sec. 2ª, pág. 43, *Gaceta Jurídica* N° 175, sent. 3, pág. 30).

²⁰⁶ CLARO SOLAR: ob. cit., T. X, N° 166, pág. 187.

²⁰⁷ FUEYO: ob. cit., N° 199, pág. 127.

²⁰⁸ ABELIUK: ob. cit., N° 535, pág. 421.

²⁰⁹ STITCHKIN: ob. cit., N° 208, págs. 142-143

²¹⁰ VÍO VÁSQUEZ: ob. cit., N° 317, pág. 296.

²¹¹ SOMARRIVA: *Las obligaciones y contratos ante la Jurisprudencia*, sent. 16, págs. 12-13.

²¹² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 44, sec. 1ª, pág. 288; T. 45, sec. 1ª, pág. 597; T. 46, sec. 2ª, pág. 3; T. 77, sec. 2ª, pág. 77; T. 84, sec. 1ª, pág. 149.

Estas opiniones se fundan en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, que permite oponer la excepción de pago en cualquier estado de la causa hasta el cítese para sentencia en primera instancia y la vista de la causa en segunda.

No compartimos estas opiniones, por las siguientes razones:

- a) De aceptarse que el deudor pueda cumplir con su obligación durante la secuela del juicio, se vulnera el artículo 1489 que otorga la opción exclusivamente al contratante cumplidor y al aceptarse que el deudor pudiere pagar durante el juicio, se le está entregando a él la elección, pues por el hecho de pagar está optando por el cumplimiento del contrato.
- b) El argumento del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, no tiene el alcance que quienes están por la opinión contraria le dan. Cierto es que autoriza para oponer la excepción de pago, cuando se funde en un antecedente escrito, en cualquier estado de la causa, pero una cosa es "oponer la excepción de pago"; y otra muy distinta que pueda "pagar" en cualquier estado de la causa. Dicho de otra forma, si el deudor había cumplido oportunamente su obligación y a pesar de ello se le demanda de resolución, podrá oponer la excepción de pago durante todo el juicio, enervando, de esa forma la resolución. Esto es muy diferente a aceptar que pueda pagar en forma extemporánea.
- c) Todo contrato es ley para las partes contratantes (artículo 1545 del Código Civil). Por ello, las partes deben cumplir sus obligaciones en la forma y oportunidad convenidas.

La opinión que acabamos de expresar es defendida, con brillo, por don Augusto Elgueta Anguita²¹³. No tengo conocimiento de existir Jurisprudencia en este sentido.

²¹³ Augusto ELGUETA ANGUITA: ob. cit., págs. 97 a 121.

Fueyo²¹⁴ en una de sus últimas obras se acerca, débilmente a nuestro juicio, a la opinión que venimos sustentando, al expresar que el deudor en conformidad al artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, mantiene la facultad de pagar durante el juicio, pero agrega la siguiente prevención: "Con todo, como se dijo recientemente, la alegación abusiva y de mala fe de la excepción de pago no podría hacerse en provecho malicioso del deudor y recíprocamente en perjuicio del acreedor".

Hay un solo flanco que nos preocupa en la tesis que venimos defendiendo y es el artículo 1879 del Código Civil. Ello, porque esta disposición —referida al pacto comisorio calificado, en el contrato de compraventa, por no pago del precio— permite al comprador enervar la acción de resolución pagando el precio a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda. Puede sostenerse, entonces, que si en el pacto comisorio calificado —es decir, en el caso en que las partes expresamente convinieron que si no se pagaba el precio, el contrato se resolvía por ese sólo hecho— la ley todavía da al deudor la oportunidad de pagar dentro de las veinticuatro horas desde que se le notifique la demanda, con buena lógica debería entenderse, a fortiori, que en el caso de la simple condición resolutoria tácita, también puede pagar fuera de plazo. El reparo nos parece serio, pero no decisivo, pues la norma del artículo 1879, es una norma muy especial, que sólo debe operar para el caso que fue establecida, no siendo lícito fundarse en ella para sacar conclusiones de alcance general, que pongan en peligro todo el sistema establecido por el artículo 1489.

191.- Derechos que confiere la condición resolutoria tácita. El artículo 1489 confiere al contratante diligente una opción para

²¹⁴ Fernando FUEYO: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, págs. 343-344.

demandar o el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Si demanda el cumplimiento podrá hacerlo por la vía ordinaria o por la vía ejecutiva, según la naturaleza del título que invoque. En todo caso, si lo que se demanda es el cumplimiento de un contrato bilateral, "para que pueda prosperar la acción es necesario que el ejecutante compruebe, al iniciar la demanda, haber cumplido las obligaciones por él contraídas. Del artículo 1552 se desprende que si no se acredita la mencionada circunstancia, procede acoger la excepción, consistente en que el título no reúne los requisitos o condiciones exigidos por la ley para que tenga fuerza ejecutiva" (T. 30, sec. 1ª, pág. 1; T. 89, sec. 2ª, pág. 124).

En otro fallo, encontramos un voto disidente del Ministro Parada Benavente, en el mismo sentido, al expresar que "resulta muy especialmente del claro tenor del artículo 1552 que para poder exigir ejecutivamente el cumplimiento de una de las obligaciones recíprocas o correspondientes que se estipulan en un contrato bilateral, es menester que previamente se establezca que el ejecutante ha cumplido las que a él le incumbían según ese mismo contrato. Y esa prueba, naturalmente, debe preceder a la demanda ejecutiva, porque, como es sabido, el carácter ejecutivo de un título debe encontrarse en el título mismo a la fecha en que se pide el mandamiento de embargo, y no en las probanzas posteriores que dentro de la ejecución se produzcan".²¹⁵

Para el caso que se demande la resolución, la vía tendrá que ser necesariamente la ordinaria ya que del solo título no consta el incumplimiento del contrato.²¹⁶

²¹⁵ Corte de Talca, *Gaceta* 1914, enero-abril, N° 100 pág. 225). En el mismo sentido de este voto disidente varios fallos: T. 19, sec. 1ª, pág. 359; T. 21 sec. 1ª, pág. 859; tomo 37 sec. 1ª, pág. 18, y T. 48 sec. 1ª, pág. 116.

²¹⁶ SOMARRIVA: *Obligaciones y Contratos ante la Jurisprudencia*, sent. 21, pág. 21.

192.- Las acciones de cumplimiento y de resolución son incompatibles, pero pueden interponerse sucesivamente. Por ello no pueden demandarse conjuntamente, a menos que lo sea en forma subsidiaria, pero nada obsta a que ejercida una se pueda ejercer posteriormente la otra si no se obtuvo (art. 17 del Código de Procedimiento Civil).

Si el contratante diligente demanda el cumplimiento y no lo obtiene, mantiene su opción para demandar la resolución. Así lo entiende la doctrina. Al respecto Claro Solar nos recuerda que ello no era posible en Roma, pues había leyes expresas que impedían volver sobre la elección ya hecha al verificarse la condición que constituía el pacto comisorio expreso, pues no existía la condición resolutoria tácita; y además aquella legislación se explica por su riguroso formulismo. Además, agrega Claro Solar, el pacto comisorio producía allí efectos por sí solo. Pero en nuestro Derecho, la situación es diferente: "Pero si el vendedor, que ha recibido parte del precio, ha preferido demandar el cumplimiento completo del contrato y no lo consigue, sin embargo, ¿por qué habría de quedar impedido de pedir después la resolución, fundándose precisamente en que no ha podido conseguir el pago del precio, a pesar de su deseo de perseverar en el contrato? Y si ha pedido la resolución del contrato, por qué no ha de poder, en la dificultad de obtenerla, demandar el precio o aceptar el pago del precio que le ofrece el comprador?"²¹⁷

193.- La acción de indemnización de perjuicios es accesoria a la de resolución o cumplimiento. Con ello queremos señalar que no se puede demandar derechamente indemnización de perjuicios,

²¹⁷ CLARO SOLAR: ob. cit., T. X, N° 171, págs. 193 y siguientes. En el mismo sentido. Vto VÁSQUEZ (ob. cit., N° 303, pág. 284); ABELIUK (ob. cit., T. I, N° 544, págs. 429-430). Hay abundante jurisprudencia sobre el tema, que cita SOMARRIVA, al comentar la sent. N° 24, página 17, en su obra *De las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*.

sino que sólo como consecuencia de demandar el cumplimiento o la resolución del contrato. La claridad del artículo 1489 no admite dudas. Así lo entiende la doctrina Vío Vásquez²¹⁸. Así también la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales.²¹⁹

En relación con lo que se viene comentando, se ha fallado que "demandado el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, es inconsecuente que el fallo rechace, por una parte, dicho cumplimiento y, por otra, acoja la indemnización. Porque, según el claro tenor literal del artículo 1489 del Código Civil, la indemnización tiene como antecedente jurídico la resolución o el cumplimiento del contrato (todavía incumplido)."²²⁰

No se puede pues, pedir la indemnización de perjuicios si no se ha demandado el cumplimiento o la resolución. Sin embargo, esta regla tiene una excepción importante en el caso que la obligación incumplida sea de hacer, pues respecto de ellas, si el deudor se constituye en mora el acreedor puede demandar, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; y que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato (artículo 1553).

