

El art. 1491 dice referirse al "que debe un inmueble bajo condición".

Ahora el texto ya no se refiere al plazo. Y, tratándose de la condición, no entra a distinguir —a nuestro juicio apropiadamente— entre suspensiva y resolutoria. En estos términos, el funcionamiento recién descrito para el art. 1490 es aplicable aquí.<sup>843</sup>

— También requiere examen *el factor que decide* la afectación al tercero.

El art. 1490, referido a los muebles, literalmente define la situación en base a la fe. Dispone que si el tercero adquirente está de buena fe, mantiene su derecho, no se le puede reivindicar; por interpretación, con el argumento a contrario sensu, hay que concluir que si está de mala fe, se extingue su derecho, se puede reivindicar en su contra.

El precepto entrega la decisión a la fe, sin más advertencias. Entonces, recordamos lo dicho respecto al método objetivo de detección de la fe. Aplicado a la materia, este punto implica referirse al comportamiento adoptado por el tercero para averiguar si el derecho era resoluble o no. En otros términos, cuando él alegue que ignoraba que el derecho era resoluble, ¿basta su afirma-

<sup>843</sup> Adaptados a los inmuebles, los ejemplos anteriormente ofrecidos quedan como sigue:

1°) A dará un sitio a B si ocurre cierto hecho. Se extiende la escritura pública. Y se inscribe la condición (es un título que "puede" inscribirse, conforme al art. 52 del Reglamento del Registro Conservatorio). Más tarde A enajena a C y le efectúa la tradición por inscripción. Más tarde acaece el hecho. B no podría reivindicar, porque no ha llegado a ser dueño; no se le efectuó la tradición (por inscripción).

2°) A da un sitio a B y, si ocurre cierto hecho, B se lo restituirá. Se extiende la escritura pública. B inscribe el título y el sitio queda transferido e inscrito a su nombre. Más tarde B enajena a C. Y más tarde acaece el hecho. Si en la escritura pública de A con B se incluyó la condición cumplida, la cual el sitio sería restituido, A podrá reivindicar en contra de C (si la escritura pública no se hubiere inscrito, entonces no se efectuó la tradición de A a B y, por tanto, el sitio nunca ha salido del patrimonio de A; no pasó a B y después tampoco a C).

Nuevamente hay que agregar que el intento de asimilar la primera situación a la segunda implicaría sostener que cuando se extendió la escritura pública de A a B, el derecho de dominio de A se convirtió en resoluble y en ese estado lo transfirió a C; como la condición se inscribió, C supo o debió saber de ese carácter resoluble. Más tarde acaeció el hecho. Entonces, el dominio resoluble de C efectivamente se habría resuelto; y A tendría que reivindicar, para luego cumplirle a B (y ahí habría una condición que constaba en un título otorgado "por escritura pública"). Mientras, B sólo tiene contra A los derechos (personales) emanados de su contrato.

ción o compararemos su conducta con la socialmente exigible en estas circunstancias? Esta última parece ser la solución apropiada. Y esto significa que debemos comparar lo que él averiguó para saber sobre la firmeza del derecho, con lo que debió averiguar. Y ¿qué grado de averiguaciones hemos de pedirle? Estimamos que un grado normal atendidas las circunstancias, grado que será el juez quien lo determine. Si el resultado de la comparación es que averiguó menos de lo exigible, fue negligente; y esa negligencia, que no es mala fe, *se equipara* a la mala fe y debe procederse en consecuencia (procede la reivindicatoria).<sup>844</sup>

Por otra parte, al parecer unánimemente, la doctrina nacional identifica aquí la fe con el conocimiento. Declara simplemente que aquí la buena fe consiste en ignorar que el derecho era resoluble; y la mala, en saber que el derecho era resoluble;<sup>845</sup> y, por tanto, que cuando sabía (como estaría de mala fe), procede reivindicar en su contra. Por nuestra parte, concordamos con el resultado; que si sabía, procede reivindicar; pero, conforme a lo expuesto, manteniéndonos fieles a los conceptos, preferimos expresar el proceso para llegar a aquel resultado: si sabía, asumió el riesgo, y para la aplicación del texto, esta actitud *se equipara* a la mala fe y debe procederse en consecuencia (procede la reivindicatoria).

De este modo concluimos que conforme al art. 1490, el derecho del tercero se resuelve y procede la reivindicatoria: *cuando sabía o debía saber de la resolubilidad del derecho*.

El art. 1491, referido a los inmuebles, define la situación en base a la constancia en el Registro. Si la condición constaba en el Registro, el derecho del tercero se resuelve; si no constaba, se mantiene. Aprovechando la existencia del Registro, puede decirse que el texto optó por un método objetivo preciso para evaluar la conducta del sujeto.

En primer lugar, surge el problema del rigor con que ha de aplicarse la constancia en el Registro. En otros términos, el de la naturaleza de la presunción que implica; si es o no de derecho, que incluye el punto de la diligencia que se exige al potencial contratante antes de contratar. Hay que distinguir si la condición constaba o no. Y las situaciones que pueden presentarse son:

<sup>844</sup> Con la salvedad derivada de las situaciones que antes propusimos; así entiéndase en los párrafos siguientes.

<sup>845</sup> Así, por ej., Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. Obligaciones, N° 145, p. 96; Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 443.

## a. La condición constaba.

a.1. Examinó el Registro y, por tanto, lo supo (aquí ya no importa si, además, lo supo por otros medios). Generalmente se dice que el sujeto está de mala fe y, por tanto, la resolución le afecta. Nuevamente preferimos decirlo del otro modo: asumió el riesgo y, por tanto, la resolución le afecta. En todo caso, la situación coincide con la literalidad del texto; le afecta.

a.2. No examinó el Registro, pero lo supo por otros medios. Conforme a la literalidad del texto, en el cual no importa el examen del Registro, sino la constancia, debe afectarle. Y como lo supo por otros medios, esta situación tampoco merece dudas. Debía examinar el Registro y, por tanto, debió saberlo. Lo más probable es que asumió el riesgo.

a.3. No examinó el Registro ni lo supo por otros medios. Contrató con la convicción de que el derecho era firme. El sujeto fue negligente al no examinar el Registro. Conforme a la literalidad del texto, debe afectarle. Y en definitiva estimamos que debe afectarle, porque, por una parte, los dos preceptos están inspirados en la protección a la buena fe, y, por otra, también aquí debe equipararse la negligencia a la mala fe; debió saberlo. No debe olvidarse también la situación del demandante quien, en su tiempo, al celebrar el contrato condicional, se preocupó de que en el título constara la condición para informar a los terceros de la resolubilidad del derecho. Con esta solución, la constancia en el Registro queda elevada a la categoría de presunción de derecho de conocimiento de la resolubilidad del derecho (nosotros la justificamos por la equiparación de la negligencia a la mala fe).<sup>846</sup>

## b. La condición no constaba.

b.1. Examinó el Registro (y nada observó), pero lo supo por otros medios. Nótese que aunque se estime que hay presunción de derecho, esa presunción emerge de la constancia (si consta le afecta); eso no significa que la no constancia traiga inevitablemente la consecuencia contraria (de que no le afecta); se trataría de otra presunción, que no ha sido establecida. Es cierto que el tenor literal le favorece. Pero, si bien al examinar el Registro el sujeto observó que no había constancia alguna de la resolubilidad del

<sup>846</sup> Esto es sin perjuicio del valor que tenga esta presunción para la materia de prescripción adquisitiva, que es más bien una cuestión de alcance, no de sentido; y que se verá pronto.

derecho, al enterarse de tal carácter por otros medios no se justifica protegerlo; no hay buena fe que proteger; al menos asumió el riesgo. La resolución debe afectarle.

b.2. Examinó el Registro y no lo supo por otros medios. Aquí parece claro que la resolución no puede afectarle. Desde luego, así se desprende del tenor literal. Por otra parte, no supo ni debió saberlo. Examinó el Registro, que parece ser la gestión exigible tratándose de bienes registrados. Y no era visible un riesgo que pudiera haber asumido.

b.3. No examinó el Registro, pero lo supo por otros medios. La situación es semejante a la primera (b.1). Es aplicable lo dicho en ella (su negligencia en no examinar el Registro resulta irrelevante, porque en él no constaba la condición).

b.4. No examinó el Registro ni lo supo por otros medios. La situación es semejante a la segunda (b.2). Es aplicable lo dicho en ella, debiendo añadirse que su negligencia al no examinar el Registro resulta irrelevante (nada constaba en él).

Resta todavía un alcance a la fe del tercero aplicada directamente a la prescripción adquisitiva. Ya se ha dicho que el conocimiento de la existencia de la condición así como la negligencia al no efectuarse una mínima averiguación *se equiparan* a la mala fe y, por tanto, en tales situaciones el tercero es afectado por la resolución. Ahora bien, esta equiparación ¿es aplicable incluso en la calificación del sujeto para postular a la prescripción adquisitiva ordinaria?<sup>847</sup> Esta situación ha sido planteada y discutida. Se ha sostenido que sí, que el sujeto está de mala fe también para ese efecto, no habiendo fundamento suficiente para distinguir.<sup>848</sup> Se ha propuesto lo contrario, considerando que el texto gira en torno a la constancia registral sin calificar al tercero como de mala fe y teniendo

<sup>847</sup> En 1990 A enajena a B y queda pendiente —constando en el título— una condición (por ejemplo, la tácita). En 1991 B enajena a C. 3 (si versa sobre un mueble) o 6 (si sobre un inmueble) años después, se cumple la condición y se resuelve el contrato entre A y B. A pretende reivindicar en contra de C. C sostiene que no supo de la condición (no examinó el Registro ni lo supo por otros medios; y no se logra probar que lo supo) y que está de buena fe (aunque se le califique de negligente), de modo que, con los demás requisitos, alega haber adquirido la cosa por prescripción adquisitiva ordinaria. A sostiene que la negligencia de C se equipara a la mala fe y por tanto sólo podría acceder al dominio por la extraordinaria, cuyo plazo de 10 años no se ha cumplido.

<sup>848</sup> Así, por ej., Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1772, p. 819.

en cuenta la presunción general de buena fe, que también debe aplicarse aquí.<sup>849-850</sup>

Ante el texto (el art. 1491), la condición tácita ¿consta o no consta? Ya se ha dicho que el Código adoptó la decisión de considerar al cumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato bilateral como una condición, con la calificación de tácita, porque existe sin expresarse. Por otra parte, conforme al art. 1490 a contrario sensu, el tercero adquirente es afectado si estaba de mala fe, situación a la que se equipara —según dijimos— el saber de la existencia de la condición; y el art. 1491 exige que la condición “conste” en la inscripción registral. Entonces, surgen las interrogantes: tratándose de muebles, si el tercero supo de que existía una obligación pendiente por parte de su enajenante para con el antecesor de él y no obstante contrató, ese conocimiento (de que existía una obligación pendiente) ¿se equipara también a la mala fe? Y tratándose de inmuebles, si la inscripción registral da cuenta de que el antecesor del tercero mantenía una obligación pendiente para con el enajenante de él, ¿se entiende que estaba constante esa condición tácita? En otros términos, la condición tácita ¿consta o no consta?