Los perjuicios tendrán que probarse, de acuerdo a las reglas generales (T. 17, sec. 1ª, pág. 117). Lo anterior, sin perjuicio de que pueda haberse convenido una cláusula penal, que releve de esta obligación al actor, Gaceta 1938, T. 2º, N° 103, pág. 478.

La regulación de los perjuicios podrá hacerse en el mismo juicio, si se hubiere litigado sobre su especie y monto. O, en caso contrario, el tribunal reservará a las partes el derecho para discutir

²¹⁸ Vío VÁSQUEZ: ob. cit., pág. 290.

²¹⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia. 30, sec. 1ª, pág. 495; T. 6º, sec. 2ª, pág. 701.

²²⁰ Fallos del Mes N° 241, sent. 3, pág. 382.

esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso (art. 173 Código de Procedimiento Civil).

194.- Diferencias entre la condición resolutoria ordinaria y la condición resolutoria tácita. La doctrina señala las siguientes diferencias:

- a) En la condición resolutoria tácita, el hecho futuro e incierto, es el incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral; en la condición resolutoria ordinaria, cualquier hecho futuro e incierto que no sea el incumplimiento de una obligación en un contrato bilateral;
- b) La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho; la tácita requiere de declaración judicial;
- c) La condición resolutoria ordinaria requiere de una manifestación expresa de voluntad; la tácita, es subentendida por la ley en todo contrato bilateral;
- d) La condición resolutoria tácita sólo opera en los contratos bilaterales (opinión mayoritaria); la ordinaria se puede establecer en cualquier negocio jurídico;
- e) Cumplida la condición resolutoria ordinaria se produce necesariamente la resolución; en cambio, en la condición resolutoria tácita el acreedor condicional tiene un derecho optativo para demandar el cumplimiento o la resolución del contrato;
- f) Como la condición resolutoria tácita requiere de sentencia judicial que la declare, sus efectos son relativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º Código Civil. La situación es totalmente diferente en la ordinaria ya que al operar por el solo ministerio de la ley, aprovecha a cualquier interesado, y
- g) En la condición resolutoria tácita el acreedor tiene derecho a indemnización de perjuicios, lo que no ocurre en la ordinaria.

195.- El Pacto Comisorio. El pacto comisorio está tratado en el párrafo 10 del Título XXIII del Libro IV del Código Civil, a propósito del contrato de compraventa por no cumplimiento de la obligación de pagar el precio. Su concepto lo da el artículo 1877: "Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de compraventa" (inc. 1º).

"Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse" (inc. 2º).

Si se observan los dos incisos, se podrá apreciar que el segundo no hace más que repetir lo que dice el primero.²²¹

De lo expresado en este artículo, se desprende que el pacto comisorio viene a ser la estipulación de la condición resolutoria tácita, por el no pago del precio en el contrato de compraventa. En efecto, si nada hubieren dicho las partes, y el comprador no pagare el precio, el efecto sería el mismo.

196.- El pacto comisorio procede en cualquier contrato y por el incumplimiento de cualquiera obligación. La ubicación de esta norma, dentro del contrato de compraventa y a propósito del no pago del precio, ha hecho surgir dudas sobre si puede también convenirse en otros contratos y en la misma compraventa por obligaciones distintas a las del pago del precio.

Hoy día está absolutamente claro que pese a estar el pacto comisorio tratado en el contrato de compraventa, por el incumplimiento de la obligación de pagar el precio, su alcance es general, pudiendo establecerse en cualquier contrato (incluso contratos unilaterales) y por el incumplimiento de cualquier obligación. Esta opinión, se funda en los siguientes argumentos:

²²¹ Vio VASQUEZ: ob. cit., N° 336, pág. 325.

- a) El pacto comisorio no es otra cosa que la condición resolutoria tácita expresada, convenida;
- b) En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden celebrar cualquiera estipulación con tal que no se atente contra la ley, el orden público o la moral y, por la misma razón, no se ve por qué no podrían acordar un pacto como éste;
- c) Únicamente por una razón histórica el pacto comisorio se ha ubicado dentro de los pactos accesorios al contrato de compraventa. Tiene su origen en la Lex Commissoria del Derecho Romano. Como allí no se aceptaba la condición resolutoria tácita, pareció necesario establecer la lex commissoria, en cuya virtud si el comprador no pagaba el precio, el vendedor quedaba autorizado para solicitar se dejare sin efecto esa venta.

Un problema distinto, que analizaremos más adelante, es saber qué normas vamos a aplicar al pacto comisorio establecido en los demás contratos, si la de los artículos 1877 y siguientes, o las que las partes puedan haber convenido.

A modo de ejemplo señalemos que es muy corriente en los contratos de arrendamiento este tipo de pactos, con el objeto de que el arrendador se ponga a cubierto de la posible mora del arrendatario. Es usual encontrar cláusulas como la que sigue: "Si el arrendatario no pagare la renta convenida dentro del plazo fijado (dentro de los cinco primeros días de cada mes, por ejemplo), el contrato de arrendamiento se extinguirá de inmediato".

197.- Pacto comisorio simple y pacto comisorio calificado. La doctrina ha establecido esta clasificación del pacto comisorio, que extrae del artículo 1879: "Si se estipula que por no pagarse el precio

al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de compraventa, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda”.

De esta norma se infiere que existen dos modalidades de pacto comisorio:

- a) el pacto comisorio simple, que no viene a ser más que la condición resolutoria tácita expresada. Por ejemplo, en un contrato de compraventa se establece que si el comprador no paga el precio se resolverá el contrato; o si en el arrendamiento se conviene que si el arrendatario no paga la renta en la oportunidad fijada en el contrato, éste se extinguirá (recuérdese que el contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo por lo que la resolución toma el nombre de terminación); y
- b) el pacto comisorio calificado o con cláusula ipso facto, que se define como el acuerdo de las partes en orden a dejar sin efecto el contrato, de inmediato, ipso facto, si el deudor incumple sus obligaciones. No es necesario emplear palabras sacramentales. Estaremos frente a un pacto comisorio calificado, cualquiera que sean los términos empleados, si aparece clara la intención de las contratantes de que se produzca la resolución de inmediato, por el solo hecho del incumplimiento, sin necesidad de resolución judicial.

Veamos algunos ejemplos:

- a) Pacto comisorio simple:
Ej. 1. Las partes acuerdan que si el comprador no pagare el precio convenido en el plazo fijado, se resolverá el contrato de compraventa.;

Ej. 2. Las partes convienen que si el arrendatario no pagare la renta convenida en el plazo fijado, se resolverá (extinguirá) el contrato de arrendamiento;

- b) Pacto comisorio calificado:

Ej. 1. Si el comprador no pagare el precio dentro del plazo establecido, se resolverá de inmediato, ipso facto, el contrato de compraventa.

Ej. 2. Si el arrendatario no pagare la renta convenida dentro del plazo fijado, el contrato de arrendamiento se extinguirá ipso facto (por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de declaración judicial).

198.- Efectos del pacto comisorio. Para estudiar el punto, haremos las siguientes distinciones:

- 1.- Efecto del pacto comisorio simple, en el contrato de compraventa por no pago del precio;
- 2.- Efecto del pacto comisorio simple en el contrato de compraventa, por obligaciones distintas a la de pagar el precio, o en los demás contratos por incumplimiento de cualquiera obligación;
- 3.- Efectos del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por no pago del precio;
- 4.- Efectos del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por una obligación distinta a la de pagar el precio o, en los demás casos, por incumplimiento de cualquiera obligación.

199.- Efecto del pacto comisorio simple, en el contrato de compraventa por no pago del precio. El artículo 1878 expresa que: “por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1873”, esto es, el derecho a

exigir el precio (cumplimiento del contrato) o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”.

Como se puede observar, estos efectos son idénticos a los de la condición resolutoria tácita: es decir, el comprador puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Y por la misma razón, para que opere se requiere de una resolución judicial, igual que ocurre en la condición resolutoria tácita.

200.- Efecto del pacto comisorio simple en el contrato de compraventa por el incumplimiento de una obligación distinta a la del pago del precio (ej. la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida) o en cualquier otro contrato por incumplimiento de cualquiera obligación. Siendo el pacto comisorio simple sólo la condición resolutoria tácita expresada, sus efectos son los mismos de aquélla, es decir, se otorga al contratante cumplidor la opción para pedir el cumplimiento o la resolución más indemnización de perjuicios. Luego, se requiere también de sentencia judicial que declare la resolución.

201.- Pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por no pago del precio. Los efectos del pacto comisorio en este caso, están tratados en el artículo 1879: “Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de compraventa, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda”.

Como puede observarse, pese a que las partes convinieron que la compraventa se resolviera ipso facto, es decir por el solo hecho del incumplimiento no ocurre de esta forma, puesto que se otorga al comprador un plazo de 24 horas que se cuenta desde la notificación de la demanda, para enervar la acción de resolución, pagando

el precio adeudado. De manera que está claro, que la resolución no opera de pleno de derecho, sino que se requiere de una sentencia judicial que la declare.

Víctor Santa Cruz se pregunta “¿por qué el legislador cuidó de que el pacto comisorio no produjera su efecto de resolver ipso facto la compraventa? Y responde: “la razón es obvia: hay un interés social en la estabilidad de las transferencias de dominio que sigue a los títulos traslativos de propiedad, como lo es la compraventa. La resolución de tales contratos no sólo afecta a las partes, pues según los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, puede alcanzar a los terceros poseedores que hayan sucedido al comprador...”. Por la misma razón es que “el pacto comisorio, que puede producir la resolución de la venta, si el comprador no paga el precio a las veinticuatro horas de notificado, prescribe en cuatro años, en lugar de diez años (hoy 5 años), art. 1880; el pacto de retroventa, que igualmente puede resolver la venta con consecuencia para los terceros poseedores, no puede intentarse después de pasados cuatro años desde la venta (arts. 1881, 1882 y 1885); la rescisión por lesión enorme no procede cuando el comprador ya ha enajenado la cosa (art. 1893)...”²²²

Si luego si el comprador no paga el precio en la oportunidad convenida, y existe este pacto comisorio calificado, de todas formas el vendedor tendrá que demandar judicialmente la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios y, en su oportunidad, el tribunal dictará la correspondiente sentencia dando lugar a la resolución y al pago de los perjuicios.

Se demanda la resolución en juicio ordinario, pues no hay un procedimiento especial (art. 3° del Código de Procedimiento Civil). Notificada la demanda, el comprador cuenta con un plazo de 24

horas.

²²² Víctor SANTA CRUZ SERRANO: Comentario a sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46, sec 1°, pág. 109.

horas, para enervar la acción de resolución pagando. Si el vendedor no quiere aceptar el pago, podrá pagar por consignación, lo que hará depositando la suma adeudada con los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos, en la cuenta corriente del tribunal que conoce del juicio de resolución (art. 1600 inciso final).

Respecto al plazo para pagar, llamamos la atención que son 24 horas, que no es lo mismo que un día, por cuanto por tratarse de un plazo de horas, se empieza a contar a partir del momento mismo en que se notifica la demanda, ej. si se notifica a las 5 P. M. del 13 de septiembre, el plazo vence a las 5 P. M. del 14 de septiembre. En tanto, que si fuere de un día, y se notifica a las 5 P. M. del día 13, el plazo vence el 14 a las 24 horas, por disponerlo así el artículo 48 del Código Civil. Además es un plazo fatal, por lo que cumplido caduca el derecho del comprador para pagar, sin necesidad de acusar rebeldía (artículo 49 del Código Civil).

No hay duda, decimos, que en el presente caso la resolución requiere de sentencia judicial. Los siguientes argumentos así lo prueban:

- a) argumento histórico. En los proyectos de Código Civil, aparece claro que don Andrés Bello se quiso separar en esta materia del artículo 1656 del Código Civil francés, que le sirvió de fuente inspiradora;
- b) el artículo 1878 –aplicable al pacto comisorio simple y al calificado– no priva al vendedor de la elección de acciones, pudiendo éste pedir el cumplimiento o la resolución. Si el contrato se resolviera ipso facto, no se ve como podría solicitarse el cumplimiento, pues el contrato ya está terminado;
- c) el artículo 1879, señala que el vendedor podrá “sin embargó, hacerlo subsistir”. Esta frase demuestra que el contrato no se extinguió por el solo incumplimiento, pues “subsistir” significa que sigue viviendo;

- d) si el comprador puede enervar la resolución pagando dentro de 24 horas, desde que le notifica la demanda, es porque la resolución no opera por el solo hecho del incumplimiento; y
- e) finalmente, y sin duda el argumento más categórico, es que el artículo 1879, exige demanda judicial, lo que implica juicio y sentencia.²²³

Lo que se viene diciendo es de la mayor importancia, pues el hecho de que se exija sentencia judicial, significa que “puede así el comprador, e incluso los terceros interesados, pagar oportunamente para dejar a firme sus derechos...” y “en segundo término, si bien el comprador no puede enervar la acción por medio del pago, sino cuando lo efectúa dentro del término señalado, puede oponer otras excepciones y enervar de esta manera la resolución, pues el juez debe pronunciarse sobre todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, arts. 193 (hoy 170), 299 (hoy 309) y 943 (hoy 768) N° 5 del C.P.C.”²²⁴

Aclarado que en el caso que se viene tratando, la resolución opera por sentencia judicial, es necesario dilucidar en qué momento se produce la resolución. Hay dos opiniones:

- a) según algunos²²⁵ la resolución se produce al momento en que se acoge la demanda;
- b) para otros²²⁶, la resolución se produce al momento en que se extingue el plazo de 24 horas para enervar la acción pagando.

²²³ Sobre este punto véase VIO VÁSQUEZ: ob. cit., N° 346, págs. 336-337; ABELIUK: ob. cit., N° 542, págs. 425-426.

²²⁴ SYTCHKIN: ob. cit., N° 222, pág. 153.

²²⁵ BARRÓS ERRÁZURIZ: *Curso de Derecho Civil*, T. III, pág. 165; FUEYO: *Derecho Civil*, T. I, N° 111, pág. 135.

²²⁶ A. ALESSANDRI, *De la compraventa y promesa de venta*, T. 2°, N° 1784, pág. 663.

No es ésta una discusión ociosa, pues si se sigue la primera tesis, el vendedor podría recibir el pago después de las 24 horas, pues aún no está resuelto el contrato, en cambio, si se sigue la segunda, ello no podría ocurrir, pues aunque la resolución se produce con la sentencia, sus efectos operan retroactivamente al vencimiento de las 24 horas.

202.- Condiciones que debe reunir el pago para enervar la acción de resolución. Para que este pago pueda enervar la acción de resolución debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) debe pagarse dentro de las 24 horas desde que se notifica la demanda;
- b) el pago debe ser íntegro, esto es, pagarse todo lo que al momento de la notificación de la demanda sea actualmente exigible, y
- c) debe cumplir los requisitos generales del pago.