Está discutido. Más aún, entre las varias discusiones que han surgido en este tema es ésta quizás la más célebre.<sup>851</sup>

Se ha sostenido que no; que constan la ordinaria y el pacto comisorio, pero no la tácita, la cual no consta precisamente porque es tácita, va envuelta, no está expresada. Se añade el fundamento de que ésta es justamente la diferencia entre la tácita y el pacto comisorio. No es razonable que el legislador hubiere regulado dos instituciones que no presentan diferencias entre ellas, la diferencia y, por lo mismo, justificación está aquí, para los efectos

<sup>849</sup> Así, por ej., Rozas, Fernando: “Algo sobre el efecto de las condiciones. En Anales Jurídico-Sociales, N° 14. Univ. Católica de Chile. Santiago, 1958, p. 41. Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 446. Y un fallo. *RDJ*, T. 45, p. 325.

Es dudoso. Estimamos preferible seguir aplicando aquí la equiparación.

<sup>850</sup> Esta discusión también se ha planteado respecto de la aplicación de las reglas de las prestaciones mutuas. Producida la resolución y acogida la reivindicación contra el tercero, surgen las prestaciones mutuas entre el reivindicador, triunfante y el poseedor vencido. Como se sabe, allí hay reglas que discriminan según la fe del poseedor. El debate puede verse en Bambach Laso, Juan: *Los artículos 1490 a 1493 del Código Civil al través de la doctrina y la jurisprudencia*. Edit. Universitaria, Santiago, 1960, pp. 98 y sgts.

<sup>851</sup> Las opiniones se han centrado en el art. 1491, con la expresión que emplea (“constaba”), pero, tal como se ha propuesto en el cuerpo, la interrogante (modificada) es aplicable también al art. 1490.

tos del art. 1491, en cuanto el pacto comisorio consta y no la condición tácita.<sup>852</sup>

Pero ha terminado por prevalecer la opinión contraria; que sí consta. Para esta conclusión se ofrecen, entre otros, los siguientes fundamentos. En primer lugar, algo consta cuando hay certeza de su existencia y aquí la hay, porque para detectarla basta leer el contrato teniendo a la vista el art. 1489, el cual se presume conocido conforme al art. 8°; en segundo, porque el art. 1876, que regula la condición tácita en la compraventa, en los efectos de la resolución por falta de pago del precio respecto de terceros, se remite expresamente a los arts. 1490 y 1491, remisión que está en armonía con la conclusión de que consta;<sup>853</sup> y en tercer lugar, para que la resolución de la donación afecte a terceros el art. 1432 exige que la condición se haya expresado, haciéndose notar que aquí sí la norma excluye la condición tácita.<sup>854-855</sup>

Cuando el texto exige que la condición conste en el “título respectivo”, se refiere a aquel en el que adquirió el que ahora enajena al tercero.<sup>856-857</sup>

<sup>852</sup> Según Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. Ob. cit. Obligaciones, N° 148, p. 99, ésta era la opinión de don Ruperto Bahamonde. Aunque sin mencionarse la autoría, con mayor detalle los argumentos de esta posición pueden verse en Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1773, pp. 823 y sgts. También G.T. de 1865, N° 1720, pp. 706.

<sup>853</sup> Este argumento puede también presentarse para la conclusión contraria; si el legislador hubiere estimado que la tácita consta no tendría que haber consignado esa remisión, de modo que si lo hizo es porque se aplica en la compraventa y no en los demás contratos.

<sup>854</sup> En este sentido, por ej., Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 135, p. 145; Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 182 y *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1773, p. 823; Fueyo, Fernando. *Derecho civil*, cit. T. I, N° 115, p. 142. Y *Reperl. de Legislación y Jurisprudencia*, cit.; jurisprudencia al art. 1491.

<sup>855</sup> En la práctica, especialmente en la bancaria, muy generalmente, cuando el titular de un predio exhibe sus títulos y allí aparece una obligación que él tiene pendiente, el potencial contratante exige que previamente sea extinguida.

<sup>856</sup> A enajena a B y se incorpora una condición con la cual, de cumplirse, B debe restituir; pendiente la condición, B enajena a C; luego se cumple la condición. Para que A puede reivindicar en contra de C es necesario que en el título entre A y B conste la condición.

Y aparte del problema de la tácita, ¿cómo podría existir la condición y no constar? Pudiera consignarse en instrumento separado (público o privado), que para el tercero generalmente será inaccesible y, por tanto, desconocido.

<sup>857</sup> Teniendo en cuenta que el tercero a su vez puede enajenar; si el subadquirente examina el título de su inmediato antecesor, nada detectará, porque la condición no consta ni tiene por qué constar en ese título. Como se dijo, consta en el título del primer enajenante. Entonces surge la pregunta: ¿cuánto es exigible que se retroceda en el examen de los títulos, por si existe una condición pendiente? La pregunta es semejante para detectar todos los posibles vicios o riesgos que contengan los títulos

El precepto exige que el título en que la condición consta esté "inscrito u otorgado por escritura pública". A este respecto, el recuerdo de lo que en nuestro sistema registral es la inscripción nos conduce a una primera interrogante. Recordemos que nuestro sistema no es de transcripciones; es de "inscripciones"; y la inscripción es una "síntesis" o resumen del título. Pues bien, pudiera acontecer que constando la condición en el título, al practicarse la inscripción la condición no se haya incluido en ella. Entonces, la interrogante es ¿basta que la condición conste en el título (el cual ha de estar inscrito) o es necesario también que la condición conste en la inscripción? Preferimos la primera alternativa. Ya se ha dicho que el principio rector en la materia es la protección a la buena fe y que el conocimiento de la condición y el deber conocerla con un grado normal de diligencia se equiparan a la mala fe. Pues bien, consideramos que en materia de inmuebles exigir un grado normal de averiguación impone examinar la inscripción y también el título; como en la inscripción están consignados los datos del título (dónde —en qué notaría— se otorgó y con qué fecha), es exigible que el potencial adquirente vaya también en busca del título o (más cómodamente) requiera que se le exhiba; ahí se informará íntegramente del contrato por el cual su potencial antecesor adquirió; y ahí se enterará de la condición. En suma, si la condición no consta en la inscripción, con la inscripción (del título) tenía expedito el camino para enterarse; si no lo supo, pudo saberlo; debió saberlo. Por lo demás, así se desprende claramente del texto.<sup>858</sup>

los inmobiliarios. Tratándose del riesgo de causales de nulidad, la respuesta se relaciona con el mayor plazo de prescripción de la acción de nulidad, que es el de 10 años para la absoluta. Tratándose de las condiciones, la respuesta se relaciona con el tema de la caducidad de las condiciones indeterminadas. Ya dijimos que si caducan o no, está discutido. Si no caducan, la búsqueda sería infinita (y de aquí puede construirse otro argumento en favor de la tesis de que caducan). Si se concluye que caducan, también dijimos que quien sostenga esta posición debe responder en qué plazo; y con ese plazo se tiene la respuesta. Por nuestra parte hemos adherido a esta posición de que caducan y al plazo que se propone, que es de 10 años. Conforme a esta solución, la indagación debe incluir un retroceso de 10 años, plazo que es el general de extinción de situaciones inciertas y que, por lo mismo, es el que habitualmente se emplea en el estudio de títulos (como mínimo). En cuanto a la tácita, debe considerarse el plazo de prescripción extintiva de las acciones.

<sup>858</sup> Las conjugaciones relativas a inscripción y otorgamiento están consignadas en género masculino; y masculino es el género de "título". En este sentido Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1777, p. 850; Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., N° 402, p. 396; ambos con cita de fallos.

Luego la regla dispone que el título debe estar inscrito "u otorgado por escritura pública". Se ha postulado que se refiere a los títulos constitutivos de gravámenes sobre inmuebles cuya inscripción no es obligatoria, como las servidumbres (su tradición se efectúa por escritura pública y no por inscripción).<sup>859</sup> En cambio, se ha entendido que se refiere a la situación de los títulos traslativos de inmuebles otorgados en el tiempo intermedio entre la entrada en vigencia del Código y la de entrada en vigencia del Reglamento del Registro conservatorio, en la que no se practicaba la inscripción (porque no había Registro) y bastaba la escritura pública (conforme al art. 697).<sup>860</sup>

— Quedan todavía algunas *observaciones*.

a. Como se ha dicho, para establecer la titularidad de ciertos bienes muebles o al menos para determinadas transferencias y consti-

<sup>859</sup> En este sentido Abeliuk, René. Ob. cit. T. I, p. 445. Considerando que el título que debe estar inscrito u otorgado por escritura pública es aquel en que se creó la obligación condicional, es difícil que se dé la situación con este significado.

<sup>860</sup> Así, Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., N° 403, p. 397; Stitckkin, David. Ob. cit., N° 270, p. 196.

Podría pretenderse que, de hecho, la expresión también podría servir para la situación de los inmuebles no inscritos, en la postura (que ha sido sostenida) de que tratándose de inmuebles no inscritos no es necesaria la inscripción para obtener posesión y, por tanto, para llegar al dominio mediante la prescripción. Se supone que A entró a poseer un inmueble no inscrito. Según la posición que sostiene que en Chile es posible, en ciertas circunstancias, lograr posesión sin inscripción, A habría entrado a poseer mediante la sola posesión material. Transcurridos 10 años habría llegado al dominio por prescripción adquisitiva extraordinaria. A continuación A vende el predio a B; cumpliendo con el art. 1801 lo vende por escritura pública; en ella se impuso una condición, con efecto resolutorio para B (por ej., quedó debiendo un saldo de precio y así quedó constante la del art. 1489). Como el predio no está inscrito, tampoco inscribió B (por lo mismo, no recibió en tradición). B entró a poseer, en posesión material. Más tarde, B vende el predio a C. Y más tarde, se cumple la condición que para B tiene efecto resolutorio (por ej., A le demanda la resolución por incumplimiento). Podría sostenerse que la resolución afecta a C, porque la condición constaba en el título, otorgado por escritura pública. No inscrito, porque el inmueble es uno no inscrito y simplemente nadie ha inscrito. Ahí, se dirá, se aplica la expresión "otorgado por escritura pública". Pero esta situación tiene un defecto. Estrictamente no ha habido enajenaciones, que es un supuesto de la aplicación del art. 1491. Cuando A vende a B vendió, pero no hizo ajena la cosa; no la enajenó, porque no le efectuó la tradición (que se efectúa por inscripción, conforme al art. 696). Podría llegar a sostenerse que B logró posesión (la material), pero no que recibió en tradición. Luego, A no ha enajenado; si más tarde B llega al dominio es por otro modo, la prescripción. Y lo mismo hay que decir respecto de la venta de B a C y de la posterior adquisición de C. En conclusión, la expresión no tiene aplicación en la situación descrita.

tución de gravámenes sobre ellos, existen en nuestro derecho varios Registros especiales (automóviles, naves, aeronaves, constitución de prendas especiales como la civil sin desplazamiento, la agraria, la industrial, etc.). En tales circunstancias, respecto de esos bienes ¿ha de aplicarse el art. 1490 con prescindencia de la constancia en el Registro o debe aplicarse el art. 1491, con su objetivización en base a la constancia registral? Ciertamente conviene una aclaración legal. Mientras no se produzca, estimamos que debe mantenerse la aplicación del art. 1490, porque son bienes muebles, pero la existencia del Registro ha de ser un elemento fundamental a considerar para evaluar la fe del tercero (o, como dijimos, para evaluar el comportamiento del sujeto, asimilándolo luego a la fe).

b. En general, para ambas clases de bienes la solución es la misma (o, al menos, es muy semejante): ante la disyuntiva de si la resolución afectará o no a los terceros, se adopta la actitud intermedia, distinguiendo según la fe del tercero, con una notoria diferencia en la evaluación de la fe, explicable por la presencia del Registro para los inmuebles. En los muebles, el texto se remite directa y puramente a la fe; postulamos que esa fe debe ser evaluada con elementos objetivos, asimilando a la mala fe el conocimiento de la condición (que generalmente sólo implica asunción de riesgo) y, con una interpretación extensiva, se asimile también a ella la negligencia. En los inmuebles, el texto no se remite directamente a la fe, sino que se guía por el Registro; entendemos que esa actitud no es más que objetivar la evaluación de la fe aprovechando este instrumento.