203.- Efectos del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por el incumplimiento de una obligación distinta a la de pagar el precio o, en otro contrato por incumplimiento de cualquiera obligación. En relación con los efectos del pacto comisorio calificado en estos casos, hubo en un tiempo una discusión doctrinaria, que estimamos hoy prácticamente agotada. El problema es resolver si la resolución opera de pleno de derecho o si requiere también, igual que en la compraventa por no pago del precio, de una sentencia judicial que la declare. Una sentencia de la Excm. Corte Suprema, en materia de arrendamiento, resolvió que la resolución opera por sentencia judicial y aplicó por analogía el artículo 1879 del Código Civil (T. 38, sec. 1ª, pág. 318). Vío Vásquez²²⁷ se muestra, en general, conforme con esta sentencia.

²²⁷ Vío VÁSQUEZ: ob. cit., N° 350, pág. 351. En el mismo sentido, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 86, sec 5ª, pág. 92, Consid. 2º.

No compartimos lo anterior. Nos parece absolutamente claro que el pacto comisorio calificado, en este caso, opera de pleno derecho porque es eso lo que las partes pretendieron al estipularlo. No estamos frente al pacto comisorio del artículo 1879, por lo que no hay razón para aplicar sus reglas, sino ante un pacto creado por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1545. La norma del artículo 1879, es excepcional—porque rige para la compraventa y sólo para el no pago del precio— por ello su aplicación debe ser restrictiva. Además, como afirma Stitchkin, "...para interpretar las cláusulas de un contrato en que no hayan reglas especiales, debe recurrirse a las disposiciones generales de los artículos 1560 y siguientes, que atienden principalmente a la intención de los contratantes, que al estipular en esta forma el pacto comisorio en un contrato, pretenden, sin lugar a dudas, que se resuelva de pleno derecho en caso de incumplimiento"²²⁸.

La Corte Suprema en sentencia de 2 de julio de 1948 (T. 48, Sec. 1ª, pág. 109) acoge la tesis que venimos sustentando, al establecer que en los contratos de arrendamiento las partes pueden estipular la terminación ipso facto del contrato por incumplimiento de las obligaciones de alguna parte y que esta estipulación surte los efectos que quisieron atribuirle, o sea que el contrato queda terminado por el sólo hecho de no cumplirse la obligación de que se trata, sin necesidad de acción en que se pida la terminación ni de sentencia que la declare. Este fallo tiene un extenso y esclarecedor comentario favorable de Víctor Santa Cruz Serrano, quien, entre otros argumentos, recuerda que el pacto comisorio constituye una condición resolutoria, por lo que cabe aplicarle lo dispuesto en el artículo 1484, según el cual las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida. Y exigir sentencia judicial, no es lo que las

²²⁸ Ob. cit., N° 223, pág. 155.

partes convinieron. En el mismo sentido Fernando Alessandri²²⁹. En contra Arturo Alessandri y Luis Claro Solar.²³⁰

Al operar el pacto comisorio calificado de pleno derecho en el contrato de arrendamiento, si en éste se estipuló que el contrato terminaba ipso facto por el no pago de las rentas en la oportunidad fijada, y se produce el incumplimiento, el arrendador deberá demandar solicitando restitución del inmueble y no la terminación (o resolución), porque el contrato se extinguió al cumplirse la condición. No se puede pedir que se extinga lo que ya está extinguido.

Don Víctor Santa Cruz Serrano, en el comentario ya mencionado, critica la sentencia en un punto: en cuanto "parece entender que tales conclusiones (que la terminación opera de pleno derecho) no rigen en el arrendamiento de predios urbanos, dado el tenor del artículo 1977, que está ubicado en las reglas particulares relativas al arriendo de "casas, almacenes u otros edificios". Estima que el artículo 1977 no es de orden público y por consiguiente, pueden las partes renunciar a su aplicación estableciendo un Pacto Comisorio Calificado.²³¹

No cabe, a nuestro juicio, aplicar a este caso el artículo 1977 del Código Civil, según el cual "la mora de un período entero de pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconveniones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no se presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable que no bajará de treinta días". Si hay pacto comisorio esta regla no rige porque, no se trata de "hacer cesar inmediatamente el arriendo" porque, lo repetimos, el contrato de arriendo se extinguió al

²²⁹ Fernando ALESSANDRI: "Explicaciones de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal". Apuntes, T. II, pág. 198.

²³⁰ Arturo ALESSANDRI: *La compraventa y Promesa de Venta*, T. II, N° 1703, págs. 655 y siguientes; CLARO SOLAR: artículo publicado en el T. VIII, 1ª Parte, pág. 175.

²³¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46, sec. 1ª, pág. 120.

cumplirse la condición contemplada en el pacto (no pago de la renta en el período fijado). Así lo ha dicho un fallo de la Excma. Corte Suprema de 8 de agosto de 1996: "El pacto comisorio calificado que las partes introdujeron en su contrato de arrendamiento comparte la naturaleza jurídica de la condición resolutoria ordinaria y, por consiguiente, su cumplimiento—en la especie, la falta de pago de las rentas— produce ipso jure la extinción del arrendamiento, sin que sea menester una declaración judicial, razón por la cual el arrendatario carece de facultad para hacer subsistir el contrato consignando las rentas que en su oportunidad dejó de pagar..."²³²

Un comentario final, en relación con el pacto comisorio calificado en el contrato de arrendamiento. Se ha fallado que no tendría valor el pacto comisorio calificado por no pago de rentas, en razón de que el artículo 1977 del Código Civil sería una norma de orden público²³³. No estamos de acuerdo en que el artículo 1977 sea una norma de orden público, que las partes no puedan renunciar mediante el establecimiento de un pacto comisorio calificado. Tampoco creemos que se trate de una renuncia prohibida por el artículo 19 de la ley N° 18.101, porque lo que prohíbe renunciar el artículo 19 son los derechos que esta ley confiere a los arrendatarios. Y el artículo 1977, está en el Código Civil, no en la ley N° 18.101.²³⁴

En sentido contrario, un fallo de 22 de agosto de 1996, de la Excma. Corte Suprema en que, tratándose de un pacto comisorio calificado en un contrato de arriendo de un predio rústico, regido por el D.L. N° 993, la Corte Suprema resolvió que "la ley niega al arrendador de predios rústicos el derecho de pactar que el simple retardo en el pago de la renta constituye en mora al arrendatario" y

²³² *Rev. Fallos del Mes* N° 453, sentencia 17, pág. 1654.

²³³ *Gaceta Jurídica* 145, sent. 1, pág. 80.

²³⁴ En ese sentido, sentencia de la Corte de Concepción de 29 de diciembre de 1994, causa Rol N° 709-94, considerando 9º, no publicada.

que "para constituir en mora al arrendatario de un predio rústico, se requiere en todo caso dos reconvenções debiendo mediar entre ambas a lo menos treinta días, según lo dispone el artículo 11 del D.L. 993²³⁵. Definitivamente no estamos de acuerdo con este pronunciamiento. El D.L. N° 993, no prohíbe el pacto comisorio calificado en un contrato de arrendamiento de un predio rústico. Y el inciso 1° del artículo 11 de ese cuerpo legal es muy claro en orden a que a falta de disposiciones especiales, se apliquen las disposiciones generales.

204.- Prescripción del pacto comisorio. El artículo 1880, establece que "el pacto comisorio calificado prescribe al plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato". "Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno".

Respecto de esta norma, es importante precisar lo siguiente:

- a) El plazo de prescripción que ella establece rige únicamente para el pacto comisorio—simple o calificado—que reglamenta el Código Civil, es decir para el contrato de compraventa por no pago del precio. Así Abeliuk.²³⁶
En el caso del pacto comisorio establecido en otros contratos, o en la compraventa por una obligación diferente a la de pagar el precio, no se aplica la norma del artículo 1880. La prescripción en esos casos se regula por los artículos 2514 inc. 2° y 2515, vale decir, prescribe en 5 años contados desde que la obligación se hace exigible;
- b) El artículo 1880 no dice que el pacto comisorio prescribe en 4 años, sino en el plazo que las partes acordaren si no pasare

²³⁵ Fallos del Mes N° 453, sent. 11, pág. 1631.