Esta conclusión de estar ambos textos fundados en el mismo principio es, como se ha visto, útil para solucionar las situaciones dudosas (como aquella —ya comentada— en que la condición no consta en el Registro, pero el tercero supo de su existencia por otros medios).

c. Hay acuerdo doctrinario en que la presunción de buena fe del art. 707, no obstante su ubicación en la materia posesoria, tiene aplicación general. También procede aplicarla aquí (sin perjuicio de las equiparaciones mencionadas; y la fe del sujeto se examina al tiempo del contrato por él celebrado).

d. Ante los postulados del principio de protección a la apariencia, se exagera la protección al tercero, puesto que según ella —como lo hemos manifestado— cuando está presente la buena fe debe distinguirse la naturaleza del título, quedando afectado el adquirente de buena fe cuando el título es gratuito, y protegido sólo el adquirente de buena fe a título oneroso; en tanto que en los textos, el

adquirente de buena fe queda protegido siempre, con prescindencia del título de su adquisición.

e. En distintas materias específicas en las que se presenta esta situación los textos se remiten expresamente a los arts. 1490 y 1491; así, en la resolución de la compraventa por falta de pago del precio (art. 1876), en el pacto de retroventa (art. 1882), en la hipoteca (art. 2416).<sup>861</sup>

f. En cuanto a los actos a los que se aplican los textos, literalmente el art. 1490 se refiere a la enajenación y el art. 1491 a la enajenación, hipoteca, censo y servidumbre. Con la redacción empleada, está discutida la aplicación del art. 1490 a la constitución de gravámenes y del art. 1491 a otros gravámenes aparte de los ahí enumerados. Parece predominar la aplicación extensiva.<sup>862</sup>

<sup>861</sup> Pero se ha planteado discusión sobre la aplicación de estos textos con referencia a las distintas categorías de condición. Se ha sostenido que sólo son aplicables cuando la resolución se produce por obra de la condición tácita del art. 1489 y no cuando se produce por la ordinaria o por el pacto comisorio, porque en estas situaciones se configura un fideicomiso, con la sola particularidad de que el fideicomisario es el mismo constituyente, y, siendo un fideicomiso, los efectos respecto de terceros se rigen por los arts. 751 y 757 (así González von Marées, Jorge. Ob. cit., pp. 87 y sgts.). Pero parece prevalecer la aplicación amplia, trátase de condición tácita, ordinaria o pacto comisorio. Desde luego, los textos no distinguen. Pero, fundamentalmente, porque aquella opinión descansa en una afirmación no compartida: de que cada vez que se establece un dominio condicional exista un fideicomiso. Se entiende que puede existir dominio condicional sin que exista fideicomiso y en todas esas situaciones los aplicables son los arts. 1490 y 1491. El fideicomiso se configura sólo cuando existiendo dominio condicional, se impone la restitución a un tercero (fideicomisario) no al propio constituyente; en estos términos y en suma, si se trata de un dominio condicional en el que la cosa eventualmente regrese al enajenante, se aplican los arts. 1490 y 1491 (aunque se trate de una condición ordinaria) y si se trata de un dominio condicional en el que la cosa pasará eventualmente a un tercero, se constituye un fideicomiso y ahí sí que se aplican los mencionados arts. 751 y 757 (así Bambach Laso, Juan. Ob. cit., pp. 100 y sgts., con desenvolvimiento de la argumentación y algunos fallos; el autor cita en su apoyo a Claro Solar, Alessandri y Vío Vásquez, pero los primeros no plantean expresamente el punto y más bien dan por sentada la aplicación amplia; sí el último (en ob. cit., p. 392), pero sólo para pronunciarse por la aplicación de los preceptos a toda condición acudiendo al puro argumento de la no distinción; en definitiva, el análisis aquí resumido para distinguir el fideicomiso de otras propiedades condicionales (que compartimos) es sólo del citado Bambach).

<sup>862</sup> Así Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. T. II, N° 1788, pp. 864 y sgts.; Vío Vásquez, Efraín. Ob. cit., N° 406, pp. 399 y sgts. En contra, Meza Barros, Ramón. Ob. cit., N° 156 y sgts., p. 108 y sgts.; Bambach Laso, Juan. Ob. cit., p. 89. Los argumentos giran en torno a la redacción, el significado de la voz enajenación y la duda del redactor (que favorece a la interpretación restringida, porque en previos ensayos consignó aplicaciones amplias que finalmente abandonó).

Para la conclusión extensiva hay que acudir a la analogía, porque en cuanto al sentido del término enajenación, si bien en otras materias hay argumentos para entenderla en sentido amplio (que cubre no sólo el traslado del dominio, sino también la constitución de otros derechos reales), aquí es particularmente difícil atribuirle ese amplio significado, pues el propio art. 1491 está demostrando lo contrario (que se ha empleado en sentido restringido) al mencionar separadamente a otros derechos reales.

Se exige de esa aplicación la prenda, por expresa disposición. Conforme al art. 2406, se extingue siempre la prenda, con prescindencia de la fe del que recibe la cosa en prenda (acreedor prendario); es decir, aunque esté de buena fe.<sup>863</sup>

En fin, se ha resuelto que el art. 1491 se aplica incluso tratándose de enajenaciones forzadas (el precepto no distingue).<sup>864</sup>

g. En cuanto al arrendamiento, se aplican los arts. 1959, 1961 y 1962. La regla general es que se extingue, con prescindencia de la fe del arrendatario (la cual sí tiene importancia para las indemnizaciones). El respeto del arriendo se hace depender de otros factores (mencionados en el art. 1962).

h. Los textos presentan una desigualdad de método para proceder contra el tercero.

Cuando se resuelve el contrato condicional, si va a afectar a las enajenaciones y gravámenes constituidos por el deudor condicional en favor de terceros, esa afectación consistirá en que, tratándose de enajenaciones (transferencia del dominio), el dominio de la cosa (sobre la que versa el contrato condicional) se resuelve y tendrá que restituirse por el tercero; y tratándose de gravámenes constituidos a su favor, ellos quedan simplemente resueltos.<sup>865</sup> Y parece natural que, cuando se trate de enajenaciones, sea la acción reivindicatoria la herramienta con la cual la recupere. En cuanto al contrato entre el deudor condicional y el tercero, no es un tema que corresponda tratar precisamente ahora; aquí sólo se están tratando los efectos (reales) de la resolución del contrato condicional, respecto de terceros. En todo caso, a ese respecto una alternativa

<sup>863</sup> Pero el (tercero) acreedor prendario de buena fe tiene entonces importantes derechos en contra de su deudor (arts. 2406 y 2391).

<sup>864</sup> *RDJ*, T. 45, p. 324. También Alessandri, Arturo. *De la compraventa...*, cit. II, N° 1789, p. 866.

<sup>865</sup> Nos referimos al respectivo derecho real, no al contrato por el cual se constituyó el gravamen.

sería que el legislador dispusiera que, resuelto el contrato condicional, ipso jure queda resuelto el del deudor condicional con el tercero; pero lo más pertinente sería omitir norma especial, dejándolo entregado a las reglas generales, lo que implica concluir que si el tercero adquirente es privado de la cosa (o ve resuelto su derecho real limitado), tendría que accionar contra su enajenante o constituyente (que habría enajenado o gravado cosa ajena), pidiendo a su vez la resolución de su contrato por incumplimiento (con indemnización si procede) o llegar a otra solución convenida; no necesariamente la resolución (el cumplimiento forzado no podría pedir, porque la cosa corresponde al acreedor condicional, quien ya la obtuvo).<sup>866</sup>

Con esas bases, examinemos los textos.

Al menos en los términos empleados, proceden de distinto modo. Cuando se resuelve el contrato condicional, el art. 1490 se dirige directamente a la "reivindicatoria" contra el tercero, omitiendo referirse a la suerte del contrato entre el deudor condicional y el tercero, solución que parece apropiada, conforme a lo antes dicho.<sup>867</sup> En cambio, el art. 1491 dispone que ese contrato del deudor condicional con el tercero "podrá resolverse" ("no podrá resolverse... sino") y omite en cambio mencionar la reivindicatoria. Estimamos que se trata sólo de un defecto y hay que entender que (cumplidos los requisitos) queda resuelto (más que "podrá resolverse") el dominio o en su caso el respectivo gravamen (en cuanto derecho real) y que en consecuencia se puede reivindicar.

Por otra parte, la presencia de la acción reivindicatoria (cuando procede) conduce a recordar que si el acreedor condicional constata que la reivindicación contra el tercero le resulta imposible o difícil, puede emplear contra su deudor los arts. 898 y 900.

Conveniencia de reforma.

Con lo que se ha expuesto, quedan de manifiesto algunos defectos de nuestros textos en el importante capítulo de la resolución por incumplimiento, en el método y en el contenido, que conviene enmendar.

<sup>866</sup> En todo caso, debe tenerse en cuenta que si se vio privado de la cosa, es porque ya quedó establecido que él supo o debió saber del carácter resoluble del derecho de su antecesor.

<sup>867</sup> Sólo que, como ya se ha dicho, no debió omitir la referencia a gravámenes, en cuyo caso tendría que haber manifestado que quedaban resueltos (en cuanto derechos reales).

Formalmente, las normas están dispersas y alejadas de su sede natural; en la substancia, son incompletas, algunas con contenido insatisfactorio y otras oscuras.

Parece preferible: a) Para la resolución por incumplimiento contractual, organizar los textos en un régimen coherente, ubicado en el capítulo de los efectos de las obligaciones, sin perjuicio de que se mantengan normas reguladoras de la resolución en el título de las obligaciones condicionales para cuando la resolución se produce por el cumplimiento de una condición (que actualmente llamamos "ordinaria"). No se justifica un tratamiento de la resolución por incumplimiento con una norma básica inserta en el capítulo de las obligaciones condicionales y varios de sus efectos asimilados a los de la condición ordinaria (de donde suelen extraerse perturbadores argumentos para algunos conflictos que provoca), ni una regulación del pacto comisorio separado de aquella norma básica y, menos aún, implantada en un determinado contrato (la compraventa). b) Salvo que se consigne como principio general para todo el derecho civil o para toda la contratación, declarar que todo el proceso de resolución por incumplimiento, hasta las finales restituciones de lo que se haya alcanzado a ejecutar, debe estar presidido por la buena fe entre los contratantes. c) Respetar efectivamente la opción del acreedor cumplidor en términos de que si opta por la resolución, el deudor ya no podrá cumplir, diseñándose un mecanismo expedito para el ejercicio de aquella opción y efectuando las correcciones pertinentes para evitar contradicciones entre esta solución y las reglas del pacto comisorio. d) Disponer la consecuencia derivada de un incumplimiento intrascendente, que, estimamos, ha de excluir la resolución, pero considerando en la evaluación el interés del acreedor contenido en el contrato. e) Establecer alternativas de pacto comisorio con diferencias respecto de la resolución sin pacto, que lo justifiquen, precisándose en cada una cuándo se producirá la resolución. f) Conferir al acreedor que no se encuentre en incumplimiento los derechos de suspender la ejecución de su prestación si la contraria se encuentra en imposibilidad temporal de ejecutar la suya, y de abstenerse de cumplir mientras no se garantice el cumplimiento de la otra parte si demuestra motivo grave para dudar de su cumplimiento. g) Regular las restituciones entre las partes al producirse la resolución de los contratos bilaterales, teniendo en cuenta más que la forma de ejecutarse la prestaciones (como de ejecución instantánea o duradera), su naturaleza (como restituibles o irrestituibles) y la medida

del incumplimiento cuando es parcial, declarando más bien los criterios básicos como la reciprocidad, el repudio al enriquecimiento injustificado y el interés del acreedor previsto en el contrato, sin perjuicio de la especialidad de las normas que se implanten en contratos determinados. h) Regular los efectos de la resolución respecto de terceros con el grado de uniformidad que es procedente para muebles e inmuebles, con las diferencias derivadas del Registro, empleándose este instrumento para todos los bienes registrados, considerando en el eventual conflicto a todos los derechos reales, en armonía con un régimen general de protección a la apariencia (sobre todo si se ha de considerar en otros capítulos del Código) fundado en la buena fe, cubriendo la protección sólo a las adquisiciones por terceros a título oneroso, y distinguiendo escrupulosamente la mala fe de la asunción de riesgo y de la negligencia, aunque aplicándoles un tratamiento equivalente.