²³⁶ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 551, pág. 433.

de 4 años. Luego puede prescribir en un plazo menor de 4 años; y

- c) Una última cuestión y muy importante, en relación con el artículo 1880, es que el plazo de prescripción que esta disposición establece no empieza a correr desde que la obligación se hace exigible—como debería ocurrir si se aplicaran las reglas generales en conformidad al artículo 2514 inc. 2° del Código Civil—, sino desde la fecha del contrato. Lo anterior significa que al establecerse el pacto, no podrá ser por obligaciones que demoren más de 4 años en cumplirse, pues de ocurrir así, cuando se demandare la resolución, el pacto ya se encontraría prescrito.

205.- Prescrita la acción del pacto comisorio, ¿podría demandarse la resolución fundada en el artículo 1489? ¿Qué ocurre cuando en un contrato de compraventa existe un pacto comisorio por no pago del precio, y el vendedor deja transcurrir más de 4 años para demandar? ¿Podría, en este caso, demandar de resolución fundándose no en el pacto comisorio sino en la condición resolutoria tácita del artículo 1489? Vío Vásquez afirma que "transcurridos los cuatro años, la acción resolutoria se extingue irremediamente, sin que pueda aducirse que todavía le queda al vendedor, por ejercitar, la que nace de todo contrato bilateral, esto es, la de la condición resolutoria tácita, como lo sostiene en su Memoria de Prueba don Gonzalo Montecinos M. Admitir esta opinión sería tergiversar la letra del Código, pues el artículo 1880 es bastante explícito y claro para comprender que si dice que prescribe en el plazo de cuatro años contados desde la fecha del contrato, se está refiriendo a la acción resolutoria que se le concede por el artículo 1873, según declaración del artículo 1878. Además, llegaríamos al absurdo que el artículo 1880 sería letra muerta, puesto que el vendedor en todo caso tendría derecho a solicitar la resolución del contrato, y esto no es

posible. Si se estipuló pacto comisorio, es porque las partes quisieron someterse a estas reglas y no a las de la condición resolutoria del artículo 1489, por lo que su renuncia a la acción que concede esta condición se presume tácitamente²³⁷. Este autor —Vío Vásquez— agrega que el vendedor en este caso sólo podría solicitar el pago del precio, pues el artículo 1880, no se refiere a la acción de cumplimiento²³⁸. En el mismo sentido Arturo Alessandri.²³⁹

Estamos plenamente de acuerdo con estas opiniones. Sin embargo, la Corte Suprema admitió la tesis contraria, al rechazar un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una sentencia de la Corte de Puerto Montt que resolvió que no obstante el pacto comisorio el vendedor puede solicitar la resolución de un contrato fundado en los artículos 1489 y 1873.²⁴⁰

206.- De la acción resolutoria. Abeliuk la define como “la que emana de la condición resolutoria en los casos que ella requiere sentencia judicial, y en cuya virtud el contratante diligente solicita que se deje sin efecto el contrato por no haber cumplido la contraparte alguna de las obligaciones emanadas de él”.²⁴¹

Dice la definición que emana de la condición resolutoria en los casos en que ella requiere sentencia judicial. Pues bien, ello se produce en las siguientes situaciones:

- a) en la condición resolutoria tácita,
- b) en el pacto comisorio simple,
- c) en el pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa por no pago del precio.

²³⁷⁻²³⁸ VÍO VÁSQUEZ: ob. cit., N° 348, pág. 343.

²³⁹ ARTURO ALESSANDRI: *De la Compraventa y Promesa de Venta*, N° 1874, pág. 964.

²⁴⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 90, sec. 1°, pág. 72: “Fisco con Inversiones Comercial Transegeo Ltda.”.

²⁴¹ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 545, pág. 430.

En la condición resolutoria ordinaria o en los otros pactos comisorios, no hay acción resolutoria, porque la resolución opera de pleno derecho, no se demanda judicialmente y por ello no se requiere de acción. Luego, como observa Abeliuk²⁴², es erróneo afirmar que la acción resolutoria proviene de la condición resolutoria, pues, como se viene mostrando, hay casos de condición resolutoria que no dan acción.

207.- Características de la acción resolutoria. La doctrina señala las siguientes: a) es una acción personal; b) patrimonial; c) mueble o inmueble, según el objeto de que se trate, y d) indivisible.

208.- La acción resolutoria es personal. Aun cuando en la doctrina extranjera su naturaleza de personal ha sido discutida, en Chile la unanimidad de la doctrina así lo entiende²⁴³. Es personal porque la acción deriva del contrato y éstos generan derechos personales. No olvidemos que el artículo 578 nos dice que “de estos derechos—de los personales o créditos—nacen las acciones personales”.

Por ser personal, sólo se puede entablar en contra de quien celebró el contrato, no en contra de terceros. Por ello, si el comprador, por ejemplo, enajena la cosa a un tercero, no podrá intentarse la acción en contra de este tercero, porque no fue parte del contrato²⁴⁴. Ello, sin perjuicio, de que exista otra acción en contra de ese tercero (reivindicatoria o restitutoria), como luego veremos. Por esta razón, la Corte Suprema, ha fallado que no se puede dirigir la acción resolutoria contra una persona que actuó como mandatario.²⁴⁵

²⁴² ABELIUK: ob. cit., T. I, pág. 430.

²⁴³ VÍO: ob. cit., N° 353; ALESSANDRI: *De la Compraventa y Promesa de Venta*, T. II N° 1738, pág. 746; ABELIUK: ob. cit., N° 546, págs. 430-431; SOMARRIVA: *Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia*, sent. 25, págs. 18-19.

²⁴⁴ T. 10, sec. 1°, pág. 507.

²⁴⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28, sec. 1°, pág. 185.

En el caso en que los deudores incumplidores se hubieren obligado solidariamente, la acción puede intentarse en contra de cualquiera de ellos.²⁴⁶

209.- La acción resolutoria es patrimonial. Ello es así desde que su objetivo es dejar sin efecto un contrato patrimonial. No cabe la resolución en el Derecho de Familia.

Del hecho de ser patrimonial derivan importantes consecuencias:

1.- Es renunciable. Así fluye del artículo 1487 y es lógico que así sea, pues sólo mira al interés personal del renunciante y no se encuentra prohibida su renuncia (artículo 12 del Código Civil)²⁴⁷. Se puede renunciar en el mismo contrato, o posteriormente antes del incumplimiento.

Puede la renuncia ser expresa o tácita. El solo hecho de demandar el cumplimiento, no supone, según ya lo hemos visto, la renuncia a la acción resolutoria.

2.- Es transferible y transmisible. En cuanto a la transmisibilidad no merece ningún comentario especial, atendido lo dispuesto en los artículos 951, inc. 2º y 1097 inc. 1º.

En cambio, sí vale la pena detenerse en lo relativo a su condición de transferible. Ello con el objeto de precisar que algunos autores consideran que si se cede un crédito, esta cesión no importa la transferencia de la acción resolutoria. Esta opinión se funda en que la resolución sería una excepción personal, que no queda comprendida la cesión, según el artículo 1906 del Código Civil. Así lo estima una buena parte de la doctrina²⁴⁸. Una opinión distinta encontramos en

²⁴⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 50, sec. 1ª, pág. 57.

²⁴⁷ Corte de Santiago, 8 de agosto de 2003, *Gaceta Jurídica* 278, pág. 146.

²⁴⁸ Vio VÁSQUEZ: ob. cit., N° 363, pág. 36. En el mismo sentido, ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 550, pág. 433. Así se ha fallado, *Gaceta* del año 1882, sentencia 1840, pág. 1021.

Alessandri²⁴⁹. Por ello y para evitar problemas cuando se cede un crédito, parece importante ceder también la acción resolutoria, pues de no hacerse así podría sostenerse que el cesionario no puede demandar la resolución del contrato, pues la cesión traspasa únicamente el crédito, no la calidad de parte contratante.

Una situación parecida a la anterior, se presenta en el caso de que en una compraventa, el pago del precio lo haga un tercero con el consentimiento del deudor y que en virtud de ello —atendido lo dispuesto en el artículo 1610 N° 5— se subrogue en los derechos del acreedor pagado (vendedor) (artículo 1610 N° 5). ¿Puede en este caso, este tercero, demandar la resolución?