## II. Obligaciones a plazo

### - NOCIONES FUNDAMENTALES

En apreciación general, plazo designa un concepto cronológico. Es una sección de tiempo. Un lapso.

En esencia, ése es también el significado en derecho. Y como el tiempo tiene, por cierto, importancia en las relaciones jurídicas, el plazo -cantidad de tiempo- pasa a ser el medio a través del cual el tiempo es aplicado en el derecho.

La magnitud de la influencia del tiempo en la materia jurídica se observa al comprobar que tiene las más variadas aplicaciones. Limitándonos al campo civil, es empleado, por ej., para determinar la capacidad de las personas por razón de edad; para determinar la época de la concepción; para determinar la espera a que un sujeto desaparecido reaparezca; para determinar el lapso necesario para que opere la prescripción. Así, pues, el ámbito obligacional no es sino uno de los muchos campos de aplicación. Pero es en esta materia en donde adopta algunas complejidades que justifican un tratamiento más detenido, con el título de obligaciones (y derechos) a plazo.

Aparte de reglas específicas diseminadas en la legislación, en el Código las generales están agrupadas en las materias de cómputo (en el título preliminar, arts. 48 a 50), obligaciones a plazo (arts. 1494 a 1498) y asignaciones testamentarias a día (o a plazo;

arts. 1080 a 1088).<sup>868</sup> Entre estas últimas se establece una remisión recíproca (arts. 1498 y 1080).

El Código declara que "el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación" (art. 1494). Concordamos con la crítica que se le formula en cuanto es insuficiente, porque sólo considera el plazo denominado suspensivo, en circunstancias de que también puede ser extintivo, al cabo del cual se extingue el derecho (y la obligación correlativa).

Entonces, los autores generalmente proponen que el plazo es el hecho futuro y cierto del cual depende la exigibilidad o la extinción de un derecho.

En esos términos, la doctrina por una parte confiere más consistencia al concepto (hecho futuro y cierto) y, por otra, aprovecha de diferenciarlo de la otra gran modalidad, la condición, la cual siendo también un hecho futuro, se caracteriza por la incertidumbre. El plazo contiene la certidumbre de que llegará su fin, aunque no se sepa exactamente cuándo (lo que genera, como se verá, una distinción entre plazos determinados e indeterminados); de ahí que la muerte sea calificada como plazo (y sea destacada como un gran ejemplo de plazo indeterminado).

Por nuestra parte formulamos a ese concepto las siguientes observaciones:

1ª) Desde luego, conforme a lo dicho al comienzo, conviene retener que tanto el concepto legal como el doctrinario transcritos están circunscritos a las obligaciones. No constituyen concepto (general) de plazo, sino de plazo en la materia de obligaciones.

2ª) Pero lo que más interesa es que formulamos objeción a la substancia del concepto. Como se dijo, se inicia expresando que el plazo es un hecho... Y estimamos que no; que no es un hecho. Un hecho fijará el inicio, así como otro hecho fija el fin. Ese hecho es sólo elemento de frontera; sólo determina la extensión. Así, estimamos que la noción de plazo —tanto en la materia jurídica en general como en las obligaciones en particular— es la misma del lenguaje común. El plazo es una extensión de tiempo; y el plazo aplicado a las obligaciones *es una extensión de tiempo de la cual depen-*

<sup>868</sup> En estas normas se califica como condición o plazo un conjunto complejo de situaciones, considerando los elementos certidumbre y determinación. Suelen resumirse así: las asignaciones "desde" un día son condicionales, salvo las desde día cierto y determinado, que son a plazo; todas las asignaciones "hasta" cierto día son a plazo, salvo las hasta día incierto e indeterminado, que son condicionales.

*de la exigibilidad o la extinción de un derecho.* En esta dirección, la definición del art. 1494, aunque insuficiente, al menos ostenta el rasgo positivo de que lo concibe apropiadamente como "época", en el sentido de lapso.

Para el derecho, como para tantas otras materias, el empleo del tiempo (mediante plazos) se apoya en dos elementos creados para medirlo: el reloj y el calendario (aunque en ocasiones se emplea el primero —como en el plazo de horas del pacto comisorio del art. 1879—, en la generalidad de los actos civiles se utiliza el segundo).<sup>869</sup> Habitualmente esa utilización pasa desapercibida; por ej., como se verá pronto, se dice que el plazo es determinado o indeterminado, según se sepa o no cuando comienza o termina; pues bien, ese "cuándo" en términos prácticos e inmediatos está referido —muchas veces inconscientemente— al calendario.

Por otra parte, y para completar el panorama, podemos decir que "obligaciones a plazo" son las que contienen la modalidad de un plazo, para su exigibilidad o extinción.

Y, teniendo presente que el plazo es una modalidad, en este campo de las obligaciones el Código impone al juez una importante limitación que conviene recordar (contenida en el art. 1494 inc. final).

#### — CLASES

Para facilitar su tratamiento, se han formulado varias clasificaciones del plazo:

a) Determinado e indeterminado.

Esta clasificación se efectúa en consideración al conocimiento previo de su extensión.

El plazo es determinado o indeterminado según esté o no fijada su extensión al tiempo de establecerse (art. 1081). Y la fijación de la extensión se efectúa por los extremos, inicio y fin. Entonces, la extensión está fijada y, por tanto, el plazo es determinado, cuando se sabe desde ya cuándo se inicia y cuándo termina (expresándose la extensión en unidades de un elemento de medida del

<sup>869</sup> Se sabe que de ambos elementos se han ideado diversas especies. En nuestro medio el reloj ampliamente predominante es el numérico (muy poco se emplean otros, como el de arena) y el calendario usado, el gregoriano.

En definitiva, conceptualmente ambos pueden fundirse: son variedades de la métrica del tiempo (cronometría), que se reparten la tarea por la extensión de lo medido. El reloj no es más que un calendario pormenorizado; el calendario no es más que un reloj de mayores lapsos.

tiempo, reloj o calendario; y que en sus versiones corrientes permiten medición desde segundos hasta años). Por ej., un plazo que se inicia hoy y termina con la muerte de una persona, es plazo, porque es una extensión de tiempo, que tendrá un fin, ya que la persona morirá, pero es indeterminado, porque como no se sabe cuándo morirá, no se sabe desde luego la extensión. Está determinado el inicio, pero no el fin de la extensión de tiempo. Y la falta de precisión en uno de los extremos basta para dejar al plazo en situación de indeterminación.

Nótese que a la postre el plazo siempre es determinado, al fin se sabrá cuál fue la extensión de tiempo; en el ejemplo, se conocerá la extensión cuando el sujeto muera. Pero calificamos al plazo de determinado o indeterminado con referencia a cierto momento; al tiempo de establecerlo. Si ahí no sabemos cuánto durará, es indeterminado.<sup>870</sup>

Por regla general los plazos son determinados. Esa generalidad es debida principalmente a la circunstancia de que son escasos los hechos que siendo ciertos (inevitablemente acaecerán) no se sabe cuándo ocurrirán.

En las asignaciones testamentarias a día, el Código dispone reglas (aplicables en general a las obligaciones debido a la remisión recíproca referida) para calificar a ciertos hechos de condición o de extremo de plazo, según la seguridad del acaecimiento (arts. 1080 y sgts.).

b) Fatal y no fatal.

Esta distinción se efectúa atendiendo a la suerte del derecho sometido al plazo cuando éste se cumple.

Llámase plazo fatal al que por su vencimiento el derecho que debió ejercitarse dentro de él se extingue. Y no fatal al que con su vencimiento no se extingue el derecho respectivo.

Puede observarse que el carácter es del derecho, no del plazo. En definitiva es el derecho el que tiene la cualidad de extinguirse al terminar cierto plazo. Más aún, el plazo no es ni siquiera el ges-

<sup>870</sup> Con frecuencia se lee que la muerte (para mayor precisión y simultáneamente evitar discusiones metafísicas nosotros agregamos: del cuerpo) es un plazo (no condición, porque se sabe que ocurrirá, aunque no se sabe cuándo). No nos parece correcta la expresión. La muerte no es un plazo. Es un hecho. Ese hecho puede emplearse para un extremo de un plazo (inicio o fin). Y es idóneo para establecer plazo, por la seguridad de su acaecimiento (mientras no surja la inmortalidad... del cuerpo).

tor de esa característica en el derecho; es la ley u otra fuente —no el plazo— quien ha impuesto ese carácter al derecho. Formulando esta clasificación en el plazo, queda la impresión de que la doctrina —impropiamente— ha trasladado esa característica del derecho al plazo al que es sometido.<sup>871</sup>

La ley también ha llevado la distinción al plazo y formulado clasificación (arts. 49 del Código Civil y 64 del CPC; la mayor aplicación la tiene en derecho procesal). Conforme al art. 49, la extinción del derecho por la sola llegada del plazo se desprende del empleo de las expresiones “en” o “dentro de”; pero por la redacción (apoyada por lo razonable) hay que concluir que tales no son fórmulas exclusivas o sacramentales.

A este propósito conviene recordar que otra regla acude también a estas expresiones, esta vez para dejar al deudor en mora sin necesidad de requerimiento judicial (el art. 1551 N<sup>os</sup> 1 y 2).

c) Expreso y tácito.

Se formula esta clasificación atendiendo a la forma de establecerse. Está enunciada en el Código (art. 1494).

Expreso es el establecido formalmente, fijándose su extensión (utilizando, como se ha dicho, las unidades de medición del tiempo). Considerando que es una modalidad, la cual por definición y como regla general debe incorporarse por estipulación expresa, esta forma de establecerlo es asimismo la regla general.

Conforme al Código, “es tácito el indispensable para cumplirlo” (art. 1494)<sup>872</sup> (una aplicación puede observarse en la constitución en mora, conforme al art. 1551 N<sup>o</sup> 2).

Como el tácito subyace, y puede llegar a requerir de la interpretación para dejarlo expuesto, frecuentemente tiene sus fronteras difusas (por ej., la obligación consiste en construir un muro; y se contrajo hoy; al no estipularse expresamente un plazo, la construcción ha de iniciarse hoy, pero tiene un plazo y antes de él no hay incumplimiento: el indispensable para ejecutar el muro; ¿cuál es la extensión de ese plazo? Es fácilmente controvertible; su frontera de término está difusa; será el juez quien la ha de precisar, conforme al art. 1494 inc. 2<sup>o</sup>). Esta observación conduce a precisar el funcionamiento del plazo tácito frente a la orden al juez de abste-

<sup>871</sup> El tema debe tratarse como el de la caducidad de los derechos.