Vío Vásquez responde afirmativamente. Expresa que “si un tercero efectúa el pago del precio consintiéndolo el acreedor y cumpliéndose los demás requisitos ordenados en el artículo 1611, se subroga en los derechos y acciones del acreedor, pudiendo, en ese caso, ejercer la acción resolutoria²⁵⁰. En el mismo sentido, Borda.²⁵¹

A nosotros nos parece que el tercero que paga, sólo se subroga en el crédito, no adquiere la calidad de contratante y como de acuerdo al artículo 1489, la acción resolutoria le corresponde al “contratante”, no tendría la acción resolutoria. Admitimos que el asunto es discutible frente al tenor del artículo 1612, según el cual “la subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo...”. Guillermo Ospina nos da la razón: “Así el

²⁴⁹ ALESSANDRI: *De la compraventa y Promesa de Venta*, T. II, N° 1729, pág. 733.

²⁵⁰ Vio VÁSQUEZ: ob. cit., N° 365.

²⁵¹ Guillermo BORDA: ob. cit., T. I, N° 805, pág. 606.

tercero que le paga al vendedor el precio insoluto de la compraventa, por virtud de la subrogación sólo se hace acreedor a ese precio con sus accesorios, privilegios y garantías inherentes. Pero mal puede pretender dicho tercero ventajas o derechos diferentes y que no se encaminen precisamente a la satisfacción de ese crédito adquirido, como son los que tuviera el acreedor subrogante por su condición personal o por su calidad de contratante. De admitir que la subrogación comprende las referidas acciones de nulidad, simulación o resolución de contrato, se desnaturalizaría la institución: se autorizaría al solvens subrogado, no ya para lograr la satisfacción de su crédito, sino para destituirlo, y para obtener en cambio y sin causa alguna otros derechos²⁵². También pareciera estar en esta posición Claro Solar²⁵³ y Somarriva.²⁵⁴

- 3.- Es prescriptible. Su plazo de prescripción será normalmente de 5 años, que se cuenta desde que la obligación se hace exigible (artículos 2514 y 2515). Sin embargo, en la condición resolutoria que emana del pacto comisorio establecido en un contrato de compraventa por no pago del precio, rige la regla especial del artículo 1880, esto es, que prescriba en el plazo que fijaron las partes si no excede de los 4 años, plazo que se cuenta desde la celebración del contrato.

El plazo de prescripción, en el caso del artículo 1880 tiene además la particularidad de que, en conformidad al artículo 2524, no se suspende.

²⁵² Guillermo OSPINA: ob. cit., N° 592, págs. 369-370.

²⁵³ Claro SOLAR: ob. cit., T. XII N° 523, pág. 236.

²⁵⁴ SOMARRIVA: *Obligacions y Contratos ante la Jurisprudencia*, sent. 115, págs.

210.- La acción resolutoria es mueble o inmueble, según la cosa sobre que recaiga. Es aplicación lisa y llana del artículo 580 del Código Civil.

211.- La acción resolutoria es indivisible. Esta indivisibilidad es subjetiva y objetiva.

- a) Subjetiva, porque si son varios los acreedores, deben ejercitar la acción conjuntamente y si hay pluralidad de deudores, debe demandarse a todos ellos. Esta conclusión se funda en el artículo 1526 N° 6 del Código Civil y cuenta con el apoyo de la doctrina²⁵⁵. Una opinión contraria encontramos en Victorio Pescio, quien analiza el punto en relación con la acción resolutoria ejercida por uno de los herederos del vendedor, cuando el comprador adeuda una parte del precio. Afirma que es un error aplicar en este caso, la norma del artículo 1526 N° 6 pues se parte de una suposición falsa: que se trata de una obligación alternativa, en circunstancias que no existe en el caso, ni remotamente, una obligación de ese tipo ya que el objeto de la obligación del comprador es uno solo: el pago del precio, y puesto que éste consiste en una suma de dinero, el objeto es divisible por lo que al ser "varios los herederos del vendedor, de acuerdo con las reglas generales, el crédito que corresponde a esa deuda de cosa divisible, se divide entre ellos a prorrata de sus respectivas cuotas hereditarias".²⁵⁶

²⁵⁵ Vio: ob. cit., N° 359, pág. 361; FUEYO: *Derecho Civil*. T. IV, Vol. I, N° 101, pág. 128; SOMARRIVA: "Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia", sent. 26, pág. 19). Así también jurisprudencia (T. 57, sec. 1ª, pág. 253).

²⁵⁶ Victorio Pescio: "La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 49, I Parte, págs. 88-91.

- b) Objetiva, porque no se puede demandar en parte el cumplimiento y en parte la resolución. Ello es así, porque el artículo 1489, da la alternativa para demandar el cumplimiento o la resolución, pero no en parte el cumplimiento y en parte la resolución. Así ha sido resuelto, por la Corte de Talca.²⁵⁷

212.- Resolución y nulidad de un contrato. Son muy diferentes la acción de nulidad y la acción de resolución. Hay nulidad cuando existe un vicio originario en el contrato, como podría ser objeto ilícito, causa ilícita, vicios del consentimiento, etc. En cambio, la resolución deriva del hecho de que en un contrato bilateral una parte no cumple lo pactado.

En cuanto a los efectos que produce la nulidad y la resolución son también diversos. Como observa Abeliuk, la nulidad y rescisión borran totalmente el acto o contrato, por lo que sus efectos son más radicales y, por lo mismo, la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros, sin distinciones de ninguna especie (art. 1689). En cambio, la acción resolutoria sólo da acción contra los terceros de mala fe, como lo veremos luego al estudiar los artículos 1490 y 1491. Hay diferencias importantes, también en relación con las prestaciones mutuas, cuando se acoge la nulidad o la resolución.²⁵⁸

Una cosa es importante: sólo cabe la resolución respecto de un contrato válido, pues la acción de resolución deriva del incumplimiento del contrato. Y si en virtud del efecto propio de la nulidad se determina que no hay contrato, mal podrá haber acción resolutoria. Por ello, se ha resuelto, que no puede demandarse la resolución de un contrato de promesa nulo.²⁵⁹

²⁵⁷ *Gaceta de Tribunales*, T. I, sent. 89, pág. 610 y por la Corte Suprema; *Gaceta de los Tribunales*, año 1884, sent. 169, pág. 136.

²⁵⁸ ABELIUK: ob. cit., T. I, N° 555, pág. 435.

²⁵⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 46, sec. 2ª, pág. 79.

213.- Resolución y resciliación. Corresponden a dos instituciones absolutamente diferentes. La resolución, ya lo sabemos, procede cuando en un contrato bilateral una de las partes no cumple sus obligaciones. La resciliación, en cambio, es un modo de extinguir las obligaciones que se produce cuando las partes, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, acuerdan dejar sin efecto el contrato de donde emana la obligación (art. 1567 inc. 1º). Por su propia naturaleza, la resciliación no puede afectar en modo alguno a los terceros, pues el acuerdo que ella supone les es inoponible, "*res inter alios acta*".

214.- Efectos de la resolución. Para estudiar esta materia debemos distinguir entre: A) efecto entre las partes y B) efectos respecto de terceros.

215.- Efectos de la resolución entre las partes. Los efectos entre las partes son los propios de toda condición resolutoria, es decir, volver a las partes al estado anterior a la celebración del contrato, como si nunca hubieren contratado.

En virtud del efecto retroactivo, cumplida la condición, el deudor condicional debe restituir lo que había adquirido bajo esa condición. Así lo ordena el artículo 1487, que es de alcance general para cualquier tipo de condición resolutoria, "Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere renunciarla, pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere".

Recordemos que el deudor condicional, por regla general, no restituye los frutos percibidos en el tiempo intermedio (1488); que entrega la cosa en el estado en que se encuentre, con sus aumentos

y mejoras, y sufriendo el acreedor los deterioros fortuitos que haya experimentado la especie, no así los culpables, de los que responde el deudor (1486); los actos de administración realizados por el deudor (arriendos por ejemplo), quedan firmes—recuérdese que ello se infiere de las reglas del fideicomiso, artículo 758—sin perjuicio de que producida la resolución, ésta opere como modo de extinguir esos contratos (arts. 1950 N° 3 y 1958 del Código Civil).

Conviene precisar que si el deudor había cumplido en parte sus obligaciones, debe restituírsele lo que él hubiere pagado, pues en caso contrario habría enriquecimiento sin causa. Así lo dice el artículo 1875, en la resolución de la compraventa por no pagarse el precio.

216.- Efectos de la resolución respecto de terceros. La primera cuestión que hay que plantearse es por qué la resolución de un contrato puede afectar a los terceros. La respuesta es obvia: va a afectar a los terceros cuando el deudor condicional resolutoria, pendiente la condición resolutoria haya enajenado o gravado la cosa poseída bajo esa condición. En virtud del efecto retroactivo de la condición, cumplida ésta, cabe entender que el deudor condicional no ha sido nunca dueño, por lo que tales enajenaciones y gravámenes los realizó sobre cosa ajena, siendo, por lo mismo, inoponibles al verdadero dueño. Sin embargo, si esta regla se aplicara en forma absoluta se causarían perjuicios a los terceros que pueden haber contratado con el deudor condicional de buena fe, ignorando la existencia de la condición.

Por ello, para conciliar los intereses del acreedor con los de los terceros, el Código ha dado reglas especiales en los artículos 1490 y 1491, en cuya virtud—y hablando en términos muy generales—la resolución no afecta a los terceros de buena fe. El artículo 1490 rige para los bienes muebles y el 1491, para los inmuebles.

217.- Estudio del artículo 1490. Esta norma establece que “si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe”.

Señalemos, en primer término, que cuando la norma habla de “cosa mueble” debe entenderse que puede tratarse de cosas corporales o incorporales (derechos).

Agreguemos, en seguida, que esta disposición tiene una redacción muy poco feliz. En efecto, incurre en varias impropiedades. Veamos:

- a) Dice “si el que debe una cosa mueble...”, debemos entender que lo que se quiere expresar es “si se posee una cosa mueble”, pues pendiente la condición no se puede decir que se deba la cosa. Ello sólo vendrá a ser cierto si la condición se cumple;
- b) La disposición se pone en tres supuestos:
 - 1.- que se tenga una cosa debida a plazo;
 - 2.- que se tenga una cosa debida bajo condición suspensiva,
y
 - 3.- que se tenga una cosa debida bajo condición resolutoria.

La primera situación nada tiene que ver con la resolución, pues quien debe una cosa a plazo, no es propietario sino usufructuario de la misma (artículo 1087 inciso 1°) y, por consiguiente, sólo le está permitido ceder y gravar su derecho de usufructo (artículo 793). Si va más allá—enajena la cosa o la grava—no se aplica el artículo 1490, sino las disposiciones generales sobre enajenación o gravamen de cosa ajena, en virtud de las cuales tales enajenaciones son inoponibles al verdadero dueño, sea que el tercero esté de buena o mala fe.

El segundo supuesto es también imposible porque nadie puede poseer una cosa sujeta a condición suspensiva. Si tiene la cosa y su posesión es condicional, será deudor condicional resolutorio, no suspensivo.

De manera que, en definitiva, la norma sólo va a operar cuando se posea una cosa sujeta a una condición resolutoria. Es el único caso en que el poseedor puede enajenar y gravar la cosa, enajenaciones y gravámenes que deberán extinguirse de cumplirse la condición.

218.- Requisitos para que la enajenación o gravamen de una cosa mueble debida bajo condición resolutoria afecte a terceros. Los requisitos son dos: a) que el deudor condicional la haya enajenado o gravado, y b) que el tercero esté de mala fe, es decir que al momento de contratar con el deudor condicional, supiera que el derecho de éste estaba sujeto a extinguirse de cumplirse la condición.

De acuerdo a las reglas generales (artículo 707), la buena fe se presume, por lo que será el acreedor condicional quien deberá probar la mala fe del tercero.

Agreguemos que los artículos 1490 y 1491 rigen aunque el tercero adquiriera la cosa en pública subasta decretada por la justicia (ventas forzadas). Así se ha fallado.²⁶⁰

219.- Estudio del artículo 1491. Esta norma establece: "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública".

También en este caso, al no distinguir la ley, la expresión "inmueble", comprende tanto las cosas corporales como las incor-

²⁶⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 45, sec. 1ª, pág. 324.

porales. No se comprende a los inmuebles por adherencia, porque ellos son considerados muebles por anticipación para los efectos de su enajenación (artículo 571).

220.- Requisitos para que los terceros se vean afectados por la condición. Según el artículo 1491, un solo requisito es necesario: que la condición conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

Esta norma crea algunos problemas:

- 1.- ¿Qué se entiende porque el título conste?;
- 2.- ¿Cuál es el título respectivo?;
- 3.- Si el hecho de que la condición conste en el título, ¿transforma al tercero en poseedor de mala fe?. Veamos cada uno de estos puntos.

221-1.- ¿Cuándo consta la condición en el título respectivo? Es indudable que en el caso de la condición resolutoria ordinaria o del pacto comisorio, ellas constan en el título. La duda puede presentarse respecto de la condición resolutoria tácita, ya que ésta justamente por no estar expresada, no puede constar en el título.

Se ha entendido casi invariablemente por la doctrina que cuando se exige que la condición "conste" en el título, no quiere significar que debe estar expresada, de modo que debe entenderse que consta también la condición si del título aparece que existe una obligación incumplida, pues con ello quien va a contratar sabe que si tal obligación no se cumple operará la condición resolutoria tácita. Una cosa "consta", se dice, cuando es cierta, y si hay una obligación incumplida en un contrato bilateral, se sabe, es un hecho cierto, que podrá resolverse si no se cumple esa obligación. Por lo demás, el artículo 1491 no distingue entre condición resolutoria expresa o tácita.

Una opinión distinta tenía don Ruperto Bahamonde, para quien sólo constaría la condición resolutoria expresa.

Lo que venimos diciendo es del mayor interés, pues al examinarse títulos de inmuebles deberá estudiarse si existen obligaciones pendientes, pues de haberlas, el adquirente de la cosa quedará expuesto a que su derecho se resuelva, si el deudor no cumple esa obligación, por aplicación del artículo 1489. Así, por ejemplo, si quien pretende vender, al momento de comprar el inmueble quedará adeudando un saldo de precio, deberá exigirse que se acredite, con la correspondiente escritura de cancelación, que el saldo de precio se encuentra pagado.

222.2.- ¿Cuál es el título respectivo? El artículo 1491 exige que la condición conste en el "título respectivo". Pues bien, ¿cuál será éste? Título respectivo es aquél en cuya virtud adquirió la cosa la persona que ahora pretende enajenar o gravar. Ej. Pedro quiere vender a Juan su casa. El título respectivo será aquél en cuya virtud adquirió Pedro (o alguno de los antecesores de Pedro en el dominio del bien).

223.- ¿Por qué la ley dice que el título debe constar en el respectivo título inscrito u otorgado por escritura pública? Nótese, en primer lugar, que la ley no dice que para que opere la resolución la condición tenga que encontrarse inscrita. Lo que se inscribe es el título, no la condición.

Si la ley habla de título inscrito u otorgado por escritura pública, es porque hay ciertos títulos que no requieren de inscripción, como ocurre con las servidumbres, cuya tradición se hace mediante escritura pública (art. 698). En el caso de actos que deben inscribirse para que opere el artículo 1491, tiene que encontrarse el título inscrito. No basta la simple escritura pública.

Algunos atribuyen la frase "u otorgado por escritura pública" al hecho de que como el Conservatorio de Bienes Raíces no empezó

a operar conjuntamente con el Código, hubo un lapso (hasta el 1º de enero de 1859) en que sólo podía hablarse de títulos otorgados por escritura pública, pues esa fue la forma como se adquirían los derechos reales en el lapso intermedio, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 697 del Código Civil.