<sup>872</sup> Aquí hay un error gramatical. Lo que ha de cumplirse no es el plazo, que pertenece al género masculino, sino la obligación, que pertenece al femenino; entonces, la redacción ha de ser: el indispensable para cumplirla.

nerse de fijar plazos (ambas contenidas en el art. 1494); no hay contradicción: es claro que el juez no puede fijar plazos (salvo norma autorizante); pero el tácito no proviene del juez; está establecido por las partes, que lo han manifestado tácitamente en el convenio o directamente emerge de la naturaleza de la prestación asimismo acordada; el juez, mediante un proceso interpretativo, sólo lo revela y declara su extensión.

La noción que se ha dado de plazo tácito como el indispensable para cumplir la obligación nos induce a insistir en que, así definido, es un plazo de ejecución de la prestación; el tiempo que normalmente tomará ejecutar la prestación. Tal definición nos sugiere la observación de que en la práctica es bien probable que coexistan dos plazos para una obligación: uno expreso seguido de uno tácito. El expreso fijado por acuerdo de las partes, quienes por influencia de diversas circunstancias decidieron que la ejecución de la prestación se postergue; y el tácito, que es el que tardará la ejecución propiamente<sup>873</sup> (además, puede verse que el tácito no se acomoda bien al concepto de modalidad, conforme a lo expuesto en las nociones generales de ella).

d) Voluntario, legal y judicial.

Así se clasifica atendiendo a la fuente del plazo.

Plazo voluntario es el establecido por las partes (que también puede entonces denominarse convencional) o el autor del acto (como en el testamento). Es la regla general, ya que, siendo una modalidad, es la voluntad de los particulares quien lo agrega en sus actuaciones.

En materia de obligaciones (que es la aquí tratada), en que tanto abundan las convenidas por los particulares, es explicable que la ley establezca plazos muy excepcionalmente (pueden mencionarse, por ej., los de prescripción extintiva, arts. 2492 y sgts.; el del pacto comisorio, art. 1879; el del mutuo, art. 2200). Fuera del campo obligacional hay muchos.

Al igual que acontece con la ley, en obligaciones es explicable que no pueda el juez fijar plazo; está expresado así (como ya se dijo) en el art. 1494. Más aún, si bien hay situaciones en las que (en obligaciones) la ley faculta al juez para fijar plazo, habitualmen-

<sup>873</sup> Por ej., Pedro encarga a Juan la construcción de un muro; y se convino que la construcción no se iniciará sino transcurridos 30 días desde hoy. El plazo expreso es de 30 días y el tácito, el indispensable para construir el muro, y cuya extensión, a falta de acuerdo, habrá de declarar el juez.

te se trata de obligaciones de origen precisamente legal o de ausencia de fijación voluntaria cuando la voluntad debió fijarlo (por ej., arts. 378, 904, 1094, 1530, 2201, 2291).<sup>874</sup>

Conviene detenerse en la regla del art. 1494 inc. final. Define una importante disyuntiva en orden a si frente al incumplimiento de obligaciones ha de autorizarse o no al juez para conferir una última oportunidad al incumplidor, antes de ordenar el cumplimiento forzado (o la resolución del contrato, si es contractual). Se trata, pues, de optar entre una actitud rigurosa y reforzadora de la ley del contrato, o más indulgente con el deudor. La seguridad de la contratación adquiere entonces presencia. Percibimos que la alternativa más rigurosa no es necesariamente la única que cuida la seguridad del acreedor o la seguridad contractual. Esas seguridades se cuidan también esforzándose en lograr el cumplimiento, permitiéndose al deudor agobiado cumplir íntegra aunque no tan oportunamente. Nuestro art. 1494 inc. 2º, pues, se pronuncia por la opción rigurosa que inhibe al juez de proceder a modificar los términos de la obligación mediante un último plazo al deudor.<sup>875</sup>

e) De derecho y de gracia.

Considerando el origen judicial (recién mencionado), surge esta otra clasificación.

Plazo de derecho es el conferido por la ley, la convención o el tribunal autorizado por norma específica. Plazo de gracia es el que confiere el tribunal, autorizado genéricamente por la ley, para que el deudor cumpla tardíamente cuando se justifica por circunstancias posteriores e independientes de su voluntad.

En cuanto al plazo judicial, siempre el tribunal necesita de facultad legal para concederlo, pero se entiende pertenecer a la categoría de plazo de derecho cuando es en una materia específica que la ley lo faculta; en cambio es de gracia cuando el ordenamiento contiene una norma amplia, genérica, en la cual el juez queda autorizado para conferir un plazo más allá del que originariamen-

<sup>874</sup> Se ha resuelto que el plazo fijado por el juez, debido a facultad conferida por la ley, no es de carácter fatal (*RDJ*, T. 58, p. 170).

<sup>875</sup> El Código francés, que en otras materias se muestra estricto como el chileno (al no contemplar, por ejemplo, al menos expresamente, la doctrina de la imprevisión), sí optó por autorizar al juez a conferir al deudor un nuevo plazo para cumplir (que suele llamarse "plazo de gracia") (tal como ya se mencionó al tratar el punto de si cualquier incumplimiento, por leve que sea, basta para pedir la resolución). Se volverá luego sobre el punto al tratar otra clasificación.

te puede haberse dispuesto por la ley o por las partes. Habitualmente esta norma está ubicada entre las reglas generales sobre los efectos de las obligaciones y contratos y con una redacción que no deja dudas sobre su general aplicación. Por otra parte, es una norma típica de aquella actitud de implantar, en los textos, dispositivos legales que confieren facultades al tribunal para resolver los conflictos adecuando las instituciones jurídicas a las particularidades de las situaciones concretas.

El denominado plazo de gracia fue ya conocido en Roma y se mantuvo en las épocas posteriores; vigente en el antiguo derecho francés, fue comentado por Pothier, llegando luego al Código de Francia (arts. 1244-1-2-3- y 1184 inc. 3°). Allí se le tiene por norma de orden público, de modo que no podría ser renunciado.<sup>876</sup>

Como ha quedado dicho, es claro que en el Código chileno no fue acogido, conforme a la definitiva regla del art. 1494<sup>877</sup> (en el Código de Comercio hay una norma aún más explícita si es posible, el art. 112). El art. 1656 emplea la expresión "plazo de gracia", pero puede verse que en un sentido diverso.<sup>878</sup>

f) Continuo y discontinuo.

Se formula esta distinción según la circunstancia de interrumpirse o no el cómputo en ciertos días. Es continuo (o corrido) si transcurre sin interrumpirse el cómputo durante los días feriados; discontinuo (o de días hábiles) si se suspende durante aquellos días; que no se consideran en el cómputo.

<sup>876</sup> Una síntesis de la evolución, desde su consignación en la Ley de las XII Tablas, con su campo de aplicación, efectos y extinción, puede verse en Mazeaud, Henri, Léon y Jean. Ob. cit., Parte II, vol. III, N° 909, pp. 194 y sgts.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías impide expresamente que el juez conceda plazo de gracia cuando los contratantes ejercen acciones por incumplimiento (arts. 45.3 y 61.3).

<sup>877</sup> En este sentido también Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 235, p. 265, con cita de la Partida 5ª, que lo admitía; Alessandri, Arturo: *Teoría de las obligaciones*, cit. p. 186; Gesche, Bernardo: *El plazo en materia de obligaciones*. Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción, 1941, p. 69, con examen de la historia del art. 1494, manifestando que el precepto con su negativa de facultar al juez aparece recién en el proyecto inédito, en el cual también se elimina una atribución que en los proyectos anteriores se confería al juez para extender el plazo del actual art. 2200 relativo al mutuo.

<sup>878</sup> Distinta del plazo de gracia es la denominada "moratoria". Mientras el primero constituye un beneficio *individual* concedido por el juez a un deudor circunstancialmente agobiado, la moratoria es un plazo conferido por una ley especial a toda una categoría de deudores ante circunstancias apremiantes.

El Código dispone que la regla general es la continuidad (art. 50). Una amplia excepción está contenida en el CPC (art. 66); pero esa amplitud no es extrema; son discontinuos no todos los plazos procesales; conforme a esa regla, son discontinuos los plazos de días y contenidos en ese Código (incluso con una salvedad ahí mismo contemplada).

g) Suspensivo y extintivo.

Esta importante clasificación no está contemplada expresamente; aunque el Código la usa —en términos incompletos— en la definición de plazo (del art. 1494). En todo caso, es ampliamente empleada.<sup>879</sup>

Se formula atendiendo al efecto que produce el plazo en el derecho al cual se agrega.

Plazo suspensivo es el que posterga la exigibilidad de un derecho (y, por tanto, de la obligación correlativa). El derecho nace (al celebrarse el contrato o configurarse la otra fuente de que se trate), pero, mientras pende el plazo, no es exigible; al terminar el plazo el acreedor puede exigir la prestación respectiva.

Plazo extintivo es el que posterga la extinción del derecho. Aquí el plazo impone duración al derecho; el acreedor tiene el derecho y lo ejercita; pero lo verá extinguido al terminar el plazo.<sup>880</sup> Este plazo constituye un modo de extinguir las obligaciones (que no aparece en la lista que contiene el art. 1567).<sup>881</sup> En materias específicas se encuentran normas a su respecto (por ej., en arrendamiento, mandato, usufructo).

Plazo imposible.

Se ha concebido el plazo imposible y establecido la consecuencia.<sup>882</sup> Teniendo presente los conceptos de la imposibilidad consignados en las reglas del objeto (art. 1461) y de la condición

<sup>879</sup> V., por ej., *RDJ*, T. 58, p. 170.

<sup>880</sup> Una mayor profundización por esta vertiente nos conduce al tema de la caducidad, que, junto con la prescripción, se trata en otra sección de la disciplina.

<sup>881</sup> Se ha sostenido que el plazo extintivo funciona siempre como modo de extinguir el contrato en su conjunto y que la obligación se extingue como consecuencia (así Gesche, Bernardo: "Del plazo suspensivo y extintivo", en *Rev. de Derecho de la U. de Concepción*, N°s 35 y 36, Concepción, 1941, pp. 2861 y sgts., con argumentos y ejemplos). Pero puede acontecer que en un contrato se pacten varias obligaciones y sólo en una de ellas se imponga un plazo.

<sup>882</sup> V. De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*.

Trad. de Serrano y Santa Cruz. Inst. Edit. Reus. Madrid, 1979. T. I, p. 304; Gesche, Bernardo. *El plazo en materia...*, cit., pp. 41 y sgts.

(art. 1475), se entiende por plazo imposible (tal vez podría calificarse de "cronológicamente imposible") el que contraría el sistema de medición generalmente aceptado (se pacta que la cosa será entregada el 380º día del año). Y moralmente imposible el contrario a la ley (se pacta una indivisión por 15 años, contraviniendo el art. 1317). Para determinar las consecuencias de la implantación de estos plazos, se tiene en cuenta: a) las reglas del objeto y de la condición imposible; b) la circunstancia de que es un elemento accidental del acto y, por lo mismo, integrante de él (y no un acto distinto al que se añade). Con estos antecedentes, se concluye que, mediante la interpretación, debe intentarse lograr un contenido comprensible (en el ejemplo del día 380º del año, podría concluirse que se trataría de un plazo de 1 año más 15 días) y de no ser posible sería nulo el acto; y el segundo dejaría nula la convención en que se implanta, salvo que la ley misma establezca otra sanción que la nulidad (en el ejemplo, que el pacto de indivisión vale por el máximo autorizado en la ley).<sup>883</sup>

#### Plazo máximo.

El Código no contiene una regla general que imponga límite máximo al plazo que puede estipularse. Pero sí lo dispone para ciertas instituciones (por ej., en los arts. 1317, 770). En estos términos, aparte de las limitaciones específicas, hay libertad para la estipulación, pero la extensión excesiva puede constituirse en un elemento que demuestre o contribuya a demostrar falta de seriedad de la voluntad<sup>884</sup> o simulación (como un arriendo por un muy extenso plazo, tras el cual se oculta una enajenación).