224.- Si la condición consta en el título inscrito u otorgado por escritura pública ¿puede el tercero adquirente ser poseedor de buena fe? Este problema ha sido discutido y la conclusión es que aunque la condición conste en el título inscrito u otorgado por escritura pública, ese hecho no lo transforma en poseedor de mala fe, y tendrá esa calidad si tiene la conciencia de haber adquirido la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio, tal como lo señala el artículo 706 inc. 1º. La Jurisprudencia ha dicho que como la buena fe se presume, será el reivindicante quien deberá probar que adquirió la cosa de mala fe (T. 45, sec. 1ª, pág. 324; T. 23, sec. 1ª, pág. 354).

Lo que se viene diciendo es importante, porque si es poseedor de buena fe y cumple los demás requisitos de posesión regular —justo y tradición— puede llegar a adquirir la cosa por prescripción ordinaria.

225.- Gravámenes que caducan. El artículo 1491 plantea todavía otro problema, pues al hacer referencia únicamente a tres gravámenes —hipoteca, censo o servidumbre— se plantea la duda de lo que ocurre si el gravamen es otro, ej. si se constituye una servidumbre, fideicomiso, usufructo, uso, habitación. ¿Rige en estos casos la norma del artículo 1491? Arturo Alessandri dice que el 1491 no es taxativo, sino ejemplificativo, por lo que en el caso de los otros gravámenes también rige el artículo 1491 (De la Compraventa y Promesa de Venta. T. II, N° 1788, pág. 865). En el mismo sentido Vío Vásquez, ob. cit., N° 406, págs. 400 y 401. En cambio, Jorge

González Von Marés (citado por Vío Vásquez) cree que la norma es taxativa, argumentando que por ser excepcional debe interpretarse en forma restringida. Además, sostiene que los artículos 763, 806, 812, 885 y 2406 establecen que los derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y prendas se extinguen por la resolución del derecho de su autor, sin distinguir si los terceros adquirentes de estos derechos estaban de buena o mala fe.

226.- No se aplica el artículo 1491 a los arrendamientos celebrados por el deudor condicional. Pendiente la condición, el deudor condicional pudo haber arrendado el inmueble. Pues bien, cumplida la condición, los arrendamientos celebrados no quedan regidos por el artículo 1491, por tres razones: primero, porque no constituyen actos de enajenación o gravamen, que es a lo que se refiere el art. 1491; en seguida, porque ya hemos dicho que el deudor condicional tiene facultades para dar en arrendamiento las cosas debidas bajo condición, pues aplica, por extensión, la regla que para el propietario fiduciario establece el artículo 758; y, finalmente, porque el Código ha reglamentado expresamente esta situación al establecer que el arrendamiento termina en este caso, en conformidad al artículo 1950 N° 3 y los efectos de esa terminación quedan regulados por el artículo 1961, que obliga al arrendador (deudor condicional) a pagar al arrendatario una indemnización por la extinción del arriendo.

227.- Acción reivindicatoria de los acreedores condicionales. Cumpliéndose los requisitos de los artículos 1490 y 1491, los acreedores condicionales tienen acción reivindicatoria contra los terceros poseedores.

Así lo dice el artículo 1490. Se trata, dice Stitckin, de una verdadera acción reivindicatoria que ejercita el acreedor, porque habiéndose resuelto el contrato, el dominio vuelve automáticamente

te a su patrimonio y puede, en consecuencia, reclamar la posesión de la cosa (ob. cit., T. I, N° 262, pág. 262). La única salvedad es que no procede la acción reivindicatoria contra los terceros de buena fe (en el caso de los muebles) o respecto de los cuales la condición no constaba en el título inscrito u otorgado por escritura pública, en el caso de los inmuebles.

Como toda acción reivindicatoria, por ser real se va a dirigir en contra del actual poseedor de la cosa. Las prestaciones mutuas que se generen en este caso, se rigen por las reglas de los artículos 904 y siguientes.

Finalmente, agreguemos que el acreedor condicional, al momento de demandar puede intentar en la misma demanda la acción resolutoria en contra del contratante incumplidor y la acción reivindicatoria en contra del tercero poseedor por emanar ambas acciones de un mismo hecho (art. 18 del Código de Procedimiento Civil).

228.- Ámbito de aplicación de los artículos 1490 y 1491. No tienen estas normas un ámbito de aplicación tan extenso como pudiera suponerse. Dice Vío Vásquez que fuera de los contratos denominados en que pudieran aplicarse, únicamente rigen en los siguientes casos:

- 1.- A la resolución del contrato de compraventa, cuando el deudor no ha cumplido con la obligación de pagar el precio o cualesquiera otra que se le impongan por la ley o por voluntad de las partes;
- 2.- A la resolución de un contrato de permuta, por prescripción del artículo 1900, y
- 3.- Al pacto de retroventa, por disposición del artículo 1882".

Agrega este autor que debe tenerse presente que "los artículos 1490 y 1491 no se aplican al que sujeta su dominio al evento de una

condición. Por ejemplo: Te daré mi casa si ocurre tal hecho. El acreedor en tal caso —afirma Vío— no ha adquirido ningún derecho real en la cosa y sólo tiene acción personal contra el deudor. Esto sucede si se inscribe la condición o el contrato”. Finalmente señala que “respecto de las donaciones entre vivos, si bien es un contrato con esos caracteres, no le son aplicables esos preceptos, por cuanto existe un artículo especial, como es el 1432, que prevé la situación de los terceros en caso de resolución” (ob. cit., N° 412, pág. 404).

229.- Efectos de la cláusula de encontrarse pagado el precio.

Esta es una situación especialmente tratada en el artículo 1876: “La resolución por no haberse pagado el precio no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino en conformidad a los artículos 1490 y 1491”. Si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio no se admitirá prueba alguna en contrario sino la de la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores”.

El problema que plantea esta disposición es si el inciso 2° se aplica sólo en relación con los terceros adquirentes o si también afectaría al vendedor. Una sentencia estableció que se aplica no sólo cuando la cuestión controvertida es entre los terceros, sino también cuando lo es entre las partes” (T. 33, sec. 1ª, pág. 237). En el mismo sentido T. 31, sec. 1ª, pág. 480. No nos parece que esa sea la buena doctrina. Creemos que el inciso 2° del artículo 1876 está dado exclusivamente en beneficio de los terceros adquirentes, opinión que fundamos en los siguientes antecedentes:

- a) el inciso 2° debe interpretarse en armonía con el inciso 1° que está tratando la situación de los terceros poseedores;
- b) porque si en la escritura se dice que el precio se pagó, sin que ello sea cierto, existe simulación, y en este caso no hay ninguna razón para impedir al vendedor que pruebe la

simulación. Recordemos que, en principio, nuestro Código acepta la posibilidad de simulación, y lo único que hace es proteger al tercero, como lo prueban los artículos 1707 y el artículo 1876, y

- c) finalmente, porque en conformidad al artículo 1700, lo declarado por las partes en una escritura pública sólo constituye una presunción de verdad, que admite prueba en contrario. Así ha sido fallado Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 52, sec. 4ª, pág. 52; T. 58, sec. 2ª, pág. 21. Es esta también la opinión de Vío Vásquez (ob. cit. N° 414, págs. 406-407).

230.- Los artículos 1490 y 1491 se aplican tanto a las enajenaciones voluntarias como a las forzadas.

Una sentencia ha declarado que si el tercero adquirió el bien en pública subasta, de todas maneras se le aplica el artículo 1491, si la condición constaba en el título, puesto que esta disposición no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzadas, Gaceta de los Tribunales, T. 2, sent. 512, pág. 534. Nos parece esta sentencia absolutamente ajustada a derecho.

Sección Segunda

De las obligaciones modales

231.- **Ubicación en el Código Civil.** El Código trata las asignaciones modales en el párrafo IV del Título IV del Libro Tercero, artículos 1089 y siguientes. Según el artículo 1493, estas normas se aplican a las convenciones en lo que no pugnen con los artículos anteriores. Incluso, parece que Bello no era siquiera partidario de tratar las asignaciones modales como asignaciones especiales, según lo expresa en una Nota puesta en el proyecto de 1853 “no parece haber un objeto práctico en hacer de las asignaciones un