#### - EFECTOS

Por cierto, el examen de los efectos ha de tratarse empleando la clasificación respectiva.

##### A. Si el plazo es suspensivo.

1º) *Mientras transcurre*, el derecho del acreedor existe, pero no puede ser exigida la prestación correlativa; está postergado el ejercicio del derecho. Es así debido a la certeza de que el plazo terminará; existiendo esa certeza, no hay fundamento para dudar del derecho del acreedor. Aquí aparece la gran diferencia con la con-

<sup>883</sup> De Ruggiero, Roberto. Ob. cit. T. I, p. 305; Gesche, Bernardo. Ob. cit., p. 43.

<sup>884</sup> Así, Gesche, Bernardo. *El plazo en materia...*, cit. p. 46.

dición suspensiva; estando a ella supeditado el derecho, mientras pende el derecho no ha nacido.

La afirmación de que el derecho ya existe mientras transcurre el plazo está consagrada en el texto legal (art. 1084, que lo dispone para la asignación testamentaria a día y que se aplica a la obligación a plazo por la remisión del art. 1498).

De esta circunstancia de existir el derecho y estar sólo postergada la exigibilidad se desprende que:

a) "Lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución" (art. 1495 inc. 1º). Como el derecho existe, si el deudor decide pagar, paga lo debido y no puede pedir restitución; se entiende que ha renunciado al plazo (en la condición es asimismo justificada la conclusión inversa; si se paga pendiente la condición, se paga lo indebido, por lo que puede pedirse la restitución, conforme al art. 1485).

Esa regla de no poderse pedir la restitución de lo pagado antes de cumplirse el plazo no se aplica a los "plazos que tienen el valor de condiciones" (art. 1495 inc. 2º). Esta situación se presenta en la hipótesis del art. 1085; estrictamente, no hay excepción; es natural que allí no se aplique, porque, por imposición de la ley, allí se configura una condición (por lo que es coherente que lo pagado antes quede sujeto a restitución).

b) El acreedor a plazo puede pedir que se adopten medidas conservativas. La ley no lo dispone expresamente, pero si esta facultad la tiene el acreedor condicional (que aún carece de derecho y se le confiere para proteger su mera expectativa), con mayor razón debe reconocérsele al acreedor a plazo.

c) El derecho a plazo se transmite (asimismo la obligación correlativa, como es regla muy general); puede también enajenarse (art. 1084).

Finalmente, en términos negativos, el deudor no está en mora, no corre prescripción liberatoria a su favor, el crédito correlativo no puede compensarse; todo ello por no ser la deuda actualmente exigible.

2º) *Vencido* el plazo, el derecho se hace exigible. Por tanto:

a) El deudor puede ser constituido en mora mediante requerimiento y, en ciertas circunstancias, puede quedar en mora por el solo vencimiento (art. 1551).

b) Comienza a correr la prescripción extintiva (art. 2514).

c) Ese crédito puede compensarse con otro que exista recíprocamente (art. 1656, regla 3ª).

## B. Si el plazo es extintivo.

Mientras este plazo está transcurriendo el acto produce sus efectos normales.

Al vencimiento, el derecho se extingue por la sola circunstancia del término del plazo (de pleno derecho); y por tanto se extingue en la misma forma la obligación correlativa (por cierto, sin retroactividad).

## - EXTINCIÓN

El plazo puede extinguirse por vencimiento (o cumplimiento), renuncia o caducidad.

## a) Vencimiento (o cumplimiento).

Es la forma normal de extinguirse. Transcurre el tiempo de su duración (conforme a las medidas de tiempo descritas al comienzo y con las reglas de cómputo de los arts. 48 y sgts.).

## b) Renuncia.

Desde el derecho romano, el plazo se ha concebido como un obstáculo a la exigibilidad de la obligación y, en tal circunstancia, habitualmente se le ha considerado un beneficio para el que debe, para el deudor,<sup>885</sup> y, por lo mismo, a él se le tiene como el primer (o único) autorizado a renunciarlo; más aún, es frecuente encontrar en los Códigos Civiles una presunción de beneficio: se presume que el beneficiado con el plazo es el deudor;<sup>886</sup> pero hay textos que lo presumen en beneficio de ambos.<sup>887</sup> Aunque el CC chileno no dispone expresamente que está establecido en beneficio del deudor, se ha desprendido esa misma presunción del art. 1497, que fundamentalmente autoriza a él renunciarlo.<sup>888</sup>

Teniendo presente el art. 12, el plazo es renunciable por aquel en cuyo beneficio está establecido. Por lo mismo, si está en beneficio de

<sup>885</sup> V. con énfasis Llambías, Jorge, y otros. Ob. cit., p. 209.

<sup>886</sup> Entre muchos, son claros el CC francés (art. 1187) y el CC italiano (art. 1184).

<sup>887</sup> La idea se introdujo en el antiguo derecho prusiano, de donde pasó a algunos códigos, como el CC austríaco (de 1811) y el CC argentino (art. 570, con nota que confirma ese precedente). Es también acogida en el CC español (art. 1127), en el cual se ha visto más bien que una presunción es una regla interpretativa del contrato (así Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos...*, cit. T. II, p. 330). El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) dispone que "se presume establecido en beneficio de ambas partes salvo que, por la naturaleza del acto o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto en favor del acreedor" (art. 347).

<sup>888</sup> Gesche, Bernardo. *El plazo en materia...*, cit. p. 123.

ambas, no basta una renuncia unilateral (salvo norma expresa); será necesario un acuerdo para darlo por terminado anticipadamente (que implica una modificación convencional de la obligación).

Generalmente está establecido en beneficio del deudor (por ejemplo, en el pago del precio de la compraventa).

Ubicado en la posición del deudor, el art. 1497 dispone el principio básico y las excepciones. En la excepción de perjuicio al acreedor deben incluirse las situaciones en que el plazo beneficia a ambos (como en una permuta en que se acuerda que cada uno continuará usando la cosa que debe entregar, por un mes, al cabo del cual serán transferidas), o al solo acreedor (como en el depósito).

Tratándose de las obligaciones dinerarias y, en particular, de las operaciones de crédito de dinero, hay normas especiales en la ley 18.010.<sup>889</sup>

## c) Caducidad.

Consiste en la extinción anticipada del plazo debido al acaecimiento de algún hecho previsto en la ley o en la convención.<sup>890</sup>

Generalmente esta clase de extinción está destinada a proteger al acreedor ante algún acontecimiento que puede poner en riesgo la obtención de la prestación. Su acogida en los Códigos Civiles es bastante generalizada, aunque con distintas denominaciones y modalidades (suele llamarse también "decadencia" del plazo).

Conforme a su origen, puede ser legal o convencional.

## 1°) Caducidad legal:

Está contenida en el art. 1496.<sup>891</sup> Allí se fijan los hechos, con sus exigencias, para que se produzca. Pueden formularse las siguientes observaciones:

- Constituye una excepción, tal como se desprende del encauzamiento de la regla. Por tanto, la interpretación del texto no puede ser extensiva.<sup>892</sup>

<sup>889</sup> Que se estudian en los efectos de las obligaciones.

<sup>890</sup> Defendiendo la claridad conceptual y la pureza terminológica, y recordando que la caducidad es la pérdida de un derecho por no ejercitarse dentro de cierto plazo fatal, un autor repudia el empleo del término en estas situaciones (Linazasoro Campos, Gonzalo: "Caducidad y condiciones", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*. N° 28, p. 136).

<sup>891</sup> Para su interesante y dilatada trayectoria histórica hasta las codificaciones del siglo XIX, v. Clemente Meoro, Mario: "Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos", en *Anuario de Derecho Civil*. T. 44, fasc. IV. Madrid, 1991, pp. 1529 y sgts.

<sup>892</sup> Por eso se ha resuelto que afecta al deudor principal y no al fiador (*G. de T.* de 1864, N° 874, p. 326).

— Esta es una de las ocasiones en que el Código se refiere a la *insolvencia* (también la alude, por ej., en los arts. 155, 1187, 1355, 1526, 1637, 1968, 2090, 2100, 2106, 2163, 2349, 2356). Pero no ha dedicado reglas a definirla ni a establecer caracteres como para concluir cuándo un sujeto está en ese estado. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, es “incapacidad de pagar una deuda”.<sup>893</sup> También podría estimarse insolvente al sujeto cuyo pasivo es superior al valor de su activo. En definitiva, es el juez quien tendrá que determinar si el deudor está en el estado de insolvencia o no (y el problema se presentará, tratándose de esta materia, cuando el acreedor demande el cumplimiento de una obligación que aún tiene plazo pendiente y, por tanto, no es formalmente exigible, sosteniendo que es exigible porque el plazo caducó debido a la insolvencia del deudor; al sostener el deudor que no se encuentra en ese estado, el juez tendrá que resolver).<sup>894</sup>

— En la caducidad por pérdida o disminución de las cauciones debe tenerse presente también el art. 2427, el cual, respecto de la hipoteca, dispone la caducidad del plazo, aunque la pérdida o deterioro de la finca hipotecada no se hubiere producido por culpa del deudor.<sup>895</sup>

— Aunque (con otros textos legales) en la doctrina extranjera se ha discutido, entre nosotros parece claro que esta caducidad opera en virtud de sentencia judicial que la declara. Desde luego, los caracteres de las causales (insolvencia notoria, disminución considerable del valor de las cauciones) conducen a esa conclusión; no es posible determinar un momento exacto en que quedan configuradas y, por tanto, sería impracticable la solución de que operara de pleno derecho. Por otra parte, por su naturaleza, requieren de demostración ante el tribunal. Finalmente, ha sido destacada también la circunstancia de que en el N° 2° del art. 1496 el deudor puede evitar la caducidad renovando o mejorando las

<sup>893</sup> Y declara que solvencia es “2. Carencia de deudas. 3. Capacidad de satisfacerlas”.

<sup>894</sup> Se ha resuelto que opera de pleno derecho; es decir, decidido que hay insolvencia, se produjo la caducidad del plazo. Esta conclusión permite cobrar la deuda y dentro del juicio de cobro probar la insolvencia; la solución contraria obligaría a iniciar primero un juicio de declaración de insolvencia y luego del fallo que la declare, cobrar la deuda.

<sup>895</sup> V. al respecto *RDJ*, T. 26, p. 332.

cauciones, lo que demostraría que la caducidad aún no se ha producido.<sup>896</sup>

— La generalidad de la doctrina concuerda en que la caducidad que se produce respecto de un deudor no afecta a los otros codeudores solidarios. Debe considerarse que el deudor que ha quedado solvente no puede ser obligado a más (o en términos más rigurosos) de lo que quiso obligarse. Por otra parte, la pluralidad de vínculos que se concibe en la obligación solidaria confiere comodidad a esa solución.<sup>897</sup>

#### 2°) Caducidad convencional:

En la convención se establecerá el hecho que producirá la caducidad. Entre nosotros, su validez está aceptada desde antiguo.<sup>898</sup>

<sup>896</sup> En este sentido Gesche, Bernardo. *El plazo en materia...*, cit. p. 252. Hay que admitir que ante los términos del precepto el último argumento es controvertible. El autor trata también el punto del eventual descuento de los intereses por el plazo caducado cuando la deuda consiste en dinero, manifestando que en principio no hay descuento (p. 253).

Con todo, en las opiniones que se han vertido no se ha llegado a una aclaración más específica: el rol de la sentencia. ¿Sólo constata los supuestos de hecho provocadores de la caducidad, produciéndose la caducidad antes, el día en que esos hechos acaecieron, o la caducidad sólo se produce ahora, el día en que el fallo quedó firme? La conclusión se vincula a un punto que es procesal, pero en el que avanzaremos aquí al menos un alcance. Si se dispone de un título ejecutivo, puede pretenderse ejecutar cuando el plazo está aún formalmente pendiente, pero aduciendo la caducidad. Desde luego, conviene distinguir entre el título y la acción (obligación). El título autoriza el procedimiento ejecutivo, con los varios requisitos de la obligación, entre ellos, que sea actualmente exigible. Entonces, sosteniéndose que la sentencia sólo constata, pero que la caducidad se produce al acaecer los hechos que la fundan, dentro del juicio el ejecutante podría probar esos hechos (acaecidos antes del inicio de la ejecución), con lo cual quedaría establecido que al día de iniciar la ejecución la obligación era actualmente exigible.

En cuanto a la renovación o mejoramiento de las cauciones como elemento para el debate, en mayor análisis tampoco es concluyente; su influencia va a depender de la función que se le asigne, que también es discutible; a la actividad de renovación o mejora de cauciones puede asignársele el rol de evitar la caducidad del plazo (aún no producida) o de reconquistar el beneficio del plazo (ya caducado); esa duda se mantiene ante nuestro art. 1496, cuando expresa que el deudor podrá “reclamar” el beneficio del plazo, renovando...

<sup>897</sup> Así, Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. IV, N° 416, p. 430; Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 272, p. 291; ambos agregan: ni a los fiadores; Gesche, Bernardo. *El plazo en materia...*, cit., p. 255, con cita de otros. Este último autor concluye lo mismo (añadiendo que con más razón) para los varios obligados de una obligación indivisible; y trata también las situaciones de los subsidiarios y del tercer poseedor de la finca hipotecada.

<sup>898</sup> V., por ejemplo, *RDJ*, T. 13, secc. 2ª, p. 30; T. 27, p. 55.

Es ampliamente usada en la práctica bancaria.<sup>899</sup> Se emplea particularmente en obligaciones dinerarias a pagarse en cuotas.

Su frecuente presencia ostenta variadas redacciones, derivadas de la experiencia acumulada en su funcionamiento unida al intento de prevenir conflictos que, al parecer fatalmente, termina provocando (una alternativa escueta es: el no pago de una cualquiera de las cuotas dentro del plazo estipulado hace exigible el total de la deuda).

Con la estipulación el acreedor pretende evitar las diversas inconvenientes alternativas que se le presentan con la mora de las cuotas: ir cobrando cada cuota aisladamente a medida que se incumple, esperar el incumplimiento de varias para iniciar un cobro más importante, esperar el extenso plazo hasta la última cuota.

Las principales dificultades que ha debido dirimir el tribunal se refieren a la prescripción extintiva y, concretamente, al día desde el cual comienza a correr cuando ha operado esta caducidad convencional.

Para comprender las diversas soluciones impartidas por los tribunales, algunas de las cuales se resumirán aquí, es útil considerar las siguientes observaciones: 1) En general, la solución específica está influida por la redacción de la estipulación que motiva el litigio (esa redacción frecuentemente proviene de un modelo, pero en ocasiones es nueva). 2) En esa redacción se distinguen al menos dos modalidades bien perfiladas: la estipulación que suele llamarse *imperativa* o *ipso facto*, en la cual se establece que el mero incumplimiento de cualquier cuota hace exigible la totalidad de la deuda (el incumplimiento "hará exigible" toda la deuda...) (la deja pura o simple), y la denominada *facultativa*, en la cual no basta el incumplimiento, sino se requiere de una manifestación de voluntad del acreedor para que se produzca la exigibilidad de toda la deuda (el incumplimiento "facultará al acreedor"...).<sup>900</sup> 3) El principio fundamental, y secular, es que dividida la deuda en cuotas, cada una tiene su propia fecha de vencimiento, su propia fecha desde la cual se hace exigible y, por tanto, desde la cual comienza a contarse su prescripción (conforme al art. 1514 inc. final). 4) En los casos concretos pudieran incidir textos legales especiales, que rigen la deuda o los instrumentos en que constan; pero su influencia debe averiguarse cuidadosamente, porque la sola circunstancia de tratarse de un documento regido (para

diversos efectos) por un estatuto especial no justifica una alteración de las normas generales sobre esta materia (sobre todo la del punto anterior). 5) Aparte de los conflictos substantivos, debido a su naturaleza la estipulación provoca también variadas dudas formales (como las actitudes del acreedor, que pueden implicar o no el ejercicio del derecho que le asiste) y que han requerido decisión judicial.

En ocasiones, tomando en cuenta la distinción entre estipulación *ipso facto* y facultativa, se ha resuelto que habiéndose estipulado que el solo incumplimiento provoca la exigibilidad de toda la deuda, al producirse un primer incumplimiento se produce efectivamente la consecuencia prevista, caducó el plazo en su integridad y por tanto se hizo exigible toda la deuda y, en consecuencia, la prescripción comenzó a correr desde ese día para el total. En otras se ha prescindido de la distinción y se ha concluido que estando la estipulación establecida en beneficio del acreedor, mientras éste no manifieste voluntad de emplearla, el efecto no se produce. También se ha resuelto que no obstante la vigencia de la cláusula y la exigibilidad anticipada que se produce por efecto de ella, propiamente el plazo de prescripción de cada cuota no se cuenta sino desde su respectiva (original) fecha de vencimiento. En fin, se ha llegado a distinguir entre las cuotas atrasadas (ya vencidas) y las exigibles ahora, en virtud de la estipulación de caducidad, para concluir que respecto de las atrasadas la prescripción ya está corriendo desde su original fecha de exigibilidad y respecto de las que se han hecho exigibles ahora en virtud del cobro acelerado, su prescripción se cuenta desde esta gestión. En otras ocasiones, tratándose de deudas constantes en pagaré, se ha pretendido que el texto que lo rige (la Ley 18.092) impone conclusiones distintas, sin que quede claro el fundamento de la diferencia<sup>901</sup> (las alternativas tendrán que disminuir, aunque muchas

<sup>899</sup> Donde reina el eufemismo "aceleración" del plazo.

<sup>900</sup> Estas alternativas evocan las del pacto comisorio calificado.

<sup>901</sup> V. *RDJ*, T. 84, secc. 2ª, p. 115 y p. 135; T. 85, p. 210 y secc. 2ª, p. 81; T. 86, p. 38 y p. 153, y secc. 2ª, p. 71; T. 87, p. 13 y p. 156, y secc. 2ª, p. 182; T. 89, p. 78, p. 98 y p. 122, y secc. 2ª, p. 1, p. 4, p. 19, p. 26 y p. 108; T. 90, secc. 2ª, p. 20 y p. 189; T. 91, p. 129 y secc. 2ª, p. 93; T. 92, secc. 2ª, p. 3 y p. 44; T. 93, p. 19, p. 29 y p. 54; T. 94, p. 28 y p. 45; T. 95, p. 192; T. 96, p. 21; T. 97, p. 44; *Gaceta Jurídica* N° 122, p. 41; N° 124, p. 27; *F. del M.* N° 383, sent. 4, p. 577; N° 386, sent. 5, p. 799; N° 403, sent. 3, p. 291; N° 403, sent. 4, p. 297; N° 432, sent. 10, p. 825; N° 442, sent. 5, p. 1172; N° 442, sent. 6, p. 1176; N° 446, sent. 20, p. 1991; N° 446, sent. 30, p. 2053; N° 449, sent. 13, p. 606, cons. 13; N° 453, sent. 12, p. 1632. V. también Domínguez B., Ramón, y Domínguez A., Ramón: "Cláusula de aceleración y prescripción", en *Rev. de Derecho de la U. de Concepción*, N° 190, pp. 153 y sgts.; Riosco, Emilio: *La prescripción extintiva y la jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1994, pp. 31 y sgts.

decisiones diferentes serán explicables por diferentes redacciones y las variadas modalidades que puede adoptar el ejercicio del derecho emanado de la estipulación).

### III. Obligaciones a modo

Las reglas sobre el modo se contienen en las asignaciones testamentarias (arts. 1089 y sgts.), que se aplican a las obligaciones a modo (por el art. 1493). Se ha procedido así siguiendo una tradición legislativa, a su vez explicable debido a que desde los orígenes la doctrina lo ha concebido en las asignaciones mortis causa y, en general, en los actos a título gratuito (también en las donaciones); allí también se observa su aplicación más frecuente.<sup>902</sup>

Con lo dispuesto en el art. 1089 puede concluirse que el modo es una carga consistente en destinar un objeto a cierta finalidad.<sup>903</sup> Ese objetivo puede beneficiar a quien impone el modo, a quien recibe el objeto, a un tercero, o, fuera de sujetos de derechos, indeterminadamente a la comunidad (a la promoción de una idea, creación o promoción de una ciencia o arte u objeto cualquiera).

Impuesto en las obligaciones, la carga grava al acreedor, a quien recibe la prestación; el acreedor de la prestación se convierte en deudor de la carga (A se obliga a transferir un predio a B, quien destinará cierta superficie a una experiencia agrícola). En cuanto a los sujetos, en las obligaciones pueden participar dos o tres. Serán dos si el beneficiado es quien impuso el modo, es quien recibe la prestación, o no es un sujeto de derechos (como en el ejemplo recién ofrecido); serán tres si el beneficiado es un tercero.

<sup>902</sup> Es interesante la constatación de que originariamente surge con una dirección introductiva de la voluntad negocial que va rompiendo los límites de la *tipicidad* romana (v. De los Mozos, José Luis: "El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial", en *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, abril, 1978, pp. 223 y sgts.

<sup>903</sup> El nombre se explica en cuanto la carga importa el límite o medida (modus) de la liberalidad.

<sup>904</sup> Empleamos estos términos siguiendo los de nuestros textos, pero en doctrina se han propuesto diversas concepciones del modo, cada una de las cuales emplea para su concepto expresiones que estima más adecuadas conforme su proposición. Así, se destaca su carácter de modalidad, de fin, de carga, de obligación accesoria (una síntesis puede verse en Castán Tobeñas, José: "El modo en los actos jurídicos", III, en *Rev. de Derecho Privado*. Vol. VIII, N<sup>os</sup> 94-95. Madrid, 1921, pp. 212 y sgts.).

Conforme a la doctrina más difundida y a algunos textos legales, pueden mencionarse las siguientes principales características.

a) La accesoriedad. Constituye un elemento excepcional y extraño a la naturaleza del acto al que se incorpora, con el complemento de que no influye decisiva y directamente en él.<sup>904</sup>

b) La obligatoriedad. Aun cuando no suspenda la adquisición del derecho ni su incumplimiento conduzca a la resolución, al imponerle la intención es crear un vínculo obligatorio; si este carácter falta, se trata de un consejo o manifestación de un anhelo o deseo.<sup>905</sup>

c) La gratuidad. Está dicho que históricamente se le ha concebido en los actos gratuitos. En la doctrina (extranjera) parece continuar predominando la conclusión de aplicarlo sólo a ellos. Se estima que en los actos onerosos el modo se funde con la contraprestación y desaparece como figura específica.<sup>906</sup> Y así se llega a

<sup>904</sup> Esta característica viene a diferenciarlo de la contraprestación de los contratos bilaterales, de modo que, por gravoso que resulte, no asume el carácter esencial que tiene en esos contratos la contraprestación. Y lo distingue también de la condición, en cuanto actúa como un móvil o un fin agregado al móvil o fin principal, pero sin condicionarlo, de modo que no se hace depender de su consecución el nacimiento del derecho; el derecho se atribuye inmediata e incondicionalmente, aunque con una limitación en su contenido patrimonial (v. Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil...*, cit. T. I, vol. II, p. 841. El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) dispone expresamente la accesoriedad; aunque lo califica de "obligación" accesoria; art. 351). Conviene considerar este rasgo para resolver —como lo plantearemos luego— el problema que ha surgido entre nosotros acerca de la cláusula resolutoria en los contratos bilaterales.

Esta característica de ser excepcional y extraño al acto está relacionada con la gratuidad. Como tradicionalmente el modo se ha ido desarrollando en los actos gratuitos, resulta destacable por lo inusual que imponga carga u obligación al beneficiado con la liberalidad; y se añade que en los gratuitos unilaterales, como el testamento, es doblemente excepcional, porque, además, esa obligación se establece sin la intervención ni voluntad (al menos directa) del asignatario.

<sup>905</sup> Pero está discutido el carácter de vínculo obligatorio cuando el beneficio se impone para el propio sujeto que recibe la prestación (v. Castán Tobeñas, José. *El modo...*, cit., p. 218).

<sup>906</sup> Más aún, suele precisarse que el acto más que simplemente gratuito, debe consistir en una liberalidad, un acto de positivo enriquecimiento (en este sentido Torralba Soriano, Orenco-Vicente: *El modo en el derecho civil*. Edit. Montecorvo. Madrid, 1967, pp. 143 y sgts.; autores por ambas alternativas pueden verse en Castán Tobeñas, José. *El modo...*, cit. p. 219). V. también por la gratuidad, Trigo Represas, Félix: "Acercas de las obligaciones sub modo", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*. T. XVII, 1958, pp. 213 y sgts.

establecer incluso en Códigos recientes.<sup>907</sup> Esta circunstancia ha ido influyendo en diversos aspectos de su paulatina construcción. Entre nosotros se le ha tratado con amplio alcance, a partir de la citada regla del art. 1493.

El Código se preocupa de distinguirlo, por el efecto, de la condición suspensiva (art. 1089).<sup>908</sup>

Se regula también la forma de cumplirlo (art. 1094).<sup>909-910</sup> A diferencia de lo que acontece con la condición, el modo puede cumplirse por analogía (art. 1093, inc. 2°).

Ante el incumplimiento puede aparecer la denominada "cláusula resolutoria" (art. 1090).<sup>911</sup> Puede notarse que cuando opera la cláusula deben restituirse los frutos (mientras para la condición rigen los arts. 1488 y 1078).

En cuanto al titular de la acción resolutoria, generalmente se estima que puede pedirla el beneficiado con el modo (si es sujeto de

<sup>907</sup> El CC italiano lo trata para los actos gratuitos (art. 647 para la herencia y el legado y art. 793 para la donación); en términos semejantes el CC portugués (arts. 224 y 2244 y sgts.); también el CC boliviano (art. 1167); y el CC peruano (arts. 185 y sgts., que contienen dos normas especialmente interesantes: el art. 185, según el cual si el modo es de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierne, y el art. 187, conforme al cual el gravado con el modo no está obligado a cumplirlo en cuanto exceda el valor de la liberalidad, de lo cual generalmente no se ocupan otros cuerpos legales). En cambio, el CC paraguay lo trata entre las modalidades del acto jurídico (arts. 328 y sgts.).

<sup>908</sup> Se han propuesto diversos criterios para distinguir el modo de la condición; pueden verse en Torralba Soriano, Orenco-Vicente. Ob. cit., pp. 93 y sgts., quien se muestra excéptico respecto de ellos.

Se ha llegado a configurar todo un aforismo: la condición suspende pero no constriñe; el modo constriñe, pero no suspende.

Y suele explicarse que siendo excepcionales las limitaciones, no se presumen y las normas respectivas deben interpretarse restrictivamente; entonces, siendo el modo menos limitación que la condición, en la duda, la imposición debe entenderse un modo (Albaladejo, Manuel: "Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario", en *Anuario de Derecho Civil*. T. 36, fasc. IV. Madrid, 1983, p. 1096).

<sup>909</sup> V. una norma especial para la remuneración cuando el gravado con el modo es un banco (Ley General de Bancos, art. 86 N° 6).

<sup>910</sup> Aunque refiriéndose a las liberalidades, se ha concluido que siendo la liberalidad el presupuesto de la carga, ésta no logra vigencia sino después que el comprometido a la carga haya recibido efectivamente el beneficio que se le atribuye (aunque se estime que nacen juntos); y en monto, como máximo hasta el valor de la liberalidad (v. Torralba Soriano, Orenco-Vicente. Ob. cit., pp. 128 y sgts.; De los Mozos, José Luis. *El modo...*, cit., p. 231).

<sup>911</sup> Como las obligaciones pueden consistir en dar, hacer o no hacer, tratándose de obligaciones submodo, la definición de la cláusula debe adecuarse para no restringirla sólo a la restitución de cosas (sólo a las obligaciones de dar): es la que impone restituir la prestación y los frutos si no se cumple el modo.

derechos), porque es el primer interesado.<sup>912</sup> En las asignaciones modales, también los herederos, porque lo que resta luego de pagado el beneficiario acrece a la herencia, con exclusión del asignatario modal (art. 1096). Si se trata de una obligación modal, el titular tendrá que ser quien ejecutó la prestación que lleva la carga.

Se añaden reglas para ciertas situaciones especiales:

– Si el modo es por su naturaleza imposible, ilícito o ininteligible, no valdrá la disposición (art. 1093 inc. 1°; cuando dispone que "no valdrá" la disposición –o la obligación– positivamente hay que entender que es nula).<sup>913</sup>

– Si se prescribió una especial forma de cumplirlo y en esa forma es imposible (sin hecho o culpa del asignatario o adquirente), se cumplirá por equivalencia (art. 1093 inc. 2°).

– Si sobreviene imposibilidad ("se hace" imposible), debe distinguirse si es fortuita o por hecho o culpa del gravado con la carga.

Si es fortuita, el modo no se cumplirá, pero se mantiene lo adquirido (art. 1093 inc. final).

Si hubo dolo o culpa en la imposibilidad sobreviniente, hay que distinguir si hay o no cláusula resolutoria. Si no hay cláusula reso-

<sup>912</sup> En doctrina extranjera está discutido si existe o no un derecho a exigir la carga modal; y, cuando es aceptado, el debate continúa al precisar su naturaleza y características. Es frecuente el postulado de que la carga modal no atribuye al beneficiado un derecho a obtenerla, aunque como consecuencia de incumplirse se proceda a la resolución. Y se ensambla esa afirmación con la de que no es necesario que el beneficiado sea capaz; ni siquiera persona (podría ser una cosa, un animal, un fin impersonal como la educación, el arte, la ciencia, etc.). Para salvar esa situación, también se ha propuesto la heterodoxa conclusión de que en tales situaciones el derecho a exigir la prestación (carga) no corresponde precisamente a aquel cuyo interés debe ser satisfecho por esa prestación. Postulando la existencia del derecho, se ha estimado que su naturaleza varía según las diversas situaciones, conformándose una verdadera gradación. Tales constataciones han inducido a concluir que la dogmática del modo no está todavía bien fijada (v. De los Mozos, José Luis. *El modo...*, cit., p. 227; Torralba Soriano, Orenco-Vicente. Ob. cit., pp. 138 y sgts.; Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil...*, cit. T. VI, vol. II, p. 193). También se ha propuesto (con base en textos legales) que en las donaciones el tercero beneficiado puede reclamar el cumplimiento, pero no en las asignaciones testamentarias, porque un verdadero derecho a reclamar la carga la convertiría en legado, incompatible con su naturaleza de simple modo (así Oertmann, Paul. Ob. cit., p. 303).

<sup>913</sup> Sin norma, parece predominar la solución de que siendo el modo un elemento accesorio (y más aún, extraño al acto o al menos a su causa) su ilicitud o imposibilidad no invalida la disposición; se tiene por no puesto, salvo prueba de que hubiere sido motivo determinante de la liberalidad (v. Torralba Soriano, Orenco-Vicente. Ob. cit., pp. 157 y sgts.; Albaladejo, Manuel. Ob. cit., p. 1102).

lutoria y la carga es en exclusivo beneficio del adquirente, no le afecta (art. 1092), pero si con la carga se beneficia a un tercero, con las reglas generales él podrá pedir el cumplimiento forzado o la indemnización (la situación es equivalente a una estipulación a favor de otro, consagrada en el art. 1449). Si hay cláusula resolutoria, surgen sus efectos (art. 1090).<sup>914</sup>

A este propósito, en la doctrina nacional se ha producido una polémica acerca de la vigencia de la condición tácita (del art. 1489) en el modo. Se ha postulado que si el modo se implanta en un contrato bilateral, cobra aplicación el art. 1489; así, si nada se conviene por las partes, si bien no habrá cláusula resolutoria, rige el citado texto, y si se conviene en que por no cumplirse el modo se resolverá, surge un pacto comisorio; en suma, "la cláusula resolutoria de que habla el art. 1090 del Código no puede tener cabida" en los contratos bilaterales".<sup>915</sup> En contra se insiste que "un modo no es una condición"; si lo estipulado es un modo, su incumplimiento no resuelve el contrato, salvo que se pacte cláusula resolutoria, conforme al art. 1090.<sup>916</sup> Preferimos esta última solución, considerando, además, aquel mencionado carácter de que la carga es un elemento ajeno a la naturaleza del acto, que no influye directamente en él y que, por lo mismo, no equivale a una contraprestación.

Generalmente la carga es transmisible (art. 1095).

La acción que tiene el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación (para exigir la prestación) que trae consigo la carga que él deberá ejecutar, prescribe conforme a las reglas generales (5 años desde que la obligación se hizo exigible, conforme al art. 2515). La que se tiene para exigir del acreedor (que ahora podemos llamar adquirente) la ejecución del modo (de la carga) o, si es del caso, la resolución, tampoco tiene norma especial, por lo que igualmente rigen las normas generales (5 años desde que el modo, la carga, se hizo exigible).<sup>917-918</sup>

<sup>914</sup> Si el asignatario es un banco, la cláusula resolutoria siempre se subentende (conforme al art. 86 N° 6 de la Ley General de Bancos).

<sup>915</sup> Alessandri, Arturo. *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 195; Stitchkin, David. Ob. cit. N° 339, p. 253.

<sup>916</sup> Claro Solar, Luis. Ob. cit. T. V, N° 225, p. 258.

<sup>917</sup> V. *RDJ*, T. 15, p. 601, con discrepancia en la calificación (entre condición y modo).

<sup>918</sup> Para las relaciones entre el modo y el fideicomiso anglosajón, puede verse Pavez Lazo, Hugo: *El modo, sus problemas y sus proyecciones*, Edit. Universitaria, Santiago, 1968